

DIREITOS HUMANOS E SOCIEDADE

CONSELHO EDITORIAL SELO ÁGORA21

PRESIDÊNCIA

Felipe Dutra Asensi
Marcio Caldas de Oliveira

CONSELHEIROS

Adriano Rosa (USU, Rio de Janeiro)
Alfredo Freitas (AMBRA, Estados Unidos)
André Guasti (TJES, Vitória)
Arthur Bezerra Junior (UNINOVE, São Paulo)
Bruno Zanotti (PCES, Vitória)
Camila Jacobs (AMBRA, Estados Unidos)
Camilo Zufelato (USP, São Paulo)
Carolina Cyrillo (UFRJ, Rio de Janeiro)
Claudia Pereira (UEA, Manaus)
Claudia Nunes (UVA, Rio de Janeiro)
Daniel Giotti de Paula (Intejur, Juiz de Fora)
Eduardo Val (UFF, Niterói)
Fernanda Fernandes (PCRJ, Rio de Janeiro)
Glaucia Ribeiro (UEA, Manaus)
Jeverson Quinteiro (TJMT, Cuiabá)
José Maria Gomes (UERJ, Rio de Janeiro)
Luiz Alberto Pereira Filho (FBT-INEJE, Porto Alegre)
Paula Arevalo Mutiz (FULL, Colômbia)
Paulo Ferreira da Cunha (UP, Portugal)
Pedro Ivo de Sousa (UFES, Vitória)
Raúl Gustavo Ferreyra (UBA, Argentina)
Ramiro Santanna (DPDFT, Brasília)
Raphael Carvalho de Vasconcelos (UERJ, Rio de Janeiro)
Rogério Borba (UCAM, Rio de Janeiro)
Santiago Polop (UNRC, Argentina)
Siddharta Legale (UFRJ, Rio de Janeiro)
Tatyane Oliveira (UFPB, João Pessoa)
Tereza Cristina Pinto (CGE, Manaus)
Thiago Pereira (UCP, Petrópolis)
Vanessa Velasco Brito Reis (PGM, Petrópolis)
Vania Marinho (UEA, Manaus)
Victor Bartres (Guatemala)
Yolanda Tito Puca (UNMSM, Peru)

REVISADO PELA COORDENAÇÃO DO SELO ÁGORA21

ORGANIZADORES:
KLEVER PAULO LEAL FILPO, MARCELO PEREIRA DE ALMEIDA,
RAFAEL PACHECO LANES RIBEIRO, ROSENI PINHEIRO

DIREITOS HUMANOS E SOCIEDADE



GRUPO MULTIFOCO
Rio de Janeiro, 2019

Copyright © 2019 Klever Paulo Leal Filho, Marcelo Pereira de Almeida, Rafael Pacheco Lanes Ribeiro, Roseni Pinheiro (org).

DIREÇÃO EDITORIAL Felipe Asensi e Marcio Caldas

EDIÇÃO Felipe Asensi

REVISÃO Coordenação Editorial Selo Ágora 21

PROJETO GRÁFICO E CAPA Caroline da Silva

DIREITOS RESERVADOS A

GRUPO MULTIFOCO

Av. Mem de Sá, 126 - Centro

20230-152 / Rio de Janeiro, RJ

Tel.: (21) 2222-3034

contato@editoramultifoco.com.br

www.editoramultifoco.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS.

Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada ou reproduzida sob quaisquer meios existentes sem autorização por escrito dos editores e autores.

DIREITOS HUMANOS E SOCIEDADE

Filho, Klever Paulo Leal. Almeida, Marcelo Pereira de. Ribeiro, Rafael Pacheco Lanes. Pinheiro, Roseni.

ISBN: 978-85-8273-774-3

SUMÁRIO

EMPRESAS.....15

DA UTILIZAÇÃO DE MODELOS AUTORREGULATÓRIOS COMO INSTRUMENTOS DE COMBATE À ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA NA INDÚSTRIA TÊXTIL.....16

Camila Pinheiro Bergenthal

OS CÓDIGOS DE ÉTICA EMPRESARIAIS: UM ESTUDO À LUZ DA LEI SARBANES-OXLEY.....30

Emiliano Carlos Serpa Castor

Ana Carolina de Gouvêa Dantas Motta

Adriano Rosa da Silva

Juliano Melquiades Vianello

RETOS EMPRESARIALES FRENTE A LOS DERECHOS HUMANOS ASOCIADOS A LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.....46

Silvia Vilar González

FINANCIAMENTO DA IMPLEMENTAÇÃO DE DIREITO HUMANOS: PAPEL DO MERCADO FINANCEIRO E DO MERCADO DE CAPITAIS NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO DE HABITAÇÃO.....62

Thais Cíntia Cárnio

Luiz Gustavo Doles Silva

IMIGRAÇÃO.....75

O REFUGIADO COMO POLÍTICO.....76

Adriano Negris

Ana Flávia Costa Eccard

Jordana Teza

UM OLHAR SOBRE A MIGRAÇÃO ATUAL ATRAVÉS DO PROJETO "O MUNDO EM
NH: REFUGIADOS E MIGRANTES, UMA QUESTÃO DE DIREITOS HUMANOS"92

Bárbara Birk de Mello

Márcia Blanco Cardoso

UM PANORAMA DA SITUAÇÃO DOS REFUGIADOS SEGUNDO A LEGISLAÇÃO NO
BRASIL.....105

Bárbara Medeiros Cardoso

A REPRESENTATIVIDADE POLÍTICA COMO ACEPTÃO DA CIDADANIA UNIVERSAL
PARA OS REFUGIADOS NO BRASIL.....122

Carla Noura Teixeira

Jéssica Ribeiro Barreto

Jaqueline Ribeiro Barreto

CONTEXTOS FRONTEIRIÇOS E ÓPTICA TRANSCONSTITUCIONAL NA EFETIVA-
ÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR: FORTALECIMENTO DO
MERCOSUL SOB À LUZ DOS MOVIMENTOS MIGRATÓRIOS.....139

Carlos Eduardo Barreto Lopes

EVOLUÇÕES E RETROCESSOS: PERSPECTIVAS HISTÓRICAS DAS POLÍTICAS MI-
GRATÓRIAS DO BRASIL COLÔNIA À REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.....158

Diego Guilherme Rotta

Péricles Stehmann Nunes

O IMIGRANTE ENQUANTO SUJEITO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO MUNICÍPIO DE
SÃO PAULO.....174

Gabriel Pereira Penna Andrade

A RELEVÂNCIA DOS DIREITOS HUMANOS NA EFETIVAÇÃO DA POLÍTICA BRASI-
LEIRA DOS REFUGIADOS.....192

Ingrid de Figueiredo Lopes

Yasmin Condé Arrighi

REPENSANDO FRONTERAS, TERRITORIOS E IDENTIDADES: UNA VISIÓN SOBRE
REFUGIADOS FRENTE A LOS 70 AÑOS DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS
DERECHOS HUMANOS.....206

Isabelle Duarte Ribeiro Moreno

A NACIONALIZAÇÃO DOS REFUGIADOS NO BRASIL.....	219
<i>Lia Batista Martins Maia</i>	
<i>Denison Melo de Aguiar</i>	
<i>Adriana Almeida Lima</i>	
DEPORTAÇÃO NA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO.....	237
<i>Lucas Mangolin Alves</i>	
<i>Marcelo Agamenon Goes de Souza</i>	
MULHERES EM MOVIMENTO: OS DIREITOS HUMANOS E A FEMINIZAÇÃO DAS MIGRAÇÕES.....	255
<i>Luiz Rosado Costa</i>	
MINORIAS.....	267
A LIBERDADE DO EXERCÍCIO DA PROSTITUIÇÃO.....	268
<i>Alexandre da Silva Vieira</i>	
<i>Carla Sendon Ameijeiras Veloso</i>	
<i>Larissa Pimentel Gonçalves Villar</i>	
QUILOMBO, O QUÊ MODIFICOU? ANÁLISE HISTÓRICO SOCIAL DAS COMUNI- DADES QUILOMBOLAS.....	285
<i>Francineide Marinho Santos</i>	
ANÁLISE DO CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO DIANTE DA VULNERABILIDA- DE DE POVOS INDÍGENAS NO CONTEXTO DAS PESQUISAS CIENTÍFICAS.....	310
<i>Itanaina Lemos Rechmann</i>	
TRÁFICO DE PESSOAS: A LOGÍSTICA POR TRÁS DO PROCESSO.....	326
<i>Juddy Garcez Moron</i>	
A ANULAÇÃO DA TERRA TRADICIONAL PANAMBI LAGOA RICA EM MATO GROS- SO DO SUL NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS.....	340
<i>Julia Thais de Assis Moraes</i>	
<i>Vivianne Rigoldi</i>	
TERRAS INDÍGENAS NA AMAZÔNIA OCIDENTAL: VIOLAÇÕES DE DIREITOS E ES- TREITAS PORTAS DE ACESSO À JUSTIÇA.....	357
<i>Lindomar Dias Padilha</i>	
<i>Denise Lopes Salles</i>	

PEC – 215: INCOSTITUCIONALIDADE E PROBLEMÁTICAS NA DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS.....375

Pedro Lucas Campos de Medeiros

DIREITOS HUMANOS: O ANSEIO POR LIBERDADE, IGUALDADE E DIGNIDADE SOB A PERSPECTIVA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA.....392

Rennan Herbert Mustafá

DES(COLONIZAÇÃO) DOS DIREITOS HUMANOS E SUA INFLUÊNCIA NOS POVOS INDÍGENAS.....406

Talita Amaral Oliveira

VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS E VIOLÊNCIA CONTRA A POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA NO BRASIL.....418

Tomaz Duarte Moreira

MOVIMENTOS SOCIAIS.....435

DEFENSORIA PÚBLICAS, ACESSO À JUSTIÇA E NEOCONSTITUCIONALISMO.....436

Jaime Leônidas Miranda Alves

A EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS COMO DIRETRIZ PARA O EXERCÍCIO DOS DIREITOS HUMANOS NAS REDES SOCIAIS.....454

Mariana Ferreira de Camilo Melotti

PARTICIPAÇÃO POLÍTICA.....467

DIREITOS DE PARTICIPAÇÃO POLÍTICA E CIDADANIA DE PRESOS PROVISÓRIOS E PRESOS DEFINITIVOS: UMA ANÁLISE DA SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS NA CONSTITUIÇÃO E NA PRÁTICA.....468

Amanda D'Andrea Löwenhaupt

PARTICIPAÇÃO SOCIAL E ILUMINAÇÃO PÚBLICA NO MUNICÍPIO DE MANAUS.....482

Bárbara Dias Cabral

UMA ANÁLISE LUSO-BRASILEIRA DOS INSTITUTOS DE PLEBISCITO E DE REFERENDO E REFLEXÕES ACERCA DA PARTICIPAÇÃO POPULAR EM DEMOCRACIAS SEMIDIRETAS.....497

Bruna Franceschini

O FENÔMENO DAS CANDIDATURAS COLETIVAS COMO FORMA DE AUMENTAR A PARTICIPAÇÃO FEMININA E A QUALIDADE DEMOCRÁTICA NO BRASIL.....513

Francisco Jeferson Inácio Ferreira

Ana Alice Carvalho Rafael

A CONJUNTURA POLÍTICA, ECONÔMICA E SOCIAL DO BRASIL NO PERÍODO QUE ANTECEDE O GOLPE MILITAR DE 1964.....532

Guilherme Freitas Gomes

PARTICIPAÇÃO POLÍTICA DAS MULHERES NO BRASIL: AVANÇOS E DESAFIOS COM BASE NA PERSPECTIVA DE POLÍTICA COMO LIBERDADE.....541

Letícia Rabelo Borges Mariano

O BAIXO SENTIMENTO DE PERTENCIMENTO SOCIAL NA AMÉRICA LATINA COMO FATOR DE LIMITAÇÃO A UMA PARTICIPAÇÃO POLÍTICA MAIS CONSENTÂNEA COM A EFETIVAÇÃO DEMOCRÁTICA.....554

Marcos Vieira de Lemos

NEOCONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E O CASO VISEU: A INELEGIBILIDADE REFLEXA NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS.....570

Mylene Araújo da Silva

DA SUB-REPRESENTAÇÃO INDÍGENA NO CONGRESSO NACIONAL: UM ESTUDO DOS OBSTÁCULOS ENFRENTADOS PELOS CANDIDATOS ÍNDIOS.....588

Vinicius Rocha Moço

REIVINDICAÇÃO DE DIREITOS.....607

LIBERDADE RELIGIOSA: PERSEGUIÇÃO RELIGIOSA AOS CRISTÃOS NA COREIA DO NORTE.....608

Cosmo da Silva Junior

O MASSACRE NO COMPLEXO PENITENCIÁRIO ANÍSIO JOBIM NO ESTADO DO AMAZONAS: UM NOVO CARANDIRU?.....619

Everton da Silva Ferraz

Alichelly Carina Macedo Ventura

CUMPLICIDADE ECONÔMICA E A DITADURA MILITAR NO BRASIL: A APURAÇÃO DOS FATOS PELA COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ACTIO NATA PARA RESPONSABILIZAÇÃO DAS EMPRESAS CÚMPLICES.....635

Gierck Guimarães Medeiros

O SISTEMA LEGISLATIVO BRASILEIRO DE PROTEÇÃO CONTRA A DISCRIMINAÇÃO DE MULHERES NO TRABALHO.....653

Júlia Cruvinel Lindo

Laís Kondo Claus

Luciana Romano Morilas

NÚCLEO MARIA DA PENHA E A MINIMIZAÇÃO DE SOFRIMENTOS: A NECESSÁRIA RELAÇÃO ENTRE FEMINISMOS E DIREITO DAS FAMÍLIAS671

Vitória Sumaya Yoshizawa Tauil

Brunna Rabelo Santiago

Fernando de Brito Alves

Patrícia Siqueira

CONSELHO CIENTÍFICO DO CAED-JUS

Adriano Rosa	Universidade Santa Úrsula, Brasil
Alexandre Bahia	Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil
Alfredo Freitas	Ambra College, Estados Unidos
Antonio Santoro	Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Bruno Zanotti	PCES, Brasil
Claudia Nunes	Universidade Veiga de Almeida, Brasil
Daniel Giotti de Paula	PFN, Brasil
Denise Salles	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Edgar Contreras	Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia
Eduardo Val	Universidade Federal Fluminense, Brasil
Felipe Asensi	Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Fernando Bentes	Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil
Glauca Ribeiro	Universidade do Estado do Amazonas, Brasil
Gunter Frankenberg	Johann Wolfgang Goethe-Universität - Frankfurt am Main, Alemanha
João Mendes	Universidade de Coimbra, Portugal
Jose Buzanello	Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Klever Filpo	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Luciana Souza	Faculdade Milton Campos, Brasil
Marcello Mello	Universidade Federal Fluminense, Brasil
Nikolas Rose	King's College London, Reino Unido
Oton Vasconcelos	Universidade de Pernambuco, Brasil

Paula Arévalo Mutiz	Fundación Universitária Los Libertadores, Colômbia
Pedro Ivo Sousa	Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil
Santiago Polop	Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina
Siddharta Legale	Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Saul Tourinho Leal	Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasil
Sergio Salles	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Susanna Pozzolo	Università degli Studi di Brescia, Itália
Thiago Pereira	Centro Universitário Lassale, Brasil
Tiago Gagliano	Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil

SOBRE O CAED-Jus

○ **Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-D-Jus)** é iniciativa consolidada e reconhecida de uma rede de acadêmicos para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões interdisciplinares de alta qualidade.

○ **CAED-Jus** desenvolve-se via internet, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. O evento é um dos principais congressos acadêmicos do mundo e conta com os seguintes diferenciais:

- Abertura a uma visão multidisciplinar e multiprofissional sobre o direito, sendo bem-vindos os trabalhos de acadêmicos de diversas formações
- Democratização da divulgação e produção científica;
- Publicação dos artigos em livro impresso no Brasil (com ISBN), com envio da versão ebook aos participantes;
- Galeria com os selecionados do Prêmio CAED-Jus de cada edição;
- Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas via internet;
- Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor no site para os participantes
- Coordenadores de GTs são organizadores dos livros publicados

○ Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do direito em nível nacional e internacional,

tendo membros do Brasil, Estados Unidos, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido, Itália e Alemanha.

Em 2019, o **CAED-Jus** organizou o **Congresso Interdisciplinar de Direitos Humanos (INTERDH)**, que ocorreu entre os dias 29 a 30 de abril de 2019 e contou com 07 Grupos de Trabalho e mais de 400 artigos de 37 universidades e 19 programas de pós-graduação *stricto sensu*. A seleção dos artigos apresentados ocorreu através do processo de *peer review* com *double blind*, o que resultou na publicação dos 07 livros do evento: Direitos humanos: juridicidade e efetividade, Visões de direitos humanos e fundamentais, Direitos sociais e efetividade, Interfaces entre instituições e Estado, Direitos humanos: diálogos interdisciplinares, Direitos humanos e sociedade e Teoria e empiria dos direitos humanos.

O **INTERDH** foi um evento comemorativo dos 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e foi um dos maiores e mais representativos eventos em língua portuguesa sobre o tema. Esta publicação é financiada por recursos da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus) e da Editora Multifoco e cumpre os diversos critérios de avaliação de livros com excelência acadêmica.

EMPRESAS

DA UTILIZAÇÃO DE MODELOS AUTORREGULATÓRIOS COMO INSTRUMENTOS DE COMBATE À ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA NA INDÚSTRIA TÊXTIL

Camila Pinheiro Bergenthal

1 INTRODUÇÃO

No debate atual em torno da globalização, passou-se a observar que, em que pese toda a relevância da formação de mercados globais surge, atrelado ao desenvolvimento, uma fase de inflexão de valores.

A sociedade moderna está impregnada de problemas que não mais deveriam se fazerem presentes na atualidade. Entre os exemplos dessa problemática podemos destacar a escravidão contemporânea, a qual predomina em três principais segmentos econômicos: agroindústria, construção civil e setor têxtil.

Diante deste cenário, o presente artigo terá como foco, a recorrente precarização do trabalho e os abusos aos direitos humanos dos trabalhadores, sobretudo no segmento têxtil. A existência de atividades remuneradas que são realizadas de forma análoga às condições de trabalho escravo, ou ao menos, com diversas violações aos direitos trabalhistas, o trabalho forçado, o tráfico internacional de pessoas, a exploração sexual de mulheres, a utilização de mão de obra infantil, entre outros, são práticas recorrentes na indústria têxtil global e caracterizam-se como formas de escravidão contemporânea.

Essas questões são trazidas ao universo jurídico que precisa apresentar respostas, enfrentando estruturas poderosas e violações invisíveis que precisam ser desveladas, a fim de que se obtenha uma globalização que não transgrida direitos humanos e garantias fundamentais dos trabalhadores que atuam no segmento têxtil.

Para auxiliar a caminhada que se tem nesse sentido, busca-se no ponto 2 DA PERDA DE DIREITOS EM FACE DA ESTRATÉGIA DE GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA, introduzir a questão de forma ampla, buscando uma breve reflexão sobre as estratégias econômicas do fenômeno da globalização, as quais vêm ocasionando perdas de direitos por todo o globo, bem como provocando o declínio do Estado, enquanto organização política e garantidor de direitos. Num momento seguinte através do ponto 3 DA UTILIZAÇÃO DE MODELOS AUTORREGULATÓRIOS, PRODUZIDOS POR CORPORAÇÕES PRIVADAS, COMO INSTRUMENTOS DE COMBATE À UTILIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA ESCRAVA MODERNA NA INDÚSTRIA TÊXTIL, será abordada a institucionalização de códigos corporativos, por corporações privadas como mecanismos de mitigação/combate à escravidão moderna na indústria global têxtil.

Trata-se de uma abordagem para estimular reflexões sobre a hodierna escravidão humana na indústria da moda, a qual está diretamente relacionada assimétricas relações de poder existentes no âmbito das sociedades capitalistas, com ou sem respaldo legal. Busca-se contribuir efetivamente para a compreensão de que a escravidão contemporânea na indústria global têxtil é uma realidade, a qual deve ser combatida e prevenida por todos os entes da sociedade. Nesse sentir, busca-se analisar a institucionalização de modelos autorregulatórios, produzidos por corporações privadas, como instrumentos de combate à utilização de mão de obra escrava moderna na indústria têxtil.

2 da perda de direitos em face da estratégia de globalização econômica

O critério da maximização dos lucros, instituído pela maioria das corporações, acaba por ocasionar inúmeros efeitos colaterais que se colocam à margem da lei. Grandes empresas vangloriam-se com seus elevados

padrões de direito do trabalho, enquanto que as condições das empresas periféricas são significativamente piores, “o mercado é transformado em um único valor superior, diante do qual todos os valores considerados inferiores são sacrificados”.¹ Diante do cenário atual, de acordo com Dezalay e Trubek,² uma série de mudanças vêm ocorrendo por todo o globo, entre elas,

[...] mudança nos padrões de produção: os novos sistemas de especialização flexível e a “fábrica global” tornaram-se mais fácil a produção e outras atividades econômicas em muitas partes do mundo, facilitando o deslocamento de atividade econômica de um país para o outro e contribuindo assim para o desenvolvimento de uma nova divisão internacional de trabalho. [...] aumento da importância das empresas multinacionais, devido ao fato de as grandes empresas multinacionais estarem agora capacitadas a expandir tanto a produção quanto outras operações por todo o mundo, além de mudar fábricas de um país para o outro, seu potencial de negociação tem se fortalecido e sua importância na economia mundial tem aumentado.

Em face disso, o controle para prevenir e proteger direitos, conforme sustenta Delmas-Marty, seria a “primeira etapa que reforça a eficácia do sistema no que concerne ao respeito dos direitos civis e políticos”.³

O fenômeno da globalização fez com que os Estados perdessem suas funções essenciais, permitindo assim o desenvolvimento de um terrorismo em escala mundial, acabou por permitir que as potências dominantes do globo passassem a impor seu modelo de organização política.⁴

1 DEZALAY, Yves; TRUBEK, David. A Reestruturação Global e o Direito – A internacionalização dos campos jurídicos e a criação dos espaços transnacionais. In FARIA, José Eduardo (Org.). Direito e Globalização Econômica – implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 29-30.

2 Ibid.

3 DELMAS-MARTY, Mireille. **Três Desafios para um Direito Mundial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 24.

4 CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 36.

Outro efeito nefasto do fenômeno da globalização é escravidão contemporânea, prática que ocorre através de utilização de mão de obra infantil, utilização de mão de obra em condições análogas às de escravo, tráfico de pessoas, exploração sexual, entre outras horrendas práticas que, em pleno século XXI, são recorrentes por todo o globo.

Em face de tais desigualdades ocasionadas pela era da globalização, no final da década de 90, de acordo com Chevallier, ocorrera um processo de “inflexão dos valores”⁵ subjacentes à globalização, especialmente sob a pressão crescente dos defensores de uma globalização diferente”. Segundo o autor,

[...] a tomada de consciência dos excessos da globalização conduziu a antecipar a necessidade de uma regulação: essa regulação aparece indispensável, não somente para corrigir as desigualdades de todas as ordens que a globalização gera, mas ainda para garantir o bom funcionamento da economia mundial; a miragem de uma economia mundial capaz de se autorregular está doravante obsoleta.⁶

Surge então, uma “verdadeira ética da globalização” através de novas exigências. A dimensão social passa então a atuar com mais força e, no ano de 1998, a Organização Internacional do Trabalho adotou uma declaração reconhecendo direitos fundamentais aos trabalhadores, entre estes: a eliminação do trabalho forçado ou obrigatório, a abolição efetiva do trabalho infantil, a eliminação de todas as formas formas de discriminação de emprego.⁷

Paralelo a este movimento por uma “globalização mais ética”, corporações passaram a adotar códigos de conduta em face às “pressões de poder de movimentos de protesto, ONGs, sindicatos, organizações sem fins lucrativos e opinião pública.”⁸

5 CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 38.

6 *Ibid.*, p. 40.

7 *Ibid.*

8 TEUBNER, Gunther. Autoconstitucionalização de corporações transnacionais? Sobre a conexão entre os códigos de conduta corporativos (Corporate Codes of Conduct) privados e estatais. **Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea**/ organizador Germano Schwartz. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 125.

Diante do atual contexto, a fim de que se possa garantir que os trabalhadores têxteis tenham preservados seus direitos, a questão não seria paralisar ou desacelerar o fenômeno de globalização mas, recorrer ao “discernimento do Estado e do mercado e recuperar a democracia pública como instrumento para controlar a burocracia privada”,⁹ objetivando-se assim, a eliminação de práticas abusivas e a precarização do trabalho na indústria da moda.

3 DA UTILIZAÇÃO DE MODELOS AUTORREGULATÓRIOS, PRODUZIDOS POR CORPORações PRIVADAS, COMO INSTRUMENTOS DE COMBATE À UTILIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA ESCRAVA MODERNA NA INDÚSTRIA TÊXTIL

Nas últimas décadas, diversos episódios envolvendo casos de escravidão contemporânea, desde pequenas oficinas de costura até marcas reconhecidas internacionalmente chegaram ao conhecimento da população em geral.

Diante de tais acontecimentos, tanto em episódios que envolvem trabalho escravo quanto naqueles em que há impactos causados no meio ambiente, o que se percebe, na atualidade, é a associação cada vez mais recorrente entre direitos humanos e empresas.

Recentemente, o Parlamento do Reino Unido aprovou a “Lei da escravidão moderna 2015 (UK)”¹⁰. Referida lei obriga certas entidades comerciais a divulgarem as etapas que eles têm realizado para identificar o uso do trabalho forçado e do tráfico humano nas suas cadeias de suprimento, ou para revelar o porque delas não terem tomado tais medidas (tradução nossa)¹¹.

9 HINKELAMMERT, Franz. **Mercado versus Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Paulus, 2014. Livro eletrônico.

10 A Lei de escravidão moderna recebeu aprovação real em 26 de março de 2015 e entrou em vigor em 29 de outubro de 2015.

11 “The Act obligates certain commercial entities to disclose the steps that they have taken to identify the use of forced labour and human trafficking in their supply chains, or to disclose that they have taken no such steps.” TURNER, Ryan J. Transnational supply chain regulation: extra-territorial regulation as corporate law’s as new frontier. **Melbourne Journal of International Law**, [S.l.], n. 17, 1, p. 1-22, June 2016.

Também, observam-se diversas condenações pelo Poder Judiciário brasileiro¹² de corporações de alto renome envolvidas em condições análogas à escravidão. Em uma sentença proferida pela Justiça do Trabalho de São Paulo, contra a multinacional Zara restou ponderada “a capacidade econômica da empresa para decidir que ela deveria zelar pela retidão de toda a sua cadeia de suprimentos”¹³:

A Zara Brasil Ltda. é uma das maiores corporações do globo, em seu ramo de negócio, custando crer, reiterar-se, que tivesse controles tão frouxos da conduta de seus fornecedores, mostrando-se muito mais palatável a versão defendida pela fiscalização, de que, na realidade, controlava-os ao ponto de deter a posição de empregadora.¹⁴

No âmbito internacional, igualmente ocorreram mudanças significativas em relação à responsabilização das empresas por violações a Direitos Humanos. Com a aprovação dos Princípios Orientadores (Guiding Principles) sobre Direitos Humanos e Empresas¹⁵, na 26ª Reunião do Conselho de Direitos da ONU, em junho de 2014¹⁶, surgem “parâmetros e

12 SÃO PAULO. Justiça do Trabalho (2. Região). **Ação civil pública nº 0000108-81.2012.5.02.0081**. Autor: Ministério Público do Trabalho. Réu: Arthur Lundgren Tecidos S/A. Relator: Juiz do Trabalho Marcelo Donizeti Barbosa. São Paulo, 06 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/wp-content/uploads/2014/12/Senten%C3%A7a-ACP-Pernambucanas.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2019.

13 BARROS, Amon; SCABIN, Flávia; GOMES, Marcus Vinícius P. Direitos humanos: um assunto também para empresas. **GVExecutivo**, São Paulo, v. 13, n. 2, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://rae.fgv.br/sites/rae.fgv.br/files/artigos/gv_v13n2_50-51-1.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2019.

14 SÃO PAULO. Justiça do Trabalho (2. Região). **Ação anulatória nº 0001662-91.2012.502.0003**. Autor: Zara Brasil Ltda. Réu: União Federal. Relator: Juiz do Trabalho Alvaro Emanuel de Oliveira Simões. São Paulo, 11 de abril de 2014. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2014/04/integra-da-sentenca-judicial-em-que-zara-e-responsabilizada-por-escravidao/>>. Acesso em: 16 jan. 2019.

15 UNITED NATIONS. **Guiding principles on business and human rights**. New York: Geneva, 2011. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusiness_HR_EN.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2019.

16 TERMINA a 26ª sessão do Conselho de Direitos Humanos. **Conectas Direitos**

instrumentos voltados a garantir que a atuação empresarial se dê em respeito aos Direitos Humanos, orientando a adoção de recursos adequados e eficazes”¹⁷. No entanto, de acordo com um documento elaborado pela ONG Homa, Centro de Direitos Humanos e Empresas:

Os Guiding Principles colocam, apenas, que os Estados devem impor às empresas a realização de human rights due diligence, em que estas têm a obrigação de fiscalizar toda a cadeia de produção para que operem em respeito aos Direitos Humanos. O grande problema é a falta de um agente fiscalizador estatal para verificar o cumprimento dessas obrigações por parte das empresas, de modo que um instrumento vinculante de responsabilização pode suprir as lacunas deixadas pelas legislações atuais que possibilitam a impunidade. (grifo do autor).¹⁸

Para Amon Barros, Flávia Scabin e Marcus Vinícius P. Gomes, as corporações “são capazes de mobilizar mais recursos a fim de levar a cabo investimento com potencial de desenvolvimento econômico, mas ao mesmo tempo podem provocar transformações mais profundas no meio ambiente e no tecido social.”¹⁹

Por conta disso, os modelos autorregulatórios, produzidos por corporações privadas, podem ser utilizados como instrumentos de combate à utilização de mão de obra escrava moderna na indústria têxtil. As cor-

Humanos, São Paulo, 11 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/acoes/politica-externa/noticia/24199-termina-a-26a-sessao-do-conselho-de-direitos-humanos>>. Acesso em: 16 jan. 2019.

17 BARROS, Amon; SCABIN, Flávia; GOMES, Marcus Vinícius P. Gomes. Direitos Humanos: um assunto também para empresas. **GVExecutivo**, São Paulo, v. 13, n. 2, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://rae.fgv.br/sites/rae.fgv.br/files/artigos/gv_v13n2_50-51-1.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2019.

18 CENTRO DE DIREITOS HUMANOS E EMPRESA (HOMA). **Novos elementos para o tratado empresas e direitos humanos**. [S.l.], 2017. Disponível em: <<http://homac-dhe.com/wp-content/uploads/2017/07/Novos-elementos-para-o-Tratado-de-Empresas-e-Direitos-Humanos-da-ONU.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2019.

19 BARROS, Amon; SCABIN, Flávia; GOMES, Marcus Vinícius P. Gomes. Direitos Humanos: um assunto também para empresas. **GVExecutivo**, São Paulo, v. 13, n. 2, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://rae.fgv.br/sites/rae.fgv.br/files/artigos/gv_v13n2_50-51-1.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2019.

porações podem, através dos códigos corporativos privados, desenvolver estratégias eficazes de due diligence em matéria de direitos humanos para gerenciar/mitigar os riscos da escravidão²⁰ na sua cadeia de suprimentos.

Ryan J. Turner refletindo sobre o potencial das empresas transnacionais como ‘agentes de justiça’²¹, relata que as corporações transnacionais, ao gerenciarem/monitorarem, voluntariamente, as práticas de suas cadeias de suprimentos podem:

[...] conferir ao contratante o direito de rescindir o contrato de fornecimento ou conceder uma indenização contra perda ou pagamento de danos quando um fornecedor viola as normas sociais, ambientais ou de direitos humanos contidas no contrato ou as diretrizes de fornecedores da empresa. (tradução nossa).²²

Rhys Jenkins no artigo intitulado “Códigos de Conduta Corporativos: Autorregulação em uma economia global” (tradução nossa)²³ traz uma avaliação das limitações e benefícios dos códigos corporativos privados. De acordo com o autor, em relação às suas limitações é necessário destacar que algumas decorrem da própria forma ou não em que foram

20 VERISK MAPLECROFT. **Modern slavery constitutes the biggest reputational risk to emerge over recent years**. Bath, [2017?]. Disponível em: <<https://maplecroft.com/modern-day-slavery-forced-labour-human-rights>>. Acesso em: 22 jan. 2019

21 O’NEILL, Onora. Agents of Justice. In: KUPER, Andrew (Ed.). **Global responsibilities: who must deliver on human rights?** London: Routledge, 2005. p. 49–50.

22 “Already, there are corporations voluntarily managing or monitoring the practices of their supply chains by including corporate social responsibility clauses in supply contracts. Such provisions may confer on the contracting party a right to terminate the supply contract or grant an indemnity against loss or payment of liquidated damages where a supplier is in breach of the social, environmental or human rights standards contained in the contract or the corporation’s supplier guidelines.” TURNER, Ryan J. Transnational supply chain regulation: extraterritorial regulation as corporate law’s as new frontier. **Melbourne Journal of International Law**, [S.l.], n. 17, 1, p. 1-22, June 2016.

23 “Corporate Codes of Conduct: Self-Regulation in a Global Economy”. JENKINS, Rhys. Corporate codes of conduct: self-regulation in a global economy. **United Nations Research Institute for Social Development**, Geneva, Apr. 2001. Disponível em: <[http://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/ \(httpAuxPages\)/E3B3E78BAB9A886F80256B5E003442_78/\\$file/jenkins.pdf](http://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/ (httpAuxPages)/E3B3E78BAB9A886F80256B5E003442_78/$file/jenkins.pdf)>. Acesso em: 22 jan. 2019.

implementadas. Outras deficiências referem-se ao número limitado de questões que eles abordam e a quem esses códigos se aplicam.

Por fim, refere o autor que existe uma tendência para que os códigos se concentrem em questões específicas - as que são consideradas como altamente prejudiciais para as empresas serem associadas. “Em outras palavras, as questões que têm um alto perfil em países desenvolvidos provavelmente irão progredir na maioria dos códigos” (tradução nossa)²⁴.

Não obstante as limitações dos códigos de conduta, tais instrumentos podem e geram benefícios positivos para as corporações, segundo o autor. Melhorias nas condições de trabalho, assim como a própria aceitação de responsabilidade das empresas em relação as atividades desenvolvidas por seus fornecedores e de suas próprias subsidiárias são alguns dos benefícios trazidos.²⁵ Para comprovar esses proveitos o autor aborda os seguintes exemplos:

A Gap concordou em continuar a fonte da fábrica de mandarin em El Salvador, seguindo melhorias nas condições de trabalho. Os trabalhadores foram reintegrados (incluindo membros do executivo sindical) e permitiram restabelecer o sindicato. Uma situação semelhante ocorreu na fábrica de vestuário Kimi em Honduras. Os trabalhadores despedidos também foram reintegrados e permitiram organizar um sindicato. As melhorias concretas também foram relatadas nas fábricas da Nike no Vietnã, incluindo a redução de produtos químicos perigosos e melhorias nas condições de ventilação e segurança. (tradução nossa).²⁶

24 “In other words, issues that have a high profile in developed countries are likely to figure prominently in most codes.” JENKINS, Rhys. *Corporate codes of conduct: self-regulation in a global economy*. **United Nations Research Institute for Social Development**, Geneva, Apr. 2001. Disponível em: <[http://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/\(httpAuxPages\)/E3B3E78BAB9A-886F80256B5E00344278/\\$file/jenkins.pdf](http://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/(httpAuxPages)/E3B3E78BAB9A-886F80256B5E00344278/$file/jenkins.pdf)>. Acesso em: 22 jan. 2019

25 Ibid.

26 “The Gap agreed to continue to source from the Mandarin factory in El Salvador, following improvements in working conditions. Workers were reinstated (including members of the union executive) and allowed to re-establish the union. A similar situation occurred in the Kimi garment factory in Honduras- sacked workers were also reinstated and allowed to organize a union. Concrete improvements have also been reported in Nike’s factories in Viet Nam, including the reduction of hazardous chemicals and improvements in ventilation and safety conditions.” Ibid.

Tais exemplos, ilustram o fato de que os códigos de conduta fornecem influências sobre o comportamento corporativo. “Primeiro, se as empresas adotarem códigos de alcance e cobertura muito limitados, a empresa pode ser criticada por outras partes interessadas” (tradução nossa)²⁷. Sob este aspecto, os códigos modelos desempenham um papel útil, uma vez que podem ser utilizados para demonstrar até que ponto a prática de uma empresa está ou não de acordo com os padrões recomendados.

Outro potencial benefício desempenhado pelos códigos de conduta, segundo Rhys Jenkins é a crescente conscientização de que o consumo não é separado da produção, não sendo apenas uma atividade de troca no mercado. Os códigos de conduta abrangem aspectos sociais ou ambientais, que vão além do que é produzido. Tais implicações poderiam, a longo prazo, mudar a forma como a atividade econômica é vista:

No pensamento econômico convencional, as preocupações dos consumidores estão limitadas à qualidade do produto e ao preço. Isto significa que as prioridades individuais dos consumidores estão diretamente em desacordo com as dos atores sociais. No entanto, uma vez que são reconhecidas questões mais amplas de produção, abre-se o potencial de uma maior mobilização em torno das implicações das escolhas dos consumidores. (tradução nossa).²⁸

Por fim, destaca Rhys Jenkins um avanço importante associado aos códigos de conduta: a aceitação pelas empresas de responsabilidade das atividades de seus fornecedores, bem como de suas próprias subsidiárias. Este conceito de responsabilidade ampliada torna mais difícil para as empresas externalizar os custos, sejam eles sociais ou ambientais, e então afir-

27 “First, if companies adopt codes that are very limited in scope and coverage, the company can be criticized by other stakeholders.” Ibid.

28 “In conventional economic thinking, consumer concerns are limited to the quality of the product and its price. This means that the individual consumer’s priorities are directly at odds with those of the social actor. However, once wider issues of production are recognized, then the potential for further mobilization around the implications of consumer choices is opened up.” JENKINS, Rhys. *Corporate codes of conduct: self-regulation in a global economy*. **United Nations Research Institute for Social Development**, Geneva, Apr. 2001. Disponível em: <[http://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/\(httpAuxPages\)/E3B3E78BAB9A886F80256B5E00344278/\\$file/jenkins.pdf](http://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/(httpAuxPages)/E3B3E78BAB9A886F80256B5E00344278/$file/jenkins.pdf)>. Acesso em: 22 jan. 2019.

nam que eles mesmos estão se comportando de forma ética ou ambientalmente amigável.

Assim, o desenvolvimento de códigos abrangendo questões sociais, destinados aos seus fornecedores, torna possível a ampliação do conceito de responsabilidade social corporativa e, por consequência poderão reduzir ou controlar as horrendas práticas de trabalho escravo contemporâneo. No entanto, frisa-se que esta conclusão é resultado dos poucos estudos encontrados na literatura pesquisada, sobre a temática da efetividade dos códigos corporativos privados.

4 conclusão

Na atualidade, um primeiro contato com a palavra “escravidão” pode parecer uma referência ao passado histórico. Contudo, pode-se verificar com o presente trabalho que existem formas modernas de escravidão que se transformaram, assumindo novos contornos, sobretudo no segmento têxtil.

Em termos legislativos, o trabalho é considerado um Direito Humano Fundamental e sua garantia está consubstanciada tanto na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e em diversos tratados e convenções internacionais.

Isto sugere que o desrespeito aos Direitos do trabalhador e sobretudo à sua dignidade, é algo incompatível com às diversas estruturas legais existentes, tanto em âmbito nacional, como também de alcance internacional.

Contudo, como já mencionado, na contemporaneidade inúmeros são os casos de trabalhadores escravizados e crianças abusadas em diversos setores no mundo, sobretudo no segmento têxtil. Nesse sentido, é preciso conhecer as peculiaridades desse fenômeno na atualidade, que pode se constituir através de diversas maneiras, envolvendo trabalho forçado, tráfico internacional de seres humanos, cárcere privado, exploração sexual de mulheres, utilização de mão de obra infantil, etc. Trata-se de violações de Direitos que tendem a revelar o caráter clandestino das ilegalidades produzidas pelos interesses do mercado.

Diante desse cenário, é preciso contar com inúmeras ações conjuntas dos poderes públicos e da sociedade civil, no sentido de estimular um mercado têxtil que seja, em todos os aspectos, basilarmente ético. Sobre essa questão é preciso pensar um desenvolvimento conjuntural e harmônico dos âmbitos político, econômico e jurídico. Um sistema de direitos legais envolto por obrigações juridicamente relevantes. Composto por cortes capazes de proferir decisões obrigatórias e vinculantes; um sistema capaz de persuadir os Estados a cumprirem as obrigações concernentes à direitos humanos.

A erradicação do trabalho em condições análogas à escravidão deveria ser uma luta de todos os entes da sociedade, bem como exige instrumentos capazes de assegurar adequada proteção jurídica do trabalho como direito humano e fundamental.

Assim, a utilização dos códigos corporativos agregaria valor à atividade econômica sem ameaçar o sistema contemporâneo de globalização do mercado. Proporcionariam as autorregulações, um sistema global de divulgação e transparência, através do monitoramento e vigilância das cadeias de suprimentos.

O objetivo dessa governança privada não seria estabelecer um conjunto definitivo de condutas, mas, em vez disso, estabelecer uma estrutura na qual as partes corporativas interessadas – consumidores, investidores, trabalhadores e outros – possam ajustar suas relações. Enquanto os códigos privados têm efeito jurídico direto, eles podem ter um efeito sobre a conduta de negócios éticos.

5 referências

BARROS, Amon; SCABIN, Flávia; GOMES, Marcus Vinícius P. Direitos humanos: um assunto também para empresas. *GVExecutivo*, São Paulo, v. 13, n. 2, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://rae.fgv.br/sites/rae.fgv.br/files/artigos/gv_v13n2_50-51-1.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2019.

CENTRO DE DIREITOS HUMANOS E EMPRESA (HOMA). *Novos elementos para o tratado empresas e direitos humanos*. [S.l.], 2017. Disponível em: <<http://homacdh.com/wp-content/uploads/2017/07/Novos-elementos-para-o-Tratado-de-Empresas-e-Direitos-Humanos-da-ONU.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2019.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Três Desafios para um Direito Mundial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DEZALAY, Yves; TRUBEK, David. A Reestruturação Global e o Direito – A internacionalização dos campos jurídicos e a criação dos espaços transnacionais. In FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e Globalização Econômica** – implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1996.

HINKELAMMERT, Franz. **Mercado versus Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Paulus, 2014. Livro eletrônico.

JENKINS, Rhys. Corporate codes of conduct: self-regulation in a global economy. **United Nations Research Institute for Social Development**, Geneva, Apr. 2001. Disponível em: <[http://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/\(httpAuxPages\)/E3B3E78BAB9A-886F80256B5E00344278/\\$file/jenkins.pdf](http://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/(httpAuxPages)/E3B3E78BAB9A-886F80256B5E00344278/$file/jenkins.pdf)>. Acesso em: 22 jan. 2019.

O'NEILL, Onora. Agents of Justice. In: KUPER, Andrew (Ed.). *Global responsibilities: who must deliver on human rights?* London: Routledge, 2005.

SÃO PAULO. Justiça do Trabalho (2. Região). Ação anulatória nº 0001662-91.2012.502.0003. Autor: Zara Brasil Ltda. Réu: União Federal. Relator: Juiz do Trabalho Alvaro Emanuel de Oliveira Simões. São Paulo, 11 de abril de 2014. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2014/04/integra-da-sentenca-judicial-em-que-zara-e-responsabilizada-por-escravidao/>>. Acesso em: 16 jan. 2019.

SÃO PAULO. Justiça do Trabalho (2. Região). **Ação civil pública nº 0000108-81.2012.5.02.0081**. Autor: Ministério Público do Trabalho. Réu: Arthur Lundgren Tecidos S/A. Relator: Juiz do Trabalho Marcelo Donizeti Barbosa. São Paulo, 06 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/wp-content/uploads/2014/12/Senten%C3%A7a-ACP-Pernambucanas.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2019.

TERMINA a 26a sessão do Conselho de Direitos Humanos. Conectas Direitos Humanos, São Paulo, 11 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/acoes/politica-externa/noticia/24199-termina-a-26a-sessao-do-conselho-de-direitos-humanos>>. Acesso em: 16 jan. 2019.

TEUBNER, Gunther. Autoconstitucionalização de corporações transnacionais? Sobre a conexão entre os códigos de conduta corporativos (Corporate Codes of Conduct) privados e estatais. **Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea**/organizador Germano Schwartz. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

TURNER, Ryan J. Transnational supply chain regulation: extraterritorial regulation as corporate law's as new frontier. **Melbourne Journal of International Law**, [S.l.], n. 17, 1, p. 1-22, June 2016.

UNITED NATIONS. Guiding principles on business and human rights. New York: Geneva, 2011. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusiness_HR_EN.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2019.

VERISK MAPLECROFT. **Modern slavery constitutes the biggest reputational risk to emerge over recent years**. Bath, [2017?]. Disponível em: <<https://maplecroft.com/modern-day-slavery-forced-labour-human-rights>>. Acesso em: 22 jan. 2019.

OS CÓDIGOS DE ÉTICA EMPRESARIAIS: UM ESTUDO À LUZ DA LEI SARBANES-OXLEY

Emiliano Carlos Serpa Castor

Ana Carolina de Gouvêa Dantas Motta

Adriano Rosa da Silva

Juliano Melquiades Vianello

1- Introdução

Os mais recentes fatos do cenário político-econômico brasileiro, tal como a Operação Lava Jato (deflagrada em 2014 e com significativos desdobramentos no processo de rearranjo político até os dias atuais do presente artigo), deram expressiva visibilidade e amplificaram ainda mais a discussão em torno de um tema que jamais caiu em desuso: a ética (sobretudo na esfera das relações laborais e político-econômicas). Concretamente no âmbito empresarial, foco deste trabalho, tal panorama acabou por colocar em evidência muitos dos conceitos éticos até então defendidos e aplicados no cenário de governança corporativa, mais precisamente o de accountability – para além dos de compliance, disclosure e fairness.

Muito embora o termo accountability seja recente no contexto brasileiro, a sua aplicabilidade e essência sempre fizeram aqui todo o sentido, já que representa uma forma de proteger, de salvaguardar os cidadãos de má conduta burocrática. Uma das primeiras referências a respeito, no contexto brasileiro, partiu de Ana Maria Campos (1990), que entende e

relaciona o termo *accountability* à responsabilidade objetiva – e não subjetiva – ou como obrigação de responder por algo.

De fato, o termo ganha indiscutível importância quando se aborda, tal como nos dias atuais, o desenvolvimento e a manutenção de estruturas burocráticas que tanto impeçam como também punam as práticas de abusos éticos no sentido de proteger o Estado e os cidadãos contribuintes. Como a própria autora explica (Campos, 1990, p. 33):

a inevitável necessidade do desenvolvimento de estruturas burocráticas para atendimento das responsabilidades do Estado traz consigo a necessidade da proteção dos direitos dos cidadãos contra usos (e abusos) do poder pelo governo como um todo, ou de qualquer indivíduo investido em função pública.

Neste contexto, Samuel Paul (1992) entende *accountability* como uma junção de previsões e de ações corretivas e punitivas que se dão a partir do acompanhamento da gestão pública, a qual se refere como um “conjunto de abordagens, mecanismos e práticas usados pelos atores interessados em garantir um nível e um tipo desejados de desempenho dos serviços públicos” (PAUL, 1992, p.1047).

Já Ricardo Ceneviva (2006), entende a ideia de *accountability* como uma ampliação de responsividade (*answerability*) no sentido de os líderes empresariais ou governamentais, havendo a capacidade de agentes fiscalizadores, demandarem aos líderes as justificativas por seus atos e/ou omissões e, eventualmente, lhes atribuírem algum tipo de sanção.

Todavia, nem todos os países encontram-se nesta posição privilegiada de gestão ética. Campos (1990) discorre sobre o fato de que a falta de “amadurecimento democrático” em países tidos como econômica e politicamente menos desenvolvidos abrem terreno fértil para diversos precedentes, sobretudo jurídicos, e para a aceitação passiva, por parte do Estado, de ações de abuso de poder, bem como o uso, pelos próprios governantes, da máquina estatal em benefício próprio.

Ainda sobre o termo *accountability*, é pertinente mencionar dois aspectos importantes no que tange às suas “dimensões”, entendidas como vertical e horizontal. Guillermo O’Donnell (1998) propõe que a primeira seja analisada na dimensão legal e política com viés de responsabilidade ou dever de prestação de contas dos atos (Pontes, 2008), estabelecendo então foco em eleições, premiação e punição. Já para a dimensão horizon-

tal da accountability, O' Donnel (1998) sugere uma relação de equilíbrio de poder, a qual, segundo o autor, vem a partir da noção de “check and balances”, permitindo, assim, mútua vigilância entre os três poderes do Estado – sendo todos eles autônomos (Pontes, 2008). Tal relação, como o próprio autor define e complementa, representa o “velho tema da divisão dos poderes e dos controles e equilíbrios entre eles”.

Neste contexto e a partir dos conceitos de accountability vertical e horizontal, define-se a accountability societal, que representa, na verdade, uma forma de ampliação significativa do conceito da vertical, uma vez que se caracteriza, nomeadamente, como uma “forma de atuação da sociedade no controle das autoridades políticas, com ações de associações de cidadãos e de movimentos, com o objetivo de expor os erros governamentais e ativar o funcionamento das agências horizontais” (Pontes, 2008, p. 39).

Desta forma, para que a prática de accountability ocorra eficazmente, torna-se importante que haja a comunhão das dimensões vertical, horizontal e societal, aliadas aos mais diversos controles formais e informais, de fácil entendimento e de acompanhamento da sociedade civil, visando, assim, ter administrações objetivamente responsáveis e transparentes (Pontes, 2008).

Neste contexto, o entendimento ainda mais crítico e aprofundado tanto do significado como da função social das práticas éticas e, como é de se supor, do termo de accountability, tem ganho visibilidade e discussão cada vez maiores nos meios de comunicação social brasileiros o que implica, por sua vez, um maior interesse por parte dos cidadãos – algo então conjecturado por Pinho e Sacramento (2009).

Contribui igualmente para esse fato o (des)alinhamento entre como as empresas se propõem a se portar e a se relacionar com o mundo por meio de seus códigos de ética e o que, sob a luz de práticas inibitórias de corrupção, o mundo exterior exige delas. Faz-se então importante identificar se os discursos dos códigos de ética apresentam-se e aplicam-se de forma generalista ou, justamente o oposto, mostram-se devidamente claros, específicos e direcionados. Sejam eles quais forem, é de importância basilar que tais códigos sejam coerentes com pelo menos os pontos fundamentais de leis que fomentam atividades transparentes, tal como a Lei Sarbanes-Oxley (2002).

Lei norte-americana criada em 2002 pelo senador democrata Paul Sarbanes e pelo deputado republicano Michael Oxley, a lei acima referida veio para evitar fraudes em investimentos financeiros e, assim, criar transparência processual no que se diz respeito à governança adequada por parte das empresas (Gitman, 2010).

No Brasil, a existência e a divulgação de um código de ética nas organizações desta natureza são recomendadas pelo Código do IBGC (Instituto Brasileiro de Governança Corporativa) e exigidas pela seção 406 da Lei Sarbanes-Oxley (Souza et al., 2011). Ainda neste contexto, como afirmam Raiziane Silva e Rosane Seibert (2015), a lei está intimamente ligada às práticas de compliance, accountability, disclosure e fairness e colaboram para uma postura ética e legal das empresas.

Desta forma, este trabalho entende que os itens que compõem cada seção fundamental da Lei Sarbanes-Oxley (2002) representam uma unidade coesa. Ou seja, para cada seção fundamental, de forma análoga ao que foi mencionado no parágrafo anterior, há um conjunto de itens que podem ter ou não ligações provenientes dos códigos de ética, o que estabelece o quão coeso está o código a cada seção fundamental da lei. Tal resultado permite perceber e identificar, qualitativamente, se há ou não a presença de coesão e se essa se dá ou não por mera formalidade.

Partindo-se então do pressuposto de que cada empresa conta com o seu código de ética – e estabelecer uma generalização nesse sentido é pouco provável –, optou-se então por estabelecer uma relação das empresas brasileiras com bom desempenho na Bolsa de Valores de Nova Iorque (NYSE) a fim de se compreender se há ou não a existência de coerência e de coesão tal como fora problematizado e proposto nos parágrafos anteriores. Por este caminho, o presente artigo busca encontrar relações qualitativas entre o que é proposto pelas cinco grandes empresas brasileiras com melhor desempenho na NYSE (entre janeiro e julho de 2016), por meio de seus respectivos códigos de ética, e os alicerces da Lei Sarbanes-Oxley (2002), agrupados pelas seções 302, 401, 404 e 409 (SOXLAW, 2017). Desta forma, buscar-se-á compreender a coerência e a coesão do discurso de ética e as práticas exigidas pela lei nas referidas seções, bem como se esses discursos se dão apenas por mera formalidade de compliance.

2-BÉtica

A seção 406 da Lei SOX estabelece três pilares, a saber: 1) incluir a conduta ética em relação a conflitos de interesses reais ou aparentes e relações profissionais; 2) deixar claro nos relatórios que o emitente deve apresentar, de forma completa, justa, rotineira e rápida (quando não rotineira) e, por fim, 3) deixar claro a conformidade com as regras governamentais aplicáveis.

2.1 Ética e governança corporativa

A partir deste novo contexto de desvio de ética observado atualmente, tanto na esfera pública como na privada, diversos foram os artifícios de regulação criados para se evitar fraudes e corrupção, sobretudo nos países economicamente mais expressivos. Um deles merece destaque: a Committee of Sponsoring Organization of the Treadway Commission (COSO), nos Estados Unidos, que desenvolveu recomendações vitais sobre governança corporativa direcionadas às empresas públicas americanas e aos seus auditores independentes, tais como a Securities and Exchange Commission (SEC) e outros reguladores nos Estados Unidos. Por meio desta ação interventiva, ao longo dos anos, a COSO tem se posicionado na formação de liderança de pensamento no tocante a três assuntos inter-relacionados: gerenciamento de risco empresarial, controle interno e dissuasão de fraude.

Não menos importante está o órgão, também norte-americano, Securities and Exchange Commission (SEC), que normatiza as empresas que emitem American Depositary Receipts (ADRs), ou seja, aquelas que representam os recibos de ações na bolsa de valores de Nova Iorque, logo, normatizando a NYSE. Relativamente aos sistemas de controle internos, uma das exigências da SEC é a recomendação, junto às empresas com negócios na NYSE, da utilização do framework criado pela COSO (relatório criado em 2001), a Enterprise Risk Management (ERM) – Integrated Framework, ou seja, o Gerenciamento de Riscos Corporativos (GRC) – Estrutura Integrada. (SOUZA et al., 2011).

O relatório de Gerenciamento de Riscos Corporativos (estrutura integrada da COSO) é conhecido por COSO II ou COSO ERM. O re-

latório COSO I, criado em 1992, também abarcava práticas de controles internos, e a sua evolução resultou na publicação do COSO II, cerca de uma década mais tarde (SOUZA et al., 2011).

O COSO I teve como grande contribuição iniciar discussões de controle interno, com definições e racionalizações dos conceitos. Neste contexto, destaca-se a definição de controle interno como sendo (COSO, 1992 apud FARIAS et al., 2009, p. 62):

[...] um processo, estabelecido pelo Conselho de Administração, Diretoria, Gerência ou outras pessoas da companhia, desenhado para prover razoável segurança de que os seguintes objetivos sejam atingidos: 1. Eficácia e eficiência das operações; 2. Confiabilidade dos relatórios financeiros; 3. Conformidade com as leis e normas aplicáveis.

De acordo com a COSO (2013), o framework ERM foi complementado com a ampliação da categoria de divulgação financeira no intuito de incluir outros formatos significativos de divulgação, como os internos e os não financeiros. Além disso, inclui considerações sobre as (muitas) mudanças nos ambientes operacionais e corporativos durante as últimas décadas, dentre elas (COSO, 2013): a) expectativas em relação à supervisão da governança; b) globalização dos mercados e das operações; c) mudanças nos negócios e maior complexidade; d) demandas e complexidades nas leis, regras, regulamentações e normas; e) expectativas em relação a competências e responsabilidades pela prestação de contas; f) uso de tecnologias em transformação e confiança nas mesmas; g) expectativas em relação à prevenção e à detecção de fraudes.

Assim, a COSO (2013, p. 6) definiu e reafirmou o controle interno como um processo “conduzido pela estrutura de governança, administração e outros profissionais da entidade, e desenvolvido para proporcionar segurança razoável com respeito à realização dos objetivos relacionados a operações, divulgação e conformidade”.

Desta forma, na visão de processo de controle interno, a COSO entendeu e segmentou o controle interno em cinco componentes em relação ao gerenciamento de riscos, que são: 1) ambiente de controle; 2) avaliação de riscos; 3) atividades de controle; 4) atividades de informação e de comunicação e 5) atividades de monitoramento.

O primeiro deles, o componente de ambiente de controle, abarca a integridade e os valores éticos da organização. Ou seja, trabalham-se os parâmetros que permitem à estrutura de governança cumprir com as suas responsabilidades de supervisionar a governança, bem como a estrutura organizacional e a delegação de autoridade e responsabilidade (o processo de atrair, desenvolver e reter talentos competentes; bem como o rigor em torno de medidas, incentivos e recompensas por performance também fazem parte deste componente). Assim, o ambiente de controle resultante tem impacto abrangente sobre todo o sistema de controle interno (COSO, 2013).

Já o componente de avaliação de riscos, envolve um processo dinâmico e interativo para identificar e avaliar os riscos à realização dos objetivos. Assim, a administração especifica os objetivos dentro das seguintes agrupações: operacional, divulgação e conformidade. A administração também trata dos riscos quanto à adequação dos objetivos à entidade. Desta maneira, complementando o componente de avaliação de riscos, importa referir que ainda é preciso que a administração leve em consideração o impacto de possíveis alterações no ambiente externo e dentro do próprio modelo de negócios (COSO, 2013).

O componente de atividades de controle são ações idealizadas e colocadas em prática por meio de políticas e de procedimentos com a finalidade de assegurar o cumprimento de diretrizes determinadas pela administração, visando sempre mitigar os riscos à realização dos objetivos. Podem ser de natureza preventiva ou reativa e abrangem uma série de atividades manuais e/ou automáticas. São exemplos de atividades de controle: fluxos de autorizações e aprovações, verificações, reconciliações, revisões de desempenho do negócio e segregação de funções (COSO, 2013).

O componente de informação e de comunicação é o processo contínuo e interativo em que se proporciona, compartilha e obtém as informações necessárias, podendo ser constituído de duas formas: interna e externa. A primeira refere-se à corporação, e a segunda prevê o recebimento de informações, por parte organização, com posterior retorno a requisitos e expectativas (COSO, 2013).

O componente de atividades de monitoramento são ações contínuas, independentes ou uma mescla das duas, e tem a finalidade de garantir a existência e o correto funcionamento dos cinco componentes do controle

interno, anteriormente aqui mencionados. Os resultados são avaliados em relação a critérios previamente acordados, sendo as possíveis deficiências comunicadas à estrutura de governança e de administração para que sejam tomadas providências de adequação (COSO, 2013).

O atual contexto político-econômico brasileiro fez com que o IBGC se posicionasse em termos de regulamentação. O instituto entende que é cada vez mais evidente a responsabilidade dos agentes de governança quanto aos assuntos referentes à sustentabilidade, corrupção, fraude, abusos nos incentivos de curto prazo para executivos e investidores – sem deixar de lado, como é suposto, a complexidade e a multiplicidade de relacionamentos que as organizações acordam com os mais diferentes públicos no Brasil (IBGC, 2015). Assim, visando definir e recomendar boas práticas, o IBGC fundamentou e explicitou o que entende como “boas práticas” de governança nos negócios na ótica da ética corporativa, a saber: transparência, equidade, prestação de contas e responsabilidade corporativa. Revisitando então os princípios do código, temos, respectivamente, em relação aos conceitos aqui mencionados anteriormente: disclosure, fairness, accountability e compliance.

Importa mencionar, tal como destacam Souza et al. (2011), que o código do IBGC recomenda, dentre outras práticas de governança corporativa, as seguintes: a constituição de um comitê de auditoria, a existência de um código de conduta (ética), divulgado a todos os envolvidos; o gerenciamento de riscos corporativos; ouvidoria e canal de denúncias e controles internos. Essas recomendações vêm desde a quarta edição do código, em 2009.

3- Procedimentos metodológicos

Tendo então exposto e debatido questões de fulcral importância no que diz respeito às boas práticas de governança, importa brevemente descrever como se deu o trabalho metodológico no desenvolvimento deste artigo. O propósito fundamental que norteou este objeto de pesquisa desenvolveu-se a partir da descrição do grau qualitativo que representa a aderência de práticas centrais da Lei Sarbanes-Oxley (SOX) às práticas de conduta relatadas nos códigos de ética das empresas selecionadas para a pesquisa em questão. Para tanto, seguiu-se o seguinte critério: a averigua-

ção e posterior definição do melhor desempenho no mercado acionário da NYSE, no ano de 2016. Importa referir que o critério de desempenho em questão baseou-se nos requisitos da American Depositary Receipt, que representam os recibos de ações do mercado mencionado. A classe ADR verificada foi composta pelo desempenho ordinário da ação ao longo do primeiro semestre de julho de 2016, recorte temporal delimitado para não comprometer o andamento da presente pesquisa.

Partindo-se do entendimento de que todo método apresenta possibilidades, mas, por outro lado, limitações, como já afirmara Sylvia Vergara (2013), torna-se importante mencionar algumas dessas, as quais são referentes ao método escolhido para o presente estudo. A primeira diz respeito à limitação da abrangência da pesquisa às cinco empresas brasileiras com maior operação e venda de ação no mercado acionário de Nova Iorque, no ano de 2016, uma vez que deixa à parte outras empresas importantes do cenário nacional que, em função do recorte temporal aqui definido e dos recursos disponíveis, não seria possível ter uma amostra maior.

Outros aspectos a considerar são o viés e a interpretação do pesquisador no tratamento dos dados e na geração dos resultados obtidos. A postura do pesquisador foi a de que a pesquisa tivesse o distanciamento necessário, ainda que se admita a inexistência de neutralidade investigativa.

4- Discussão, análise de dados e resultados

Tendo então brevemente descrito algumas das principais linhas metodológicas, partir-se-á para a descrição das empresas. O Quadro 1 mostra um recorte com a relação das cinco empresas brasileiras com melhor desempenho de janeiro a julho de 2016.

Posição	Companhia	Crescimento Ordinário (até 14/07)	Preço do Papel (US\$ em 14/07)
1	CSN	207,14%	3,01
2	GOL	139,82%	13,67
3	SABESP	103,23%	9,26
4	Bradesco	99,99%	8,63
5	CEMIG	91,52%	2,65

Quadro 1 – Recorte com as cinco empresas brasileiras com melhor desempenho de janeiro a julho de 2016

Neste contexto de pesquisa, buscou-se descrever qualitativamente quatro seções fundamentais da Lei SOX (seções 302, 401, 404 e 409) nos códigos de ética das empresas selecionadas a fim de se compreender a mensagem de transparência empresarial desde o documento público das companhias. Sumário de seção SOX disposto no quadro 2:

Sumário de seção SOX	Texto traduzido para o português
Seção 302	<p>Os relatórios financeiros estatutários periódicos devem incluir as seguintes certificações:</p> <ul style="list-style-type: none">Os signatários examinaram o relatório;O relatório não contém quaisquer declarações falsas ou omissões significativas ou, ainda, que possam considerá-lo enganoso;As demonstrações financeiras e as informações relacionadas apresentam adequadamente a situação financeira e os resultados em todos os aspectos são relevantes;Os signatários são responsáveis pelos controles internos e avaliaram tais controles nos últimos 90 dias, relatando as suas descobertas;Uma lista de todas as deficiências nos controles internos e informações sobre qualquer fraude envolvendo funcionários de atividades internas;Quaisquer alterações significativas nos controles internos, ou fatores relacionados, que possam ter um impacto negativo;As organizações não podem tentar evitar esses requisitos reincorporando as suas atividades ou transferindo as suas atividades fora dos Estados Unidos.
Seção 401	<p>As demonstrações financeiras publicadas pelos emissores devem ser precisas e apresentadas de forma a não conter declarações incorretas ou admitir informações inválidas de estado;</p> <p>Essas demonstrações contábeis devem também incluir todos os passivos, obrigações ou transações fora do balanço patrimonial relevantes;</p> <p>A Comissão foi obrigada a estudar e a informar sobre a extensão das transações fora do balanço, resultando em relatórios transparentes;</p> <p>A Comissão também é obrigada a determinar se os princípios contábeis geralmente aceitos, ou outras regulamentações, resultam em declarações abertas e significativas por parte dos emissores.</p>

Seção 404	Os emitentes são obrigados a publicar informações nos seus relatórios anuais sobre o âmbito e a adequação da estrutura de controle interno, bem como os procedimentos de apresentação de relatórios financeiros. Esta declaração deve também avaliar a eficácia de tais controles e procedimentos internos; A empresa de auditoria registrada deve, no mesmo relatório, atestar e informar sobre a avaliação da eficácia da estrutura de controle interno e dos procedimentos de apresentação de relatórios financeiros.
Seção 409	Os emissores são obrigados a divulgar ao público, com urgência, informações sobre mudanças significativas em sua condição financeira ou de operações. Essas divulgações devem ser apresentadas em termos que sejam fáceis de entender, apoiados por tendências e informações qualitativas de apresentações gráficas, conforme apropriado.

Quadro 2 – Textos resumidos das seções 302, 401, 404 e 409 da Lei SOX. Traduzido pelo autor. (Fonte: <http://www.soxlaw.com/introduction.htm>, acessado em 10/12/2016)

Tomando como base as considerações de Laurence Bardin (2004), nas quais indicam a possibilidade de análise de palavras-chave por meio de dois grupos: as palavras-plenas e as palavras-instrumentos. As palavras-plenas são as palavras compostas, por adjetivos, substantivos e verbos. Já as palavras-instrumentos são funcionais de ligação, como artigos, preposições, pronomes, dentre outros. Desta forma, a partir do sumário das seções da SOX do Quadro 2, construiu-se o Quadro 3 com as palavras-plenas levando-se então em conta a representatividade das palavras em cada seção.

Sumário de Seção SOX	Palavras-plenas selecionadas	Termos para pesquisa
Seção 302	relatório financeiro/relatórios financeiros demonstração financeira/ demonstrações financeiras signatário omissão deficiência controle interno	RELAT/FINANC DEMON SIGN OMI DEFIC CONTR/INT

Seção 401	declaração precisa declaração incorreta demonstração contábil passivo obrigação balanço patrimonial relatório transparente princípio contábil	DECL/PREC IN CORR/ERRA CONTA PASS OBRIG BALAN TRANSP PRINC
Seção 404	adequar / adequação apresentação de relatório auditoria	ADEQ APRES AUDIT
Seção 409	divulgar ou publicar (relatório financeiro) urgente / urgência mudança condição financeira gráfico/gráfica fácil/fáceis	DIVUL/PUBL URGEN/EMERG MUDA/CAMB CONDI/ESTAD GRAF FACIL

Quadro 3 – Palavras-pletas selecionas. Fonte: Elaboração própria.

Ainda sobre a metodologia aplicada, foram desprezados os termos pesquisados que trouxeram resultados com a mesma parte pesquisada, porém, adequando a outro termo, como, por exemplo, RELAT – “relatório” contabilizado, “relate” (verbo) desprezado. Foram computadas apenas uma vez as expressões encontradas por mais de uma vez, porém se referiam a um mesmo termo pesquisado, por exemplo: RELAT / FINANC – “relatório financeiro”, contabilizado apenas uma vez. Foram também desprezados os termos encontrados que fugiam ao contexto da pesquisa, por exemplo: ADEQ – adequadamente todos os equipamentos de proteção individual.

Após as análises das palavras-pletas, foi utilizada a técnica de análise temática, em que se estabeleceu categorias, previamente selecionadas, para analisar os documentos. Desta forma, para este estudo, as categorias foram as próprias propostas das seções 302, 401, 404 e 409 da SOX. Assim, a análise temática trouxe a proximidade de cada código de ética de forma qualitativa em relação à cada categoria.

Em relação às palavras-pletas selecionadas da seção 302, nota-se uma maior frequência para as que se seguem: (relatórios) financeiros, (demon-

trações) financeiras, omissão e controle interno. Os termos para signatário e deficiência pouco foram encontrados. Tal constatação pode ser entendida pela especificidade das palavras não encontradas, bem como pela generalidade ou pelo apelo das que foram encontradas, mesmo que no contexto investigado. Desta maneira, percebe-se que a maioria das palavras-pletas investigadas foi encontrada.

No tocante às palavras-pletas da seção 401, percebe-se a maior frequência para: (declaração) precisa, (demonstração) contábil, obrigação, (relatório) transparente e princípio contábil, ao passo que (declaração) incorreta, passivo e balanço patrimonial foram pouco encontradas. Tal como no parágrafo anterior, nota-se que as especificidades das palavras-pletas pouco foram encontradas. Desta forma, percebe-se que a maioria das palavras-pletas investigadas foram encontradas.

No que se refere às palavras-pletas da seção 404, percebe-se que as mais encontradas foram: apresentação/divulgação (de relatório) e auditoria, sendo a palavra adequar/adequação pouco encontrada. Em relação à palavra-plena referente à adequação, julgava-se que esta seria mais frequente nos códigos, uma vez que não apresenta tanta especificidade de lei. No entanto, poucas ocorrências foram verificadas, e a importância desse termo na Lei SOX toma grandes proporções. Ainda assim, percebe-se que a maioria das palavras-pletas investigadas foi encontrada.

Já em relação às palavras-pletas da seção 409, apenas a palavra-plena divulgar ou publicar (relatórios financeiros ou contábeis) foi amplamente encontrada. Paralelamente, urgente/urgência, mudança, condição financeira, gráfico/gráfica e fácil/fáceis não foram encontradas com tanta frequência. Poucos códigos, de maneira mais evidente, se comprometeram com o fator de temporalidade e de câmbio de estado que essa seção da SOX se propõe. No entanto, todos, de maneira evidente, preveem um local reservado para a divulgação de seus resultados.

Desta maneira, percebe-se que a maioria das seções da SOX investigadas teve a maior parte de suas palavras-pletas pesquisadas amplamente encontradas, o que corrobora para uma investigação mais geral, logo, o que os códigos de ética buscam convergir para os preceitos pilares da Lei SOX, representada, neste relatório, pelas seções 302, 401, 402 e 409.

5- Considerações finais

Em um meio corporativo cada vez mais exigente de accountability e de fairness, nos sentidos de ampliação de responsividade e de senso de justiça, respectivamente, a Lei Sarbanes-Oxley (SOX) vem regulando o mercado acionário nas empresas que negociam papéis na NYSE desde o início dos anos 2000. Para tais companhias, imersas neste contexto, a obrigatoriedade da adoção de um código de ética tornou-se incontornavelmente necessária. Assim, os códigos de ética adquiriram a importância de compliance, a partir da visão da SOX.

No entanto, num caminho contrário, mesmo que aparentemente baseado nos códigos de ética, o que se vê é a formação de um formalismo da ética dentro de uma visão de ética empresarial. Neste sentido, os códigos de ética funcionam como ferramenta de disclosure das empresas no que se refere ao esperado nas vertentes de comportamento, conduta e ética para a alta direção, os empregados, os fornecedores e os clientes.

Neste panorama, entendeu-se que a seção 406 da SOX vem para garantir o fluxo da Lei Sarbanes-Oxley para os códigos de ética. Desta maneira, a busca pela recíproca, ou seja, partindo-se do pressuposto de que, a partir de uma análise do código de ética, seja possível enxergar a Lei SOX, torna-se importante o viés ético no sentido de se evidenciar aspectos de coerência e de coesão do ponto de vista da ética empresarial – e se esses ocorrem apenas por mera formalidade de compliance.

Como cada empresa elabora o seu código de ética, torna-se pouco factível fazer uma generalização. Desta maneira e a fim de se buscar um entendimento mais profundo, mesmo que resumido a algumas empresas importantes do cenário econômico nacional, foram selecionadas as cinco empresas brasileiras com melhor desempenho na NYSE entre janeiro e julho de 2016. Estas cinco empresas tiveram os seus códigos de ética estudados no presente trabalho no intuito de se verificar se a recíproca ocorre – ou seja: se é possível perceber uma coerência e uma coesão da ética empresarial ao se enxergar a Lei SOX a partir de seus códigos de ética, bem como se estes aspectos ocorrem apenas por mera formalidade de compliance. Como a Lei SOX é extensa e com muitas seções, as seções tidas como “básicas” foram as norteadoras na pesquisa: seções 302, 401, 404 e 409.

Quanto à coerência, todos os códigos de ética apresentaram correspondências com todas as seções básicas da SOX, ainda que a maioria não tenha atendido plenamente aos itens das seções na sua totalidade. A coerência pôde ser verificada no seguinte aspecto: para os itens mais gerais das seções, foram encontradas correspondências, ao passo que para os com maior especificidade, não – o que seria natural, levando-se em conta um caráter mais generalista do código de ética. Já a aplicabilidade dos cinco códigos de ética sugeriu certo padrão, mesmo não o confirmando em números: as correspondências dos códigos de ética das cinco empresas convergiram para praticamente os mesmos itens das seções selecionadas da SOX. Importa referir que, para os outros itens, não houve correspondência.

Assim, em jeito de conclusão inicial, como cada seção teve correspondência, este trabalho pôde concluir que, de fato, há indícios suficientes para afirmar que há presença de coerência do ponto de vista de disclosure da ética empresarial – partindo dos códigos de ética das empresas selecionadas em direção às seções pesquisadas da Lei SOX.

Quanto à coesão, a maioria dos códigos de ética estudados apresentou falta de correspondência com pelos menos um item de cada seção selecionada da Lei SOX, exceto pela empresa CEMIG pois demonstrou correspondências temáticas em todos os itens verificados na presente pesquisa. Assim, em uma visão geral, houve lacunas entre os itens selecionados de cada seção investigada da Lei SOX, o que propõe uma desconexão entre os itens de cada seção. Desta forma, este relatório conclui que, para a maioria dos casos, não há indícios suficientes para se afirmar a presença de coesão do ponto de vista de disclosure da ética empresarial – partindo dos códigos de ética das empresas selecionadas em direção às seções pesquisadas da Lei SOX.

Este artigo evidencia um aspecto importante: apesar de, na maioria dos casos estudados, não haver indícios suficientes para afirmar a coesão, entendeu-se que houve evidências para afirmar que, de fato, houve coerência e que essa se deu de uma forma padronizada em relação ao ponto de vista de disclosure da ética empresarial. Assim sendo, o trabalho abriu precedentes para que se propusesse às empresas, ao revisitarem os seus códigos de ética, a tentativa, de alguma forma, de preenchimento das lacunas acusadas pela falta de correspondência com os pilares da Lei SOX – sem perder a generalidade a que o código se propõe. Desta forma, garantir-se-á

uma maior proximidade em relação à coerência e à coesão no viés da ética empresarial entre os códigos de ética e os pilares da Lei SOX.

Finalmente, como os resultados apresentaram uma sugestiva padronização (e que as convergências apontaram para os itens mais gerais das seções estudadas), este relatório conclui que, na maioria dos códigos de ética estudados, houve uma significativa preocupação de cumprimento por formalidade, sob a perspectiva de coerência e de coesão em relação às seções estudadas da Lei SOX. Sugere-se, para trabalhos futuros, na vertente da ética empresarial, investigar a influência da segregação de funções empresariais na prática de accountability para alguma empresa brasileira que já negocia papéis na NYSE. Essa proposta permitiria enxergar mais a fundo como segregar funções contribui para uma ampliação de responsividade em uma empresa.

RETOS EMPRESARIALES FRENTE A LOS DERECHOS HUMANOS ASOCIADOS A LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

Silvia Vilar González

I. INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos se pueden definir como los “derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de raza, sexo, nacionalidad, origen étnico, lengua, religión o cualquier otra condición”²⁹ y que vienen reconocidos, tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, como en otras convenciones y textos normativos internacionales, regionales y nacionales en la materia.

La protección jurídica de estos derechos ha ido evolucionando de la mano de la sociedad, de los avances, las nuevas realidades sociales y las vulneraciones que se han ido advirtiendo a lo largo de los años, que han hecho necesario habilitar nuevos instrumentos jurídicos de protección, distinguiendo la doctrina mayoritaria, hasta el momento, entre cuatro generaciones de derechos humanos, como veremos.

Por lo que respecta a los derechos humanos de cuarta generación, propios del siglo XXI, han surgido como consecuencia del uso intensivo de las tecnociencias y nuevas tecnologías, que han ofrecido nuevos retos y desafíos

²⁹ “Derechos Humanos”, *Naciones Unidas*, disponible en: <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/human-rights/index.html>, última consulta: 01/04/2019.

a la humanidad, a afrontar tanto desde el punto de vista jurídico, económico o institucional, como desde el de la ciberseguridad, entre otros.

El derecho de acceso a estas nuevas tecnologías se halla indisolublemente unido a la calidad de vida de las personas, generándose novedosas formas de interrelación humanas, grandes avances en las comunicaciones, en los transportes y en la gestión de la información, pero también nuevas exigencias que hacen necesario adaptarse a los procedimientos que surgen en este ámbito y a los potenciales riesgos y problemas que pueden afectar, no sólo a los individuos, sino también a las colectividades, empresas y restantes corporaciones, tanto a nivel nacional como internacional.

En el presente estudio, tras comenzar abordando la evolución de las tres primeras generaciones de derechos humanos, continuaremos perfilando el contenido básico de derechos que conforman la cuarta generación, para terminar centrándonos en la incidencia de los retos asociados a la innovación tecnológica e Internet en el sector empresarial, así como qué aspectos debe tener dicho sector en cuenta para hacer frente a las nuevas necesidades en el contexto de la responsabilidad social corporativa, considerando el impacto que su labor puede tener en la sociedad y en los derechos humanos, en cuyo respeto y protección están cada vez más involucradas las empresas, independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, titularidad o estructura.

II. LAS TRES PRIMERAS GENERACIONES DE DERECHOS HUMANOS

Las clasificaciones que agrupan los derechos humanos en distintas etapas a lo largo de su evolución histórica, suelen reconocer la existencia de tres generaciones que se corresponden con las siguientes etapas:

a) Una primera generación de derechos humanos, con origen en la Revolución Francesa, que tienen una especial incidencia en las expresiones de la libertad de los individuos. En este sentido, se trata de limitar el poder de los Estados frente a estas libertades, así como de establecer un equilibrio entre las instituciones y los ciudadanos.

Estos derechos humanos de primera generación parten de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de las Naciones Unidas del año 1948, que constituyó un primer paso hacia el reconocimiento

de ciertos principios inherentes a la condición humana, obviando las distinciones basadas en motivos de sexo, edad, religión, origen, nacionalidad o raza.

Posteriormente, también fueron reconocidos a través de otros instrumentos internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966 o en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (más conocido como Convenio Europeo de Derechos Humanos), del año 1950.

El constitucionalismo y el liberalismo progresista impulsaron también la inclusión de estos derechos “en las Constituciones de los Estados nacionales europeos durante el siglo XIX, favoreciendo así la universalización de los derechos civiles y políticos básicos” (BUSTAMANTE, 2001, p. 1), imponiendo la obligación de respetarlos y pudiendo quedar solamente limitados por las restricciones constitucionalmente establecidas.

Entre estos derechos se encuentran: el derecho a la vida (art. 3 DUDH, art. 6 PIDCP); el derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5 DUDH, art. 7 PIDCP); el derecho a la libertad y seguridad personales (art. 3 DUDH, art. 9 PIDCP) el derecho a la igualdad ante la ley (art. 7 DUDH, art. 14 PIDCP), o el derecho a no recibir injerencias arbitrarias en la vida privada, la familia, el domicilio o la correspondencia, ni de ataques a la honra o la reputación (art. 12 DUDH, art. 17 PIDCP), entre otros.

b) Una segunda generación de derechos humanos, con incidencia en la expresión de la igualdad de los individuos, y que abarca los derechos propugnados, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de las Naciones Unidas, también del año 1966.

Estos derechos tratan de “compensar las desigualdades naturales creadas por las ventajas y desventajas de clases, etnia y religión que caracterizan las diferencias sociales de los individuos desde su propio nacimiento” (BUSTAMANTE, 2010, p. 81). Por este motivo, se precisará para su disfrute de la intervención estatal, con la finalidad de garantizar el acceso a los mismos a toda la población, ya que se hará necesario crear unas condiciones sociales adecuadas que hagan posible “un ejercicio real de las libertades en una sociedad donde no todos los hombres nacen iguales” (BUSTAMANTE, 2001, p. 1).

Entre estos derechos podemos mencionar: el derecho a gozar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (art. 7 PIDESC); el derecho a la protección de la familia (art. 10 PIDESC); el derecho a gozar del más alto nivel posible de salud física y mental (art. 12 PIDESC); o el derecho a la educación (art. 13 PIDESC), entre otros.

c) Y, finalmente, una tercera generación de derechos humanos, propia de la segunda mitad del siglo XX y principios del XXI, que abarca un conjunto heterogéneo de derechos vinculados a valores como la solidaridad, que “precisan de la cooperación a escala universal para su realización” (FRAGUAS, 2015, p. 124).

Estamos hablando del derecho a la paz, el derecho a la autodeterminación de los pueblos, el derecho a gozar de un medioambiente sano o el derecho al patrimonio común de la humanidad –éste último formado por todos los bienes materiales o inmateriales que conforman el relevante legado que permite conocer la evolución humana-. Todos estos derechos se han ido incorporando a una lista abierta, en permanente transformación, elaborada a través de las numerosas cumbres y encuentros internacionales, tratando de responder a las nuevas necesidades y exigencias humanas que conducen a la necesidad de garantizar un “acceso universal a formas más avanzadas de ciudadanía y civilidad, de libertad y de calidad de vida” (BUSTAMANTE, 2001, p. 2).

No obstante, pese a esta agrupación o delimitación de los derechos humanos entre distintas etapas, como afirma la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, todos los derechos humanos, independientemente de la generación a la que pertenezcan, “son derechos indivisibles, interrelacionados e interdependientes” (OFICINA..., 2019), precisándose el avance de cada uno de ellos, para que puedan hacerlo al mismo tiempo todos los restantes, y perjudicando la privación de cualquiera de ellos también a todos los demás derechos humanos.

III. LA CUARTA GENERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Pese a que una parte de la doctrina prefiere no dar por concluida la mencionada tercera generación de derechos humanos y englobar en la misma lo que otros consideran como una cuarta generación (FRAGUAS,

2015, p. 134), en la actualidad, muchos son los autores que afirman la existencia de esta cuarta generación, que vendría asociada a “las nuevas formas que cobran los derechos de primera, segunda y tercera generación en el entorno del ciberespacio” (BUSTAMANTE, 2001, p. 2), al gran avance que han venido experimentando en los últimos años las tecnociencias y las nuevas tecnologías, y a la expansión del concepto de “ciudadanía digital” (RODRÍGUEZ, 2013, p. 1), que nace como consecuencia de las mencionadas nuevas fórmulas de interrelación humanas.

En este contexto, los grandes avances tecnológicos, las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) y, especialmente, Internet, se hallan fuertemente vinculados a actividades cada vez más habituales en nuestros quehaceres diarios, pasando a formar parte de la vida cotidiana y a convertirse “en infraestructuras básicas de la sociedad del siglo XXI, ...siendo necesarias en el trabajo, en lo social y en el entretenimiento” (AGUIRRE, 2015, p. 5).

Esta dependencia con respecto a las nuevas tecnologías, puede reportar múltiples beneficios y contribuir notablemente en la protección de los derechos humanos –gracias, por ejemplo, a la inteligencia artificial que mejora la precisión en los diagnósticos médicos y su tratamiento, los mecanismos de captación de imágenes por satélite que permiten combatir la deforestación, o a las diversas plataformas digitales que permiten denunciar y divulgar las violaciones de derechos humanos–, pero también puede ocasionar potenciales problemas, efectos negativos y graves abusos si estas novedosas formas de hacer las cosas se emplean de forma no tan adecuada –mediante el acceso ilegal a registros o ficheros virtuales que contengan datos personales de sus usuarios con la intención de llevar a cabo un uso indebido de los mismos; o empleando ilegítimamente instrumentos de vigilancia o de interceptación de comunicaciones electrónicas dirigidos a la preparación, consecución o propaganda de delitos, entre otros–.

Todo ello, nos lleva a reflexionar sobre los recientes principios, valores y problemáticas que surgen como consecuencia de esta nueva generación de derechos humanos, haciendo necesario, desde el punto de vista del legislador, “instrumentar e implementar políticas coherentes que reconozcan las nuevas necesidades humanas para aprovechar dichos medios, y los nuevos derechos que son inherentes al hecho mismo el vivir en una sociedad tecnológica” (ALTAMIRANO, 2017, p. 3).

De hecho, algunos autores (GELMAN, 1997; SUÑÉ, 2009; JARVIS, 2010) han llegado a afirmar la necesidad de contar con una Declaración de Derechos del Ciberespacio, que ostente la misma magnitud que la mismísima Declaración Universal de Derechos Humanos.

Con respecto al acceso al conjunto de redes que conforman Internet, F. LA RUE, Relator Especial sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión de las Naciones Unidas, en su Informe de 16 de mayo de 2011 (A/HRC/17/27), considera que constituye uno de los instrumentos más poderosos del siglo XXI, recalcando que su “naturaleza singular y transformadora[...] permite a las personas ejercer no solo su derecho a la libertad de opinión y expresión, sino también muchos otros derechos humanos, y ofrece la posibilidad de impulsar progresos en la sociedad en su conjunto” (2011, p.1).

En este sentido, LA RUE, estableció la meta del acceso universal por parte de toda la población a Internet como prioritaria para los países del mundo, en vista de que se ha tornado en un instrumento indispensable que permite ejercer diversos derechos humanos, así como luchar contra la desigualdad o acelerar el desarrollo y el progreso de la humanidad. Para ello, el Relator Especial recomendó en su informe a los Estados que elaboraran políticas eficaces y concretas, mediante las consultas pertinentes a personas de todos los sectores sociales, incluido el privado, así como con los ministerios gubernamentales competentes, con la finalidad de que este medio se encuentre ampliamente disponible y sea accesible y asequible para cualquier sector de la población.

Por lo que respecta al acceso a las nuevas tecnologías, como afirma Javier BUSTAMANTE, “[h]ablar de derechos humanos supone hablar de calidad de vida y de acceso a mejores condiciones para diseñar y realizar nuestras propias vidas, reconociendo en ellas algo mucho más digno que la simple existencia biológica” (2001, p. 13). En dicho sentido, no se puede hablar de calidad de vida sin mencionar la tecnología, ya que ésta puede constituir una poderosa infraestructura de liberación para todas las personas, resultando innegable que la “[i]nformación, comunicación y conocimiento son las bases necesarias para el desarrollo humano” (DOMINGO, 2009, p. 34).

Asimismo, no podemos olvidar que las nuevas tecnologías de la información hacen posible “convocar a miles de personas, transmitir millones

de mensajes, y ante esta realidad se debe tener un marco jurídico para la protección de los titulares de los derechos que surgen y así poder regular este fenómeno de la comunicación mundial” (ACATA, 2012, p. 42).

IV. LOS RETOS EMPRESARIALES ASOCIADOS A LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

Entre los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) incorporados en la Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas, el número 9 es el relativo a la “Industria, Innovación e Infraestructura”. Este objetivo señala que, para poder avanzar en estos aspectos, es necesario considerar que “[e]l progreso tecnológico debe estar en la base de los esfuerzos para alcanzar los objetivos medioambientales, como el aumento de los recursos y la eficiencia energética[, puesto que s]in tecnología e innovación, la industrialización no ocurrirá, y sin industrialización, no habrá desarrollo”³⁰. También se hace necesario aumentar la inversión en productos de alta tecnología que dominen las producciones manufactureras, que permitan aumentar la eficiencia y mejorar los servicios celulares móviles para que las personas puedan estar interconectadas.

Además de todo ello, la vertiginosa e incuestionable aplicación de las nuevas tecnologías en el sector empresarial, que vienen asociadas a la conocida como “era digital”, ha transformado los tradicionales modelos con los que las empresas solían interactuar en los mercados, implementando novedosas fórmulas que les obligan necesariamente a adaptarse a los modernos avances y requisitos asociados con el dinamismo del entorno, lo que conduce a trabajar de un modo mucho más enérgico y ágil y a formular nuevos modelos de negocio debido, entre otros, a los siguientes factores (OBS..., 2019):

La rapidez con que se crean tecnologías disruptivas, es decir, aquellas que transforman radicalmente el statu quo de los procedimientos de trabajo, como pueden ser: la robótica avanzada, las tecnologías móviles o la impresión en 3D.

30 “9 Industria, Innovación e Infraestructuras”, *Objetivos de Desarrollo Sostenible*, disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/infrastructure/>, última consulta: 01/04/2019.

La mayor sofisticación de los consumidores quienes, gracias al acceso de que disponen a las tecnologías de la información y la comunicación, pueden resolver más eficientemente sus necesidades y seleccionar de forma más sencilla entre las distintas ofertas del mercado.

La sencillez con que las empresas emergentes pueden acceder a los mercados.

La utilización de criptomonedas o nuevos medios digitales de pago -como “bitcoin”, “Zcash” o similares-, que suponen nuevos esquemas de financiación y modelos de contabilidad empresarial.

El aumento de las posibilidades de colaboración entre los socios de negocio, facilitadas, en gran medida, por los avances en el transporte y en las comunicaciones asociados a la globalización.

Los peligros relacionados con el incremento de los ataques informáticos a las empresas y las condiciones de la ciberseguridad, al constituir el ciberespacio un medio en el que se pueden vulnerar garantías individuales y colectivas, de forma fácil y anónima, a través de diversas fórmulas criminales.

E, incluso, otro tipo de riesgos que pueden afectar a los intereses empresariales y que antes no existían, como la posibilidad de emplear veladamente las tecnologías digitales de la empresa por parte de los empleados, en especial, Internet, durante la jornada laboral para uso particular o de ocio.

La dinámica actual de los mercados se halla, por tanto, fuertemente vinculada con factores como la innovación o el uso de las nuevas tecnologías en las operaciones de negocio, lo que obliga a las empresas a potenciar y favorecer estos campos y a migrar hacia el mundo digital con la finalidad de que sus perspectivas empresariales no se vean afectadas, ni a medio ni a largo plazo.

En este sentido, el compromiso de los distintos actores sociales, incluidas las empresas, precisa de una profundización en los valores que permita acercar las tecnologías a las comunidades, para lo que “se requiere planificación, lo que demanda definir prioridades, acometerlas y comprometer a los responsables en la consecución de los avances” (AGUIRRE y MANASÍA, 2015, p. 13).

Es necesario tener también en cuenta que la transformación digital de las entidades empresariales, independientemente de su naturaleza y sector al que pertenezcan, se “inicia y termina en las personas, más allá de la evidente participación que en ello tienen el software y el hardware” (AUBAD, 2018, p. 1), por lo que es fundamental contar, al mismo tiempo, con un equipo

técnico, debidamente formado, capaz de lidiar con las necesidades que surjan en este contexto, lo que debe convertirse en una prioridad, aunque no siempre será fácil acceder a un capital humano adecuado.

Y, finalmente, otro de los grandes retos de futuro para el sector empresarial consiste en “[o]rganizar [y] articular la infinita información que ya está disponible y que no es nada [comparado] con la que habrá en pocos años dado el ritmo de progresión geométrica” (DOMINGO, 2009, p. 34), información que ha comenzado a abordarse con mayor intensidad a raíz de la aparición de diversas disciplinas como la archivística, la biblioteconomía, las ciencias de la información o la ingeniería de sistemas, entre otras.

Desde dicho punto de vista empresarial es necesario distinguir, además, entre tres tipologías de información que influyen, innegablemente, en el modo de abordar los problemas o elecciones dirigidos a alcanzar los objetivos de negocio, a saber: a) la información ambiental, que es la que procede del entorno externo, como pueden ser los medios de comunicación, Internet o de publicaciones especializadas, entre otros; b) la información interna, que es la procesada directamente por la organización procesa, consistente en comunicaciones personales, formularios, archivos, etc.; y c) la información corporativa, que es la que la organización proyecta hacia el entorno, como pueden ser los informes económicos, financieros o tecnológicos, etc. (ZAPATA, 2005, p. 101).

En dicho contexto, los gestores de la información deberán ser capaces de determinar las necesidades informativas empresariales para, gracias a ello, poder implementar sistemas de información efectivos dirigidos a la toma de decisiones, “previo análisis de la estructura medioambiental en la que se encuentra la empresa, y, a su vez, los tipos de inteligencia competitiva, y por tanto las posibles estrategias para monitorear el entorno, y capturar la información necesaria, que luego se transformará en conocimiento” (MUÑOZ, 2003, p. 17).

V. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL FRENTE A LOS DERECHOS HUMANOS DE CUARTA GENERACIÓN

El artículo 27.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece, entre otros, el derecho de todas las personas a participar en

el progreso científico y en los beneficios que del mismo resulten, lo que supone la necesidad de crear e implementar mecanismos y políticas que permitan que toda la comunidad pueda intervenir, de forma igualitaria, en la ciencia mundial y acceder de modo equitativo, tanto a la información, como a los restantes bienes de carácter científico.

Otros instrumentos internacionales en los campos de la ciencia, la tecnología y el desarrollo, han introducido también, en este contexto de profunda transformación que está suponiendo la conocida como “cuarta revolución industrial”, iniciativas en materia de responsabilidad social corporativa (RSC) o empresarial (RSE) que destacan la especial necesidad de respeto y protección de los derechos humanos por parte de este sector, como los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, que fijan directrices dirigidas a las empresas con la finalidad de “proteger, respetar y remediar” frente a los impactos negativos que su actividad pudiera suponer en los derechos humanos.

Aunque dicha responsabilidad social corporativa sigue teniendo un carácter voluntario y flexible para las empresas, diversos actores sociales, sindicatos y ONG del panorama internacional insisten en la necesidad de que se establezca un marco normativo obligatorio que fije, cuanto menos, unas reglas mínimas y equitativas en esta materia, a lo que las empresas y asociaciones relacionadas con el sector se muestran reacias.

En dicho sentido, la Unión Europea en su “Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas” (COM/2011/0681 final), ha acogido parcialmente esta obligatoriedad, al pasar a definir la responsabilidad social empresarial como “la responsabilidad de las empresas por su impacto en la sociedad”³¹, evitando hacer mención alguna a su carácter “voluntario” y apuntando también hacia la conveniencia de regular jurídicamente ciertos aspectos relacionados con dicha responsabilidad social corporativa como, entre otros, la transparencia o la credibilidad, o al prever que los poderes públicos desempeñen un papel de apoyo a las empresas, pero estableciendo, a su vez, medidas que favorezcan la transparencia y un comportamiento responsable de estas en el mercado, asegurándose de que rindan cuentas en caso de que se estime necesario.

31 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas. (COM/2011/0681 final), p. 7.

El Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas, en su Informe (A/73/163), de 16 de julio de 2018, relativo a “la debida diligencia de las empresas en materia de derechos humanos – prácticas emergentes, desafíos y perspectivas futuras”, con respecto al empleo de las nuevas tecnologías, ha afirmado que el recurso a éstas facilita alcanzar soluciones innovadoras que mejoren la detección de “los efectos en los derechos humanos en los niveles inferiores de la cadena de suministro[, permitiendo] que los trabajadores hagan oír su voz y así favorecer tanto la diligencia debida como las medidas correctivas, también en las cadenas de suministro”³².

No obstante, el informe señala, al mismo tiempo, que también es necesario prestar una especial atención a los riesgos derivados de poder socavar las buenas prácticas con el uso de las nuevas tecnologías.

Frente a la “inmensidad del alcance de redes como la telefonía celular y/o Internet, se observa el riesgo y el peligro de ver arrasados valores asociados a la libertad, la seguridad y la privacidad” (VUANELLO, 2011, p. 252), por lo que, junto con una actividad responsable de las empresas, es necesario que los Estados brinden también “un uso seguro de estas tecnologías, a partir de la creación tanto de políticas preventivas, como de acciones legales de protección” (VUANELLO, 2011, p. 249).

En dicho sentido, cada vez son más frecuentes los supuestos de despido disciplinario asociados al uso indebido de las nuevas tecnologías o a conexiones no autorizadas a Internet llevadas a cabo por parte de los empleados durante la jornada laboral, o bien con el empleo del correo electrónico para usos particulares, lo cual es perfectamente legítimo, pero se hace necesario determinar si los métodos de investigación y control por parte de las empresas a sus empleados puede suponer la vulneración de derechos humanos de éstos, como pueden ser el derecho a no recibir injerencias arbitrarias en la vida privada, o bien, el secreto de la correspondencia, contemplados ambos en diversos instrumentos internacionales, como en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 17.1 del Pacto Internacional de De-

32 Informe (A/73/163) del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas, de 16 de julio de 2018, sobre el tema central “la debida diligencia de las empresas en materia de derechos humanos – prácticas emergentes, desafíos y perspectivas futuras”, p. 16.

rechos Civiles y Políticos o el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

A los mencionados efectos y como ejemplo de ello, se calcula que, en los Estados Unidos de América, aproximadamente “el 45% de las grandes empresas tienen instalados sistemas de control interno de correo electrónico de sus empleados” (AGÚNDEZ, 2002, p. 24).

Es necesario también mencionar en otro orden de consideraciones, los problemas a que se enfrentan determinadas empresas que prestan servicios de acceso a Internet en algunos países con regímenes dictatoriales, como sucede, por ejemplo, en la República Popular China, donde “se parte de un principio de presunción de culpabilidad del internauta, considerándole un enemigo potencial del Estado” (BUSTAMANTE, 2001, p. 2).

En el mencionado país, se han institucionalizado nuevas y sofisticadas formas de censura que inciden en un plano menos visible de la acción política³³, las cuales, junto con las regulaciones legales existentes en la materia, logran limitar aún más la libertad de expresión y el acceso a la información a través de barreras informáticas, como sistemas de cortafuegos o de filtrado que impiden consultar y visualizar páginas web de dominios extranjeros no autorizados.

A dichos efectos, el gobierno chino obliga a todo ciudadano del país, antes de entrar por primera vez en Internet, a rellenar un formulario exhaustivo que garantice el pleno control gubernamental de su identidad en la red, así como a los accesos e intercambios de información que efectúe, haciendo responsables a las empresas proveedoras del servicio de acceso a Internet ante cualquier actividad que los usuarios pudieran llevar a cabo a través de dicha conexión, obligándoles a colaborar con las autoridades competentes en la identificación y persecución de las referidas “actividades subversivas” (BUSTAMANTE, 2001, p. 7), a las que se considera como delitos contra la seguridad del Estado.

33 Como, por ejemplo, la “*Computer Information Network and Internet Security, Protection and Management Regulations*”, promulgada en el año 1997 por el Ministerio de Seguridad Pública de la República Popular China.

VI. CONCLUSIONES

La irrupción de las nuevas tecnologías e Internet en la sociedad actual han abierto nuevas puertas y han ocasionado grandes retos a afrontar por parte de toda la humanidad en su conjunto, desde distintas perspectivas como la jurídica, la económica o la institucional, entre otras, lo que también afecta indudablemente en el desempeño de las actividades empresariales.

Estas empresas deben adaptarse a los desafíos y requisitos que surgen, día tras día, como consecuencia de este nuevo panorama, siendo preciso identificar las nuevas necesidades, los riesgos y los problemas derivados, e incorporando a sus equipos humanos empleados cualificados capaces de afrontar los novedosos instrumentos y métodos de trabajo disponibles en lo sucesivo, así como tratando de velar, al mismo tiempo, por no lesionar los derechos humanos que pudieran verse involucrados, como pueden ser el derecho a la intimidad o el derecho al secreto de las comunicaciones de sus trabajadores.

Los distintos Estados mundiales también deberán tratar de implementar en sus respectivos regímenes jurídicos internos leyes que fomenten el buen uso de las nuevas tecnologías y que permitan disfrutar de los derechos humanos de cuarta generación a todos sus ciudadanos, protegiéndoles frente a cualesquiera injerencias ilegítimas que pudieran recibir por parte de, entre otras, las empresas.

Y, en definitiva, es necesario identificar y aplicar los enfoques innovadores y prácticos que se precisen, dirigidos a evitar cualquier vulneración de los derechos humanos en este contexto, ya sea por parte de las personas individuales, como por parte de organismos públicos o privados, en especial, por parte de las empresas dentro del contexto de su responsabilidad social corporativa, la cual supone el compromiso voluntario adquirido por parte de éstas, dirigido a tratar de ajustar su comportamiento a estándares éticos, sostenibles y respetuosos con los derechos humanos, el medio ambiente y con la sociedad en su conjunto.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ACATA AGUILA, I., “Internet, un derecho humano de cuarta generación”, *Revista Misión Jurídica*, Vol. 4, N.º 4, 2012, pp. 37-58.

AGUIRRE ANDRADE, A.A. y MANASÍA FERNÁNDEZ, N.M.,
“Derechos humanos de cuarta generación: inclusión social y democratización del conocimiento”, *Télématique: Revista Electrónica de Estudios Telemáticos*, Vol. 14, N.º 1, 2015, pp. 2-16.

ALTAMIRANO DIMAS, G., *Los derechos humanos de cuarta generación. Un acercamiento*, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, México, 2017.

AGUIRRE, A. y MANASÍA, N., “Derechos humanos de cuarta generación: inclusión social y democratización del conocimiento”, *Télématique*, Vol. 14, 2015, pp. 2-16, disponible en: <https://www.redalyc.org/html/784/78435427002/>, última consulta: 01/04/2019.

AGÚNDEZ BASTERRA, M., “Derechos humanos y nuevas tecnologías”, *Derechos Humanos y Nuevas Tecnologías*, Ararteko, San Sebastián (España), 2002, pp. 17-30.

AUBAD, R., “Retos empresariales en la era digital”, *Proantioquía*, 2018, pp. 1-2, disponible en: <https://www.proantioquia.org.co/retos-empresariales-en-la-era-digital/>, última consulta: 01/04/2019.

BUSTAMANTE DONAS, J., “La Sociedad de la Información. Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica”, *CTS+I: Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación*, N.º 1, 2001, pp. 1-17, disponible en: <https://www.oei.es/historico/revistactsi/numero1/bustamante.htm>, última consulta: 01/04/2019.

BUSTAMANTE DONAS, J., “Segundos pensamientos. La cuarta generación de derechos humanos en las redes digitales”, *Telos. Cuadernos de Comunicación e Innovación*, N.º 85, 2010, pp. 80-89.

DOMINGO, V., “Los Derechos Humanos de Cuarta Generación”, *Crítica*, N.º 959, 2009, pp. 32-37.

FRAGUAS MADURGA, L., “El concepto de derechos fundamentales y las generaciones de derechos”, *Anuario del Centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia*, N.º 21, 2015, pp. 117-136.

GELMAN, R.B., “Draft Proposal: Declaration of Human Rights in Cyberspace”, 1997, disponible en: <http://www.be-in.com/10/rightsdec.html>, última consulta: 01/04/2019.

JARVIS, J., “Bill of Rights in Cyberspace, amended”, 2010, disponible en: <https://www.businessinsider.com/bill-of-rights-in-cyberspace-amended-2011-1?IR=T>, última consulta: 01/04/2019.

LA RUE, F., “Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue (A/HRC/17/27)”, Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 2011, pp. 1-24.

MUÑOZ CAÑAVATE, A., “Sistemas de información en las empresas”, Hipertext.net, N.º 1, 2003, pp. 1-27, disponible en: https://www.upf.edu/hipertextnet/numero-1/sistem_infor.html, última consulta: 01/04/2019.

OBS COMMUNITY, “Retos a la dirección estratégica en la era digital”, disponible en: <https://www.obs-edu.com/es/obs-community/mba/retos-la-direccion-estrategica-en-la-era-digital>, última consulta: 01/04/2019.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS, “¿Qué son los derechos humanos?”, disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>, última consulta: 01/04/2019.

RODRÍGUEZ, A., “Los Derechos de Cuarta Generación”, Sociedad de la Información: Marco Regulador, 2013, disponible en: <http://sociedadinformacionmarcoreguladorb5.blogspot.com/2013/03/los-derechos-de-cuarta-generacion.html>, última consulta: 01/04/2019.

SUÑÉ, E., “Los Derechos Humanos en el Ciberespacio: La Declaración de Derechos del Ciberespacio”, Derecho informático, electrónico y de las comunicaciones: actas de la II Convención Internacional de Derecho Informático, ASIMELEC: CIID, Oviedo (España), 2009, pp. 39-64.

VUANELLO, R., “La cibercriminalidad como atentado a los derechos humanos de los más jóvenes”, *Revista Criminalidad*, Vol. 53, N.º 1, 2011, pp. 249-260.

ZAPATA CÁRDENAS, C.A., “Sistemas de información: perspectivas e incongruencias desde la gestión de información organizacional”, *Códices: Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales: Programa de Sistemas de Información y Documentación*, Vol. 1, N.º 1, 2005, pp. 97-104.

FINANCIAMENTO DA IMPLEMENTAÇÃO DE DIREITO HUMANOS: PAPEL DO MERCADO FINANCEIRO E DO MERCADO DE CAPITAIS NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO DE HABITAÇÃO

Thais Cíntia Cármió

Luiz Gustavo Doles Silva

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico visa demonstrar como o mercado financeiro e de capitais colaboram para a concretização do direito de habitação.

Considerando a relevância da obtenção de moradia adequada para a dignidade humana e para o gozo de outros direitos fundamentais igualmente previstos na Constituição Federal Brasileira, objetiva-se estudar os instrumentos oferecidos no âmbito do setor financeiro que ensejam a consecução desse direitos, concentrando-se na aquisição de imóvel residencial por pessoas físicas.

Importante salientar que os direitos fundamentais são considerados indivisíveis, independentemente de sua natureza ser social, econômica ou afins. São todos considerados unos, indivisíveis (SILVA; GUIMARÃES, 2014, p. 203), evidenciando a relevância dessa análise sob o prisma acadêmico.

Serão estudadas a natureza dos direitos fundamentais, a evolução do financiamento imobiliária no âmbito do sistema financeiro nacional e a função social do mercado financeiro e de capitais.

1 DIREITO FUNDAMENTAIS E MORADIA

Em 1949 a declaração Universal dos Direitos Humanos foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948, por meio da Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral, gerando uma norma comum contendo diversos objetivos que todos os povos e nações devem perseguir.

Passou-se a proteger os direitos fundamentais de cada cidadão, ou seja, aqueles direitos que constituem o “(...) conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, que tem como finalidades precípua o respeito à sua dignidade — por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal — e o estabelecimento de condições mínimas de vida e de desenvolvimento da personalidade humana.” (ALVARENGA, 2019, Pág. 1). Assim, estabeleceu-se, pela primeira vez, critérios de proteção universal dos direitos humanos, revolucionando a maneira que todas as pessoas interagem com o Estado.

Há muito o que se celebrado em virtude de tal ato. Trata-se de um marco importante pois a o acesso a tais direitos passou a ser necessário para que todos os seres humanos possam ter uma existência digna.

Inicialmente, cabe identificar qual é o conceito de um direito humano, fazendo-se necessário trazer à baila as lições de Jane Granzotto Torres, que assim define tal instituto (TORRES, 2003, Pág. 229):

A previsão dos direitos humanos fundamentais direciona-se basicamente para a proteção à dignidade humana em seu sentido mais amplo, de valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menospre-

zar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

A moradia é caracterizada como direito humano pois decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, fundado no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, e resulta na previsão de satisfação das necessidades existenciais básicas para uma vida digna.

Segundo SARLET, a habitação pode ser entendida até como “um fundamento direto e autônomo para o reconhecimento de direitos fundamentais não expressamente positivados, mas inequivocamente destinados à proteção da dignidade e do assim chamado mínimo existencial.” (SARLET, 2008, Pág. 4)

Tal pensamento advém do fato de que, após a revolução agrícola, o ser humano perdeu grande parte da sua necessidade de permanecer nômade, optando por fixar residência em locais específicos por longos períodos, criando um real vínculo com tais regiões.

Além disso, a moradia constitui uma importante referência ao ser humano: é o local que o protege das intempéries da natureza e permite que a sua intimidade possa ser resguardada, oferecendo abrigo físico e psicológico.

Contudo, o acesso e pleno exercício do direito à moradia no Brasil é tradicionalmente considerado como uma inesgotável fonte de problemas, e não como um grande vetor de solução para outros diversos obstáculos de avanço social, sendo que a sua inclusão na Constituição Federal e na Declaração Universal de Direitos Humanos rompe com tal pensamento.

A ausência de moradia digna não pode ser analisada de maneira isolada pois acarreta uma miríade de problemas sociais, tais como falta de acesso a serviços públicos (na medida em que locais mais afastados dos grandes centros urbanos tendem a ter acesso mais dificultado neste sentido, contando com, por exemplo, menos médicos) e atentados à segurança e à dignidade da pessoa humana (zonas com habitações mais precárias tendem a ter maior índice de criminalidade) (BIDERMAN, 2014).

Contudo, a efetiva implementação do direito à habitação tem de obedecer à mesma regra de qualquer ato praticado pelo ser humano: cada ato possui um preço, ou seja, é necessário abrir mão de algo para que os direitos lá descritos possam ser materializados.

Tal situação faz com que nos confrontemos com o dilema clássico da economia: as necessidades humanas são ilimitadas, contudo, os recursos que podem ser utilizados para satisfazê-las são limitados (NUSDEO, 2010, Pág. 24).

Assim, o Estado, que tem a obrigação de cuidar do bem-estar de seus cidadãos, sempre tem de escolher como realizar a alocação dos seus recursos para melhor atender às demandas sociais que lhes são apresentadas, vez que não há como suprir todas as necessidades da sociedade.

Isto pois, qualquer ato realizado por qualquer governo, tem, além de diversos custos sociais (há de se escolher quais grupos serão beneficiados em detrimento de outros), diversos custos econômicos (há uma quantidade limitada de dinheiro para ser gasto com toda a população).

Existem diversos exemplos de como a falta de recursos influencia na vida dos cidadãos de um país e faz com que o pleno gozo de todos os direitos listados na Declaração do Direitos Humanos não possa ser alcançado.

O Brasil, por exemplo, durante muito tempo tomou empréstimos estrangeiros para estabilizar a sua economia (CORDEIRO, 2010, Pág. 25) totalmente devastada pela hiperinflação. Durante este período, os preços de produtos e serviços sofriam gigantescas variações diárias devido ao acelerado processo de perda do poder de compra da moeda, fazendo com que, por exemplo, o acesso a alimentação e assistência médica citados no seu artigo 25 fosse imensamente prejudicado.

Com o objetivo de fazer com que seus cidadãos tivessem a possibilidade de desfrutar de uma vida mais próxima daquela descrita na declaração de direitos humanos, o Brasil implementou diversas medidas econômicas, muitas delas sem sucesso.

Pode-se citar outros casos em que tal pensamento se aplica. Programas de combate à miséria através da distribuição de renda precisam ser financiados pelo governo ou pela iniciativa privada de alguma maneira, assim como programas de acesso a diversos dos direitos básicos descritos na declaração de direitos humanos.

Esses fatos conduzem a uma conclusão muito clara: uma economia instável ou em dificuldades não permite que qualquer pessoa tenha acesso a diversos serviços públicos ou bens necessários para garantir seus direitos.

Com o objetivo de realizar o melhor uso possível de seus recursos, os Estados sempre planejam os seus gastos e criam maneiras de fazer com que

o setor privado também exerça o importante papel de atender as demandas sociais, não só à necessidade de geração de lucro que lhe é característica.

Contudo, assim como citado anteriormente, o governo não é o único ente que pode materializar os direitos descritos na declaração dos direitos humanos vez que a iniciativa privada também pode exercer este papel, sempre baseada nos princípios da solidariedade humana e bem-estar social.

Isto pois a sociedade atual acredita que o empresariado possui a obrigação de agir com responsabilidade social, ou seja, “a obrigação do empresário de adotar políticas, tomar decisões e acompanhar linhas de ação desejáveis segundo os objetivos e valores da sociedade” (BOWEN, 1953, Pág. 6).

2 HISTÓRICO DOS PROGRAMAS DE INCENTIVO A MORADIA NO BRASIL

Não é de hoje que é expressivo o deficit na matriz habitacional brasileira. Um dos motivos para essa defasagem resulta da falta de políticas públicas capazes de corresponder à necessidade que remonta ao início do século XIX, com o incremento do setor industrial.

A migração da área rural para os grandes centros urbanos em busca de emprego ocasiona o adensamento populacional que, aliado à carência de infraestrutura para absorver esse fluxo populacional, convertendo o anseio de uma vida melhor, com mais qualidade, em uma triste realidade social traduzida pela profusão de acomodações coletivas precárias, nas quais várias famílias dividem o mesmo teto. Esses espaços compartilhados de maneira rudimentar são denominados “cortiços” (FGV, 2011).

O cenário acima descrito não se coaduna com os direitos à saúde e bem-estar descritos no artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, conforme segue (ONU, 1948):

Artigo 25°

1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez,

na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

Analisando essa nova realidade, há uma decisão estatal pela intervenção nessa área, centrando esforços para o desenvolvimento de políticas voltadas para a construção de conjuntos habitacionais destinados a famílias de baixa renda e a obras de infraestrutura e saneamento.

Dando continuidade às tentativas de diminuição da carência por moradia, o Estado implementou o sistema de financiamento denominado “Casa Popular” buscando facilitar o acesso ao crédito imobiliário para aquisição de moradias.

Essa modalidade de empréstimo perdurou até meados dos anos 60, porém alta da inflação, sem que houvesse o repasse desse índice para o valor das parcelas de amortização do mútuo, comprometeu a constituição de fundos destinados à realização de investimentos governamentais na construção de imóveis. O aumento constante e progressivo dos índices inflacionários e das taxas de juros inviabilizaram a concessão de novos financiamentos (FGV, 2011).

Para dar vazão a necessidade de crédito, e em meio a importantes alterações normativas referentes ao mercado financeiro e de capitais, cria-se o Sistema Financeiro da Habitação (SFH), regulamentado pelas disposições constantes da Lei nº 4.380/1964 (BRASIL, 1964).

Nesse novo formato, busca-se recursos para a concessão de empréstimos por intermédio da captação de recursos no mercado de capitais, mantendo-se constante preocupação no acompanhamento desses fundos para evitar que haja o descasamento entre os pagamentos realizados e o valor real dos recursos. Para tanto, é instituída a correção monetária, objetivando o repasse às prestações vincendas dos índices inflacionários, vez que corrigia o saldo devedor dos contratos.

Para complementar esse novo instrumento financeiro, é criado o Banco Nacional da Habitação (BNH), que concentrou as instituições financeiras especializadas tanto na captação, como na concessão de recursos afetos ao financiamento da casa própria.

Buscando complementar o lastro para financiamentos habitacionais, a Lei nº 5.107/1966 cria o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), servindo de subsídio aos mútuos concedidos para a compra de bens imóveis (BRASIL, 1966).

Mensalmente, o FGTS recebe recursos depositados pelos empregadores equivalentes a 8% (oito por cento) do total da remuneração paga aos trabalhadores. Tais contas são de titularidade de cada empregado assalariado, porém não podem ser movimentadas livremente, sendo restrito o saque às possibilidades legalmente previstas, que são poucas.

Ainda objetivando manter a sustentabilidade desse fundo para empréstimos habitacionais, um percentual³⁴ dos depósitos realizados pelos clientes bancários em cadernetas de poupança deveriam ser destinados pelas instituições financeiras ao Sistema Financeiro da Habitação, complementando os valores oriundos do FGTS.

O fundo representa um fundo organizado para compor indenizações trabalhistas, sendo disponível em caso de dispensa sem justa causa. Enquanto não são sacados, os montantes são utilizados para a concessão de crédito à habitação.³⁵

A administração e estrutura do SFH tem como objetivo permitir que ele se retroalimente com os próprios juros cobrados. As taxas avençadas contratualmente não eram necessariamente homogêneas, variando conforme o nível de renda do mutuário e o valores financiados, compondo taxas inferiores ao custo de captação de recursos para os financiamentos menores, com taxas superiores nos créditos maiores. Essa aritmética resultava em uma média que trazia equilíbrio ao sistema, adequando à capacidade financeiras dos mutuários e protegendo os menos favorecidos (BANCO CENTRAL, 2016).

34 Com o decorrer dos anos, esse percentual variou entre 65% a 80% dos depósitos totais, a depender da necessidade de suprimento de recursos.

35 Inicialmente, o Fundo de Garantia apresentou-se como uma alternativa à chamada estabilidade decenal. Trata-se de uma prerrogativa então disposta no artigo 492 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que concedia estabilidade ao trabalhador que permanecesse na mesma empresa por mais de dez anos de trabalho contínuo. Foi um alívio a muito empregados que temiam ser demitidos quando estivessem próximos de completar uma década de vínculo empregatício. Assim, o que originalmente foi concebido como um benefício, na prática, fomentava o desemprego. Com a advento do FGTS, os empregados poderiam optar por esses depósitos mensais ou pela estabilidade decenal. Nesse último caso, os trabalhadores eram denominado de “não optantes”. A Constituição Federal de 1988 tornou o FGTS obrigatório, e a estabilidade decenal limitou-se àqueles que haviam completado dez anos de prestação de serviço à mesma empresa até 04.10.88, e que não fossem optantes (BRASIL, 1988).

Ainda assim, o adimplemento dos contratos de mútuo habitacional era extremamente custoso para os mutuários do SFH. O motivo era a grande diferença entre a evolução dos saldos devedores corrigidos pelas taxas de juros e índices inflacionários e os pagamentos efetivamente realizados.

Assim, em 1967, cria-se o Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS) e, em 1969, estabeleceu-se o Coeficiente de Equiparação Salarial (CES), que previa a necessidade de pagamento do resíduo resultante entre o saldo devedor e os valores das prestações adimplidas ao longo do financiamento. Ao final das parcelas, esse montante residual era altíssimo (BANCO CENTRAL, 2016).

A aplicação do CES gerou uma série de reações adversas por parte da sociedade, dado o alto valor do resíduo a ser pago, principalmente em decorrência dos elevados níveis inflacionários que vitimaram a economia nacional por décadas.

Em 1986, o SFH foi reestruturado pelo Decreto-Lei nº 2.291/86, que extingue o Banco Nacional de Habitação, que era constante criticado pela incapacidade de atender à demanda por concessão de crédito habitacional, mormente os mútuos pleiteados por portadores de baixa renda (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 1986).

O mencionado normativo dispôs que o Ministério do Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente (MDU), o Conselho Monetário Nacional (CMN), o Banco Central do Brasil (Bacen) e a Caixa Econômica Federal (Caixa) assumissem as funções do extinto BNH.

Coube ao MDU a estipulação de uma nova política habitacional. O CMN deveria controlar a atuação do SFH, enquanto o Banco Central do Brasil foi incumbido de fiscalizar as instituições financeiras que compunham o sistema, além das normas relacionadas aos depósitos de poupança. À Caixa, foi atribuída a administração do ativo, passivo, patrimônio e pessoal do BNH, além do próprio FGTS.

Como se pode observar, há uma busca contínua pela eficiência da política de incentivo à moradia por intermédio do sistema financeiro. Tarefa hercúlea em uma economia que ora apresenta altas taxas de juro, e, no passado não tão distante, índices inflacionários espantosos.

3 FUNÇÃO SOCIAL DO MERCADO FINANCEIRO E DE CAPITALIS

Dentre os diversos membros da iniciativa privada que possuem responsabilidade social e podem ajudar a concretizar o pleno acesso à moradia de qualidade, podemos encontrar as empresas que fazem parte dos denominados mercado financeiro e mercado de capitais.

A principal função destas empresas é a realização de intermediação financeira, ou seja, tais empresas encontram agentes deficitários (“aqueles cujas pretensões de investimento excedem sua capacidade de geração de poupança”) (EIZIRICK ET AL, 2011, Pág. 2) e suprem sua demanda de recursos com a oferta gerada pelos agentes superavitários (aqueles cuja pretensões de investimento são menores do que a sua capacidade de poupança).

Tal atividade é essencial para a finalização de qualquer tipo de projeto, seja este realizado pelo governo ou por agentes particulares, na medida em que raramente o Estado ou as empresas possuem total capacidade de arcar com a integralidade dos custos associados às suas atividades.

Os bancos em especial realizam diversas atividades necessárias para exercer diversos dos direitos descritos na declaração dos direitos humanos.

Até mesmo o direito a habitação descrito no artigo 13º da declaração (“Toda a pessoa tem o direito de livremente circular e escolher a sua residência no interior de um Estado”) somente é amplamente alcançado mediante a cooperação das empresas que atuam no mercado financeiro e no mercado de capitais.

Não há, contudo, como negar o grande papel do Estado ao regular este tipo de instituição para que o objetivo descrito no artigo 13 da declaração seja alcançado.

Isto pois o direito à habitação constitui importante condição para atender a todos os direitos descritos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em especial aqueles descritos no artigo 25 do documento, já mencionado anteriormente neste estudo.

O local onde o cidadão se estabelece influencia diretamente no acesso a serviços públicos e oportunidades comerciais e profissionais, razão pela qual a população geralmente se aglomera nos grandes centros comerciais.

Cabe, então ao Estado a criação de condições para que todos tenham acesso a moradia, sendo que tal objetivo é alcançado mediante a imple-

mentação de incentivos a determinados comportamentos, ou seja, o oferecimento de vantagens aos integrantes do mercado, tais como tributação favorecida ou benefícios na realização de determinadas atividades envolvidas no atendimento da demanda por habitação.

Um dos grandes exemplos de comportamento do estado neste sentido é a Lei no. 10.931 de 2 de agosto de 2004, que regulamenta a emissão de Letras de Crédito Imobiliárias, um investimento que estimula a construção de imóveis e cria um terreno fértil para que os cidadãos possam firmar residência onde bem entenderem dentro do estado.

Isto pois os bancos oferecem empréstimos a juros baixos para empresas que atuam no mercado de construção civil por meio da Letra de Crédito Imobiliário, aumentando a oferta de imóveis disponíveis e, conseqüentemente, estabelecendo melhores condições para que qualquer cidadão possa firmar residência onde bem entender.

De acordo com a norma supracitada, instituições financeiras podem emitir a chamada Letra de Crédito Imobiliário - LCI, “lastreada por créditos imobiliários garantidos por hipoteca ou por alienação fiduciária de coisa imóvel, conferindo aos seus tomadores direito de crédito pelo valor nominal, juros e, se for o caso, atualização monetária nelas estipulados.”.

Ou seja, as instituições financeiras emprestam dinheiro a terceiros que usarão estes recursos para construir bens imóveis, sendo que este crédito pode ser revertido ao mercado na forma de LCI.

Cabe, então, ao banco fomentar o mercado imobiliário para que a instituição financeira possa ter acesso a uma grande quantidade de lastro para emissão de LCI, fazendo com que a oferta de imóveis disponíveis ao público e, conseqüentemente, o preço a ser cobrado por tais bens, diminua pelo aumento da oferta.

CONCLUSÕES

Com base no exposto, podemos chegar a uma série de conclusões a respeito do tema em foco.

Inicialmente, o direito à moradia configura importante condição para a satisfação de diversos direitos humanos pois está intimamente conectado à segurança e à dignidade da pessoa humana, devendo ser objeto de intensa proteção e constituindo um mercado que deve ser fomentado pelo Estado e pelos agentes particulares de mercado.

Tal fomento pode ocorrer de diversas maneiras, mas o Estado costuma incentivar os participantes do mercado por meio de oferecimento de vantagens em determinados tipos de investimento, fazendo com que o mercado financeiro e o mercado de capitais possuam importante papel no atendimento da demanda por habitação de qualidade.

Isto pois os projetos de construção de bens imóveis somente são viabilizados por instituições financeiras que fazem uso de diversos tipos de instrumentos financeiros para captar dinheiro da poupança popular e oferecer tais fundos a empresas via diversos tipos de empréstimos, entre os quais podemos encontrar a Letra de Crédito Imobiliário.

Trata-se de instrumento financeiro por meio do qual o Banco oferece ao mercado a possibilidade de investimento em projetos imobiliários, atendendo á necessidade social de oferecer habitação digna a todos os seus cidadãos.

Sem a atuação destes intermediários, a necessidade por crédito das empresas que atuam no ramo imobiliário e até mesmo a necessidade de recursos dos Estados para construção de conjunto habitacionais dificilmente poderia ser satisfeita, fazendo com que o plano acesso a habitações de qualidade pudesse ser efetivamente conquistado.

Contudo, tal intermediação financeira precisa ser exercida com o intuito de sempre gerar grande impacto social positivo vez que as empresas atualmente devem respeitar os princípios da responsabilidade social e da defesa do interesse público, que implementam as “linhas de ação desejáveis segundo os objetivos e valores da sociedade” (BOWEN, 1953, Pág. 6).

BIBLIOGRAFIA

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O trabalho decente como direito humano e fundamental. Revista Fórum Trabalhista – RFT, Belo Horizonte, ano 3, n. 15, nov./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=232328>>. Acesso em: 2 abr. 2019.

. Direitos humanos fundamentais e as constituições brasileiras. In: SILVA, Jane Granzoto Torres da (Coord.). Constitucionalismo social: estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. São Paulo: LTr, 2003.

- BIDERMAN, Ciro. Pax Monopolista and Crime: the case of the emergence of the Primeiro Comando da Capital in São Paulo. 2014. Disponível em: <<http://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/712/paxmonopolista-crime-primeirocomandodacapital-saopaulo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 02 abr. 2019.
- BOWEN, Howard R. Social responsibilities of businessman. New York, Harper & Row, 1953.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. Legislação Básica do Sistema de Consórcio. Disponível em <http://www.bcb.gov.br/?sfhhis>. Acesso em: 01 abr 2019.
- BRASIL, República Federativa do. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_18.02.2016/art_173_.asp . Acesso em: 01 abr 2019.
- BRASIL, República Federativa do. Decreto-Lei nº 2.291, de 21 de novembro de 1986. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12291.htm , último acesso em 01 abr 2019.
- BRASIL, República Federativa do. Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4380.htm . , último acesso em 01 abr 2019.
- BRASIL, República Federativa do. Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5107.htm , último acesso em 01 abr 2019.
- CORDEIRO, Fábio Cereda. O FMI, a política interna dos EUA e a crise da dívida dos anos 80. 2010. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/T.8.2010.tde-16022011-143919. Acesso em: 2019-03-31.
- EIZIRIK, Nelson; et al. Mercado de capitais – regime jurídico. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

Fundação Getúlio Vargas. **O Crédito Imobiliário no Brasil – caracterização e desafio.** Disponível em http://www.abecip.org.br/imagens/conteudo/publicacoes_e_artigos/trabalho_fgv.pdf , Acesso em: 01 abr 2019.

NUSDEO, Fabio. Curso de Economia: introdução ao direito econômico. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos humanos. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.pdf. Acesso em: 2 abr. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, out./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?p-diCntd=56009>>. Acesso em: 2 abr. 2019.

SILVA, Lucas do Monte; GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar. A efetivação de direitos fundamentais: a relação entre o desenvolvimento e o plexo constitucional. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 11, n. 22, p. 199-223, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/449/436>>. Acesso em: 01 abr 2019.

IMIGRAÇÃO

O REFUGIADO COMO POLÍTICO

Adriano Negris

Ana Flávia Costa Eccard

Jordana Teza

Introdução

Esta investigação projeta estudar os conceitos de político e agonismo na teoria política de Chantal Mouffe principalmente em sua obra “O regresso do Político”, o que cumpre detalhar que se trata de usar seus preceitos metodológicos como fundamentação teórica para pensar um complexo de valores democráticos que permeiam a questão dos refugiados.

Nesse sentido entende-se que esse grupo minoritário³⁶ que tem estatuto jurídico do refugiado e sua proteção pelo Direito Internacional atravessa várias questões como cidadania, conflitos políticos, território, democracia, globalização, somando-se ainda, a toda essa problemática a visão xenofóbica do estrangeiro enquanto inimigo (o que posteriormente será desconstruído pela teoria política da autora em voga). O direito Internacional protege o indivíduo na categoria de refugiado por compreender que se trata de pessoas que correm risco iminente de morte em seu país de origem. Podemos entender esse instituto a partir dos dois primeiros artigos do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados:

36 Entende-se minoria relativamente em questão de poder exercido na sociedade e não questão quantitativa, de acordo com pensamento de Derrida.

(...) refugiado é toda pessoa que por causa de fundados temores de perseguição devido à sua raça, religião, nacionalidade, associação a determinado grupo social ou opinião política, encontra-se fora de seu país de origem e que, por causa dos ditos temores, não pode ou não quer regressar ao mesmo. (ACNUR, 2007, p. 18):

Podemos perceber ainda certa autonomia do refugiado quando credita a este a possibilidade de não voltar ao território de origem por vontade própria chamada de conveniência pessoal e não aceitar proteção do país que lhe causa instabilidade psíquica devido às ameaças a sua integridade física.

Para dar-se conta da dimensão política que visamos alcançar é necessário seguirmos um caminho de análise científica que é resultado do trabalho metodológico bibliográfico. Dividimos nosso trabalho em três grandes blocos, o primeiro que se propõe a explicar as dimensões dos conceitos principais da Chantal Mouffe³⁷, o segundo o entendimento mais interessado do estatuto jurídico do refúgio e o terceiro e não menos importante, a aplicação dos conceitos de agonismo, identidade, entre outros, como solução dos conflitos enfrentados pelo grupo vulnerável supracitado.

Não é de nosso intento operar com o consenso, pelo contrário reconhecemos a necessidade do conflito para o nascimento de uma terceira via que reconhece no oponente sua legitimidade, não colocando como inimigo, mas como adversário que visa proteger, por ilustração, a economia do seu território e para isso pretere os direitos humanos da aceitação dos refugiados.

A par da identificação dos conceitos com a práxis³⁸, isto é, a busca de sua real aplicação, temos a desconstrução do conceito de conflito o qual não há solução racional, no âmbito do antagônico, daí a efetiva passagem do antagonismo ao agonismo como proposto por Chantal (1996,p.98). A ideia primeira não é negar o conflito nem acabar com a discórdia, mas buscar uma decisão que ponha fim na desordem estabelecida na sociedade e na não aceitação do refugiado.

37 Cientista belga política pós-marxista, com grande influencia de Gramsci. Trabalhou e estudou nas principais universidades do mundo como Louvaina, Havard, Cornell e Princenton. Escreveu com Ernest Laclau análises teóricas do discurso que fundamentam seus escritos sobre identidade nas questões do poder político.

38 Palavra de origem grega que latinizada significa prática/ação.

Do antagonismo ao agonismo

No contexto político dos anos 90, Chantal apresenta uma reformulação integral dos conceitos principais da teoria política, neste momento vive-se uma reprodução de desimportância da política, já não há mais diferença entre o chamado “elogio ao consenso” e a política partidária que visa convergir ao centro, esta segunda defendida por nossa autora em questão.

O que está em jogo é a nossa capacidade para pensarmos a ética do político. Por isto entendo o tipo de interrogação que respeita aos aspectos normativos da política, aos valores que podem ser realizados mediante a ação coletiva e a pertença comum a uma associação política. É uma matéria que deve ser distinguida da moralidade que diz respeito à ação individual. Nas condições modernas, em que o indivíduo e o cidadão não coincidem devido à separação entre o privado e o público, é necessário uma reflexão sobre os valores autônomos do político. (MOUFFE, 1996, p. 152)

A dimensão própria de fundamentar com Mouffe é sua caracterização do político, entre outras coisas acreditamos que a situação dos refugiados é um ato político. No sentido de ser resultado de uma globalização que segundo Milton Santos (2000, p.51) é uma fábrica de perversidade, há uma geopolítica intrínseca a isso, a ordem mundial se divide em globalização e território, o controle deste segundo escapa ao Estado que acaba por criar muralhas de separação do diferente, não existe uma lógica da solidariedade, mas uma lógica financeira que de forma silenciosa assusta e separa o mundo. Temos o fenômeno dos refugiados iniciado desde grandes guerras, a mudança do território de origem por busca de sobrevivência é resultado de atos políticos. Esse aceite, tolerância ou aversão fazem parte do contexto histórico político do momento. Se conseguirmos definir claramente a constituição do político conseguiremos identificar os atores que geram a crise dos refugiados, as políticas não efetivas e por muitas vezes hostis.

O vértice da teoria política de Mouffe está em transpor o antagonismo em agonismo, isto é, em transformar o inimigo em adversário. Para isso ela apresenta uma democracia plural que tem um conteúdo, sobretudo cidadão. Como vemos em:

Creio que a questão da identidade política é fundamental e que a tentativa de constituir identidades para os “cidadãos” é uma das tarefas importantes da política democrática. Mas existem muitas concepções diferentes de cidadania e no seu concurso estão em jogo muitas questões vitais. A forma como definimos a cidadania está intimamente ligada ao tipo de sociedade e de comunidade política que desejamos. (MOUFFE, 1996, p.83)

No dizer de Mouffe para pensarmos em uma comunidade política que aceita a singularidade, isto é, a particularidade de cada um precisamos inicialmente definir a ideia de cidadania que se dá no pano de fundo de uma sociedade agonística que assegura a liberdade e permite as diferenças. A sociedade agonística reconhece como legítimo o pluralismo político, a ideia de uma cidadania democrática é afirmada e o chamado dissenso ganha destaque, ou seja, é necessário que exista o conflito para podermos exercer nossas liberdades, nega o conflito é exaltar o consenso. No consenso não se produz diferença, se produz individualismos que buscam erradicar as emoções, diferentemente deste primeiro momento que mobiliza alicia as paixões na direção da expressiva vivência da democracia.

O remate do consenso é de extremo prejuízo a sociedade agonística, pois silencia as vozes diferentes que são importantes para o reconhecimento da multiplicidade de cada indivíduo que forma este grupo. A democracia radical plural permite a ampla valorização da diversidade, uma aceitação de alteridade (isto é, do outro) não apenas no sentido de tolerar (aceitação hostil) mas, no sentido de aceitar de uma forma positiva (reconhecer como legítimo). Está é inclusive, uma saída para a crise dos refugiados, a aceitação de uma ordem mundial plural que não exclui o diferente, que não permite a intolerância com o que diverge. A cidadania defendida por Mouffe permite a convivência entre os não iguais, desta forma possibilita a diversidade e a entende como riqueza cultural, trata-se da cidadania democrática radical.

Um processo democrático saudável exige um choque vibrante de posições políticas e um conflito aberto de interesses. Quando isto falta, poderá ser demasiado facilmente substituído por uma confrontação entre valores morais não negociáveis e identidades essencialistas. (MOUFFE, 1996, p.17)

A exposição do antagonismo (relação amigo/inimigo) orienta a uma construção política que não pode ser entendida como legítima e digna de reconhecimento neste âmbito. O objetivo principal de uma política democrática é o devir – agonístico, isto é, o torna-se, o vir a ser, o antagonismo que é a confrontação entre inimigos que não se reconhecem como legítimos transforma-se-a no agonismo, uma oposição de adversários que são equipolentes, ou seja, devido à legitimação e o reconhecimento de suas reivindicações são de igual consideração e valor.

Assim compreende-se satisfatoriamente a diferença entre o político e a política, o primeiro esta na ordem do inimigo antagonista, já o segundo, se compõe de conjunto de práticas que orientam os acontecimento do tempo. A política e a democracia são entendidas como uma, isto é, não é possível separá-las, são associadas em sua dimensão conflitual, importante se faz destacar que não há negociação que dissocie a democracia da política. Já o político ele é da ordem do antagonico, esse impasse inspirado na teoria de Carl Schmitt (que entende que o conflito é entre inimigos que não conseguem ser resolvidas dialeticamente), a problematização desse antagonismo é que ele não pode ser resolvido, não há saídas racionais para esta argumentação, trata-se de uma tradição da democracia moderna que critica grandes nomes da filosofia política como Rawls e Habermas por estes usarem o “véu da racionalidade da moralidade” para a não aceitação do diverso. Parece ser inegável que este conflito dos inimigos não se propõe a uma resolução pois, não permite uma legitimação no discurso do outro, ora se o que o outro reivindica não é reconhecido nem considerado como essencial, por que devemos abrir espaço para este diferente?

Vislumbra-se ai uma preocupação de Mouffe, que toda avançar político se dá por uma compreensão clara e distinta da origem da política, e se isso não acontece, se dá um entendimento deficiente da significação de democracia. Logo, parece-nos claro que devemos trabalhar com o conceito de identidade da nossa autora. No regresso do político, Chantal define o conceito de identidade no capítulo que fala de feminismo como corrente de pensamento político, entendendo a diferença entre política e político, aprofundando ainda mais essa diferenciação. Neste momento, adicionamos a nossas conceitualizações que política deve ser relativa a instituições e político uma compreensão teórica.

Dito isto, a origem da identidade política se dá em um ambiente tripartido, das dimensões: relacionais, descentralizações subjetivas e antiessencialistas. Tais concepções corroboram para uma identidade que deve ser entendida como móvel, fluida e em constante construção. A dimensão relacional da identidade entende que tudo se dá a partir da relação de alteridade, isto é, com o outro, trata-se de uma concepção ontológica da política, só é possível pensar em política em comunidade, nunca isolado desta. A dimensão da descentralização do sujeito é literal, não há, portanto, um sujeito que seja universal e único, esta dimensão ajuda na explanação da próxima, a dimensão antiessencialista, que também não concebe o sujeito como fixo, trata-se de uma negação da existência de um fundamento único, logo, de caráter universal e permanente do ser.

Com estas definições percebemos um caráter democrático na relação de poder, Mouffe demonstra que não há superioridade nas lutas e manifestações, que se deve entender todas como legítimas uma vez que sua origem identitária não é construída com nenhuma particularidade, pelo contrário. A construção a partir dessas dimensões permitem uma unicidade a qual não cabe mais referir-se em desigualdade, mas sim plena igualdade e liberdade entre os cidadãos.

Para completar a discussão devemos partir da ideia que o “político” se encontra em uma dimensão inerente do ser, daí entende-lo como ontológico, dado que o conflito, para Mouffe é algo que deve existir, este então, será o ambiente do “político” em ordem democrática. Ainda que partamos da condição partidária, a orientação da autora é conhecida por terceira via por pensar não só uma esquerda ou uma direita, mas um centralismo, sua crítica principal é da chamada “clivagem” das teorias que alegam a defesa da direita e da esquerda, e que esta terceira via pode ser representada com a ascensão de governos populistas e dos partidos de extrema direita.

Cumpre elucidar que a democracia plural defendida por Mouffe é de modelo agonístico e apresenta uma perspectiva de reconhecimento das paixões na construção da identidade coletiva. Mouffe compara as teorias de Lefort e Rancière por entender que eles possuem uma perspectiva do político contra o racionalismo, há uma indissociabilidade entre democracia e conflituosidade, a autora referenciada defende esta tese. Somente desta forma, na ausência de procedimentos políticos racionais que supera-

-se as oposições e se contempla um modelo definitivo da ideia de justiça, isto é, constante questionamento da existência de um fundamento racional na definição de justiça.

No agonismo é possível ver uma relação nós/eles que apesar do conflito não se deslegitima, e isso só é possível por conceberem a inexistência racional da resolução para o problema que causa o descenso. É possível afirmar que a terceira via dada por Mouffe é também a ligação entre as partes e o conflito entendendo este legítimo uma vez que se dá pela adversidade e não pela inimizade. O agonismo é esse terceiro tipo de relação que reconhece no outro o direito reivindicar.

Do refúgio

Como explicitado na introdução, o primeiro bloco se preocupou com a fundamentação teórica política de Mouffe. O segundo se propõe a pensar o instituto do refúgio e conhecer o estatuto jurídico do refugiado para após, no terceiro e último bloco entendermos sua aplicabilidade a partir das noções políticas aqui elencadas.

O conceito de refúgio e suas bases jurídicas metanacional foram elaborados após a Primeira Guerra Mundial. Viu-se a necessidade de amparar grupos vulneráveis através da concessão de asilo e até procedimento de extradição com intuito de proteger os que encontravam em sua terra natal morte iminente. O fato histórico supracitado acarretou um desarranjo nas questões políticas e econômicas dos países, demonstrando assim o aclame pelo estatuto jurídico que desse conta de tornar a situação do refúgio algo regulado.

O autor (CANÇADO 2002, p. 234) concebe que devemos entender as transformações do mundo para poder pensar o direito internacional, para ele essas mudanças se tornam extremamente valorativas a partir da Organização das Nações Unidas³⁹. No que tange nosso objeto de reflexão podemos ir um pouco mais além, e entender que o direito dos refugiados é uma ramificação dos Direitos Humanos e que cada Estado fica responsável por cumprir os tratados de Direitos Humanos, ou seja, para tornar efetivo o que os Tratados defendem cabe a autonomia do Estado em decidir isso.

39 A ONU tem seu início do século XX após o fim da Primeira Guerra Mundial, na época era chamada de Liga das Nações.

O Direito Internacional dos Refugiados se desenvolveu a partir dessa necessidade, tendo sua organização pleiteada pela recém criada Liga das Nações, logo fica claro que se trata de uma ramificação do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Como sabemos, a Liga das Nações foi uma organização internacional cujo intuito era negociar a paz, concebida em 1919 a partir da empreitada das nações vencedoras da Primeira Guerra e dissolvida durante a Segunda Guerra, não cumprindo com sua finalidade inicial de manter a paz entre as nações. Contudo, em 1946 cria-se a ONU com papel de substituir as responsabilidades outrora da Liga das Nações.

Para (HILDEBRAND, 2008, p. 7), o direito Internacional dos refugiados foi marcado por dois acontecimentos históricos importantes, a saber, o falecimento do Alto Comissário e a criação do escritório para refugiados que levou seu nome dando continuidade as atividades enquanto instituição. Seu maior feito foi a criação da Convenção de 1933 que tinha como escopo principal a vedada devolução do pedido de refúgio, isto é, o refugiado não poderia voltar para o antigo território o qual outrora fugira por risco de morte certa. Tratava-se de um documento com bases jurídicas internacional de proteção.

Podemos entender esse instituto a partir dos dois primeiros artigos do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – (ACNUR, 2007, p. 18):

(...) refugiado é toda pessoa que por causa de fundados temores de perseguição devido à sua raça, religião, nacionalidade, associação a determinado grupo social ou opinião política, encontra-se fora de seu país de origem e que, por causa dos ditos temores, não pode ou não quer regressar ao mesmo.

Podemos perceber ainda certa autonomia do refugiado quando credita a este a possibilidade de não voltar ao território de origem por vontade própria chamada de conveniência pessoal e não aceitar proteção do país que lhe causa instabilidade psíquica devido às ameaças a sua integridade física.

Dentre os motivos pelos quais uma pessoa pode ser considerada na condição de refugiado estão perseguição por raça, religião, nacionalidade, associação a determinado grupo social ou opinião política. Dessa forma, analisaremos ponto a ponto.

Para (PIOVESAN, 2004, p. 49), a Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, criada em 1965, foi uma pronta resposta da preocupação com a questão do racismo, trata-se de um documento com intenso posicionamento contra o racismo e suas conseqüências diretas.

Perseguições de cunho religioso tanto na esfera pública quanto privada, também configuram violação da Declaração Universal de Direitos Humanos, uma vez que por esta foi assegurada a liberdade religiosa. O pertencimento a determinados grupos sociais pode configurar motivo para solicitação de refúgio caso esse grupo seja alvo de perseguição, como vemos em (JUBILUT, 2007, p. 182):

O primeiro se baseia no grupo em si, e no fato de ele se identificar enquanto um grupo social e o critério da coesão do grupo, já o segundo é o que funda seu método todo na sociedade e no modo como esta percebe a existência de um grupo, se a sociedade se posiciona em face de um conjunto de indivíduo considerando-o um grupo ou critério contextual e por fim o terceiro o mais adequado para o reconhecimento do status di refugiado- o critério do agente perseguição em relação ao grupo, uma vez que, caso ele aja ao perseguir como se estivesse em faze de um membro de um grupo de indivíduos, há um grupo social.

A explanação em epígrafe tem o intuito de desmitificar as designações que rondam o termo refugiado como, por exemplo: que os refugiados são fugitivos ou foragidos, o que não cabe, como vimos são um grupo vulnerável que foi obrigado a deixar seu país de origem devido à perseguições por causa de diversos motivos como: raça, religião, opinião política, nacionalidade ou associação a determinado grupo social; que são criminosos, outra qualificação pejorativa que não deve proceder uma vez que a Lei 9.474/ 97 aduz que não será reconhecida a condição de refugiado a todos que “tenham cometido crime contra paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas”. Outra forma de denegrir a imagem do refugiado é confundi-lo como imigrante econômico, este tem a migração de forma voluntária como forma de melhorar a situação econômica ainda que haja

dentro deste grupo pessoas que vivem em precariedade e tem seus Direitos Humanos violados a todo tempo, os refugiados são caracterizados pela migração forçada, devido à perseguição são obrigados a deixar toda sua história, família, trabalho, de uma forma geral sua vida social; ainda no âmbito de tentativas de sobrepujar a situação do refugiado está a identificação desse por situação ilegal, o que não procede também. O refúgio é um instituto jurídico, no direito brasileiro encontramos a obediência aos Tratados Internacionais nesse sentido também na Lei 9.474/97 que regula a situação do solicitante de refúgio.

Há três princípios norteadores da condição de refugiado que devem ser considerados, de acordo com o Direito Internacional dos Refugiados. O primeiro é o Princípio da Não-Devolução, que pauta que nenhum Estado, sob nenhuma hipótese, expulsará o refugiado colocando sua vida e liberdade em risco; Princípio do In Dubio, em que haja dúvida na justificação da perseguição, se estabelece que o refugiado seja amparado, tendo a dúvida arrolada em benefício do requerente; e o Princípio da Unidade da Família que entende que o espaço familiar suscita maior confiança e é onde a pessoa humana exerça sua dignidade e desenvolvimento afetivo e social, por ser uma unidade básica de formação, o Estado deve se esforçar para manter os indivíduos pertencentes ao mesmo núcleo familiar unidos e seguros, com atenção especial aos refugiados crianças.

Outro ponto importante que deve ser destacado está no Protocolo de 1967 que amplia a definição da Convenção de 1951, versa sobre o conceito de refugiado; a definição jurídica de seus direitos e deveres dentro dos países de acolhimento; prática efetiva das formas de administração internacional. Vale ressaltar que, um sujeito encontrando-se ou não no país membro da Convenção de 1951 ou Protocolo de 1967 pode solicitar refúgio de acordo com as bases do ACNUR.

Da filosofia política

Entende-se como filosofia política todo conjunto de teorias que versam sobre a atitude do humano em sociedade. Posteriormente a explanação das teorias de Mouffé como primeiro bloco e a definição do estatuto do refúgio no segundo bloco, como preceito metodológico, cabe neste terceiro bloco a associação da práxis como a teoria, isto é, pensar no cam-

po do real as subjetivações metafísicas motivadas pelas questões éticas-políticas de poder.

O conceito de alteridade é entendido a partir da diferença, aquilo que não é semelhante a si mesmo, o outro; é possível pensarmos que esse outro não é aceito, encontra-se na ordem do desconhecido e por isso causa estranhamento. O outro não é acolhido de primeira, pelo contrário, tem como recepção uma barreira causada pela violência identitária, a saber, nos unimos ao que achamos semelhantes para confrontar o diferente, e desta forma, praticamos uma hospitalidade hostil – isto é, caso haja aceitação será em nome de uma tolerância ético política e não por gesto de generosidade ou humanidade.

Assim, entendemos que os refugiados são acolhidos a partir de uma ótica da hospitalidade, que é uma impossibilidade ética que só se dá em nome de uma não guerra para viver em comunidade. Os refugiados são os outros e sofrem uma violência identitária por não serem entendidos como iguais, mas pelo contrário, inimigos, estrangeiros daí sobrepujar, explorar⁴⁰.

A qualificação moral/social de refugiado não está ligada a sua identidade, isto é, se está refugiado e não se é refugiado. Percebemos que o Estado precisa se preparar para a recepção e a manutenção desse grupo, esse preparo se dá não só em âmbito financeiro/material, mas como também no social, é necessário haver uma harmonia entre o grupo que chega e o que recebe para não termos, por exemplo, o fenômeno do xenofobismo.

O refugiado dispõe da proteção do governo brasileiro e pode, portanto, obter documentos, trabalhar, estudar e exercer os mesmos direitos que qualquer cidadão estrangeiro legalizado no Brasil que possui uma das legislações mais modernas sobre o tema.⁴¹

O atual papel de fundo ético-político da contemporaneidade acompanha uma constante transformação que nos leva de certa forma obrigatoriamente a um vazio metafísico. Temos então a necessidade de pensar uma nova configuração no plano das relações humanas, isto devido a crescente tecnificação do mundo globalizado, o crescimento de um mercado internacional voltado para o capital, e em sua decorrência, as crises econômicas

40 Trata-se de uma explicação metafísica e não uma justificativa social.

41 Lei 9474/97.

e o somando-se ainda a questão religiosa, no que diz respeito ao fundamentalismo, isto tudo no escopo das democracias ocidentais abalando assim suas estruturas. Daí a necessidade de pensar o fenômeno do trabalho dos refugiados imersos em todos esses abalos sofridos.

A mundialização do direito, fenômeno também advindo da globalização traz a baila a necessidade de pensar o fluxo do capital, em sua livre circulação de bens, pessoas, trabalho, capital e informação. Portanto, a problemática da monografia está em entender o local que esse refugiado se encontra quando enquadramos a temática do trabalho dentro dessa trama estado, cidadanias e mundialização das relações jurídicas, concebendo a multiplicidade dos efeitos que o fenômeno do trabalho trás para sociedade. Uma vez que este lugar, a saber, do trabalho do refugiado aponta para um lugar de precariedade e de um ciclo de exploração, perpassando por todas as garantias e direitos humanitários presentes no ornamento mundial. Por se tratar de um tema em voga, estamos pensando o cenário jurídico das relações de trabalho do hoje a partir da visualização da necessidade de sua denúncia para que se mantenha um mínimo de garantias para os agentes dessa relação globalizada.

Insta dizer que a base filosófica recai no instante que temos que conceber como se dá essa recepção e a necessidade de entendimento dos novos agenciamentos. Entender a alteridade, isto é o conceito de lidar com o outro e a hospitalidade esse acolhimento do outro ou não, partimos para uma análise filosófica que nos ajuda a entender toda essa configuração.

Com a chegada dos refugiados é possível vislumbrar um espectro da violência que assombra a população do lugar, temos nesse momento o estranhamento com a nossa relação com o outro. Quando falamos do outro, é comum concebermos na prática a relação de identidade e diferença. Desta forma, tem-se um grupo que é semelhante a si mesmo e que por isso é diferente de qualquer o outro que não ele, uma questão de identidade que podemos analogamente ligar ao grupo do território que recebe os refugiados.

Tem-se que essa prática, que convenciamos chamar de violência identitária, vai se sedimentando no interior da estrutura da sociedade. É possível vislumbrar que dentro desse cenário são estabelecidas as desigualdades sociais, preconceitos, discriminações étnicas e religiosas, bem como toda a sorte de violência contra os grupos marginalizados que em geral

não são minorias de quantidade, mas, assim entendidos por não estarem na posição de dominante. É também essa violência identitária que vai criar o discurso de uma língua própria, que servirá de suporte para uma cultura, permitindo uma unidade, reconhecimento e identificação de um determinado grupo que por sua vez se sente violado com a chegada do outro e retira de um temor metafísico sem fundamento a autoridade para subjugar, no âmbito do trabalho, a explorar.

Dentro desta ótica do outro não podemos operar o antagonismo do inimigo criticado por Mouffe, é necessária uma nova definição da relação das categorias: “antagonismo entre inimigos” portanto, uma nova concepção, por sua vez a terceira via de um “agonismo entre adversários”.

Se o refugiado for entendido como inimigo, será entendido como um outro que não igual aos meus e que deve ser destruído, pois sua existência por si só nega minha identidade, deslegitima sua vivência, retira seus direitos como ser humano. No entanto, se entendido como adversário, será um outro que se opõe, mas não gera exclusão, é possível entender que com este outro adversário pode-se ter: “alguma base em comum, em virtude de termos uma adesão compartilhada aos princípios ético-políticos da democracia: liberdade e igualdade” (Mouffe, 1996, p. 20).

O importante aqui é destacar que o antagonismo é uma relação que tem como objetivo a exclusão e eliminação do diferente, do inimigo, uma vez que com este não

“não compartilha qualquer base comum”, já o agonismo se define como uma relação “nós/eles em que as partes em conflito, mesmo admitindo que não existe uma solução racional ao seu conflito, reconhecem a legitimidade de seus oponentes” (Mouffe, 1996, p. 27).

Considerações Finais

Entender a diferença de antagonismo com agonismo e a questão da diferença no campo do político permite a possibilidade da existência do refugiado sem ser entendido como outro que não igual que não merece espaço. A aplicação do político de Mouffe na questão dos refugiados aparece como uma solução para os conflitos existentes em uma sociedade que tem por natureza sua diversidade.

O refugiado político não diz respeito a sua fuga do país de origem por questão política, mas sim o entendimento desse instituto como a figura do político na sua dimensão de antagonista que se transforma em agonismo pela teoria de Mouffè.

Essa mudança de inimigo para adversário evita o colapso dos povos, não se nega o conflito, mostra-se importante o dissenso na sociedade. Ao conceber o refugiado como no adversário uma vez que não possuímos identidades iguais abrimos um campo para negociação e estabelecimento de compromisso, não há necessidade de eliminar a divergência, mas mover esta aos objetivos democráticos de uma vida digna.

A democracia plural permite o reconhecimento da multiplicidade de cada um a partir da compreensão correta da origem da sua identidade, com Mouffè vemos uma reformulação total das categorias da política que permite pensar a ontologia do instituto do refúgio, não há mais em se falar do refugiado como estranhamento e tolerância hostil, com um pluralismo agonístico é possível conceber o refugiado em situação adversa da nossa em uma sociedade que o assegura liberdade e igualdade, sobretudo quando não deslegitima sua luta, sua existência. Há nessa filosofia política fundamentos de uma cidadania democrática e o entendimento de uma comunidade política que ultrapassa a questão dos territórios gerada pela nova ordem mundial da globalização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ACNUR. Manual de Procedimentos e Critérios a Aplicar para Determinar o Estatuto do Refugiados – de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao ACNUR. Nota de orientação sobre extradição e proteção internacional de refugiados. Genebra, 2007. Disponível em: < http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Documentos%20Acnur/Diretrizes%20e%20pol%EDticas%20do%20ACNUR/Extradi%E7%E3o/Nota_orienta%E7%E3o_extradi%E7%E3o_refugiados.pdf > Acesso em: 13 de junho de 2018.

BRASIL. Lei n. 9.474, de 22 de julho de 1997. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 10 de junho de 2018.

- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. O Direito Internacional em um mundo em transformação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- DERRIDA, Jacques. Structure, Sign and Play in the Discourse of the Human Sciences. In: DERRIDA, Jacques. Writing and Difference. Chicago: Chicago University Press, 1978. pp. 278–293.
- _____. Margens: da filosofia. Trad. Joaquim Torres Costa e Antônio Magalhães. Campinas: Papyrus, 1991.
- HILDEBRAND, C.R.F. Direito Internacional dos Refugiados. Revista do Direito. Centro Universitário Anhanguera – Leme. Vol. XI, Nº13, Ano 2008.
- JUBILUT, L.L. O direito Internacional dos Refugiados e sua aplicação no ornamento jurídico brasileiro. São Paulo: Método, 2007.
- LACLAU, Ernesto. Community and It's Paradoxes – Richard Rorty's liberal utopia. In: LACLAU, Ernesto. Emancipation(s). London: Verso, 2007c. pp. 105-124.
- LEFORT, Claude. A Invenção Democrática: os limites da dominação totalitária. Belo Horizonte: Autêntica, 2011.
- MOUFFE, Chantal. On The Political. London and New York: Routledge, 2005b.
- _____. O Regresso do Político. Trad. Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996.
- _____. Por um modelo agonístico de democracia. Revista de Sociologia e Política. Curitiba, n.25 p.11-23, nov. 2005.
- _____. The Return of The Political. 2. ed. London: Verso, 2005.
- MORAES, Marcelo. Violências Identitárias. Ítaca 19 – Edição Especial.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- RORTY, Richard. Ensaios sobre Heidegger e outros autores: escritos filosóficos. 2. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1999.

SANTOS, Milton. Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal. São Paulo : Record, 2000.

SMITH, Anna Marie. Laclau and Mouffe – The Radical Democratic Imaginary. New York: Routledge, 2004.

TORFING, Jacob. New Theories of Discourse – Laclau, Mouffe and Zizek. London, UK: Blackwell Publishing, 2003.

UM OLHAR SOBRE A MIGRAÇÃO ATUAL ATRAVÉS DO PROJETO “O MUNDO EM NH: REFUGIADOS E MIGRANTES, UMA QUESTÃO DE DIREITOS HUMANOS”

Bárbara Birk de Mello

Márcia Blanco Cardoso

1. Introdução

Este estudo tem como tema os Direitos Humanos a partir da prática no projeto de extensão “O Mundo em NH: Refugiados e Migrantes, uma questão de Direitos Humanos”. Este faz parte do Programa “Educação e Cultura dos Direitos Humanos” vinculado à Pró-reitoria de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão da Universidade Feevale, Novo Hamburgo (RS).

O Programa possui dois projetos, o acima citado e o Projeto “Educação em Direitos Humanos: por uma cultura de paz e tolerância”, que promove ações voltadas para a construção de uma sociedade mais cidadã com professores e alunos da EMEF Francisco Cândido Xavier (SL), estagiários do Programa Mais Educação (NH), público interno da Universidade Feevale e Guarda Municipal de Novo Hamburgo.

O projeto “O Mundo em NH: Refugiados e Migrantes, uma questão de Direitos Humanos”, procura acolher e inserir na comunidade, refugiados e migrantes que vem à Novo Hamburgo e região. Isto acontece a partir de oficinas de Português, Psicologia, Realidade brasileira, entre outras atividades como, auxílio jurídico e psicológico, além da organi-

zação de atividades culturais e participação em eventos promovidos pela Universidade.

No contexto atual, onde é significativo o número de refugiados e migrantes, o trabalho se faz relevante na medida em que trata da inserção destes grupos na sociedade. Devido a isto, também se vê a importância de divulgar o Projeto de Extensão “O Mundo em NH: Refugiados e Migrantes, uma questão de Direitos Humanos”.

Tem-se como objetivos do presente estudo discutir o que são Direitos Humanos e sua relação com refugiados e migrantes. Também, apresentar o projeto acima citado e suas ações, bem como, demonstrar o impacto e relevância do mesmo.

Como metodologia far-se-á uso de artigos e relatórios que digam respeito à temática dos Direitos Humanos, refugiados e migrantes, além da análise de dados quantitativos e qualitativos acerca dos três anos de atuação do projeto e seus resultados.

Através deste estudo verificou-se a importância do projeto para inserção de migrantes e refugiados em Novo Hamburgo (RS) e região. Além de acolher estes sujeitos, o projeto ajuda em sua incorporação na comunidade, pois atinge não só os participantes, mas os indivíduos à sua volta.

O Projeto “Mundo em NH: Refugiados e Migrantes, uma questão de Direitos Humanos” tem alcançado muitos resultados positivos como, disseminação de palestras e seminários sobre Direitos Humanos na Universidade Feevale que são abertos à população. Também, passaram cerca de 40 migrantes e refugiados ao longo de 2018 pelo projeto. Alguns já conseguiram ingressar na Universidade, sendo estes um dos indicadores mais positivos do mesmo.

Diante disto, vê-se como um projeto deste porte é necessário no contexto atual, tanto para os atendidos pelo mesmo, quanto para a sociedade hamburguesa. Apesar disto, há poucos projetos com o mesmo viés no Rio Grande do Sul e Brasil. Espera-se que este trabalho incentive outras universidades a investir nesta temática.

2. Direitos Humanos, migração e refugiados

A importância deste estudo se dá na medida em que a questão de migrantes e refugiados está em pauta em todo o globo. Os números são

gigantescos, tanto no mundo, quanto no Brasil. Esta expansão vem se dando em razão das crises políticas, bem como fome, desemprego e baixa perspectiva de vida em certos países.

Segundo relatório da ANHCR (UN Refugee Agency) realizado em 2017, naquele ano, 68.5 milhões de sujeitos foram forçados a se deslocar no mundo. Isto devido à perseguição, conflitos e violências de todos os tipos. Destes, 25.4 milhões são refugiados. (ANHCR, 2017) Assim, as políticas de auxílio a refugiados são cada vez mais necessárias.

Já em nível nacional, em 2017, segundo dados do Ministério da Justiça brasileiro, o país registrou 10. 145 refugiados reconhecidos, 86.007 solicitações de refugio. No estado do Rio Grande do Sul houveram 767 pedidos. Nos últimos 7 anos, o Brasil recebeu 126.102 solicitações de reconhecimento da condição de refugiado. (SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018)

No que tange a entrada de migrantes, a Polícia Federal brasileira registrou um aumento de 160% em dez anos. Segundo dados da PF, 117.745 estrangeiros deram entrada no país em 2015 – um aumento de 2,6 vezes em relação a 2006 (45.124). (MONTOVANI, VELASCO, 2016)

Vê-se um crescente fluxo de haitianos para o país, assim como no projeto de extensão. Até o fim de 2016, foram autorizadas 67 mil 226 autorizações de residência no país, incluindo temporárias e permanentes. Assim, a proporção haitiana representaria 0,0075% da população brasileira. As causas deste movimento migratório do Brasil como principal destino dos haitianos ainda não é certa (OIM; IPPDH; MERCOSUL, 2017). No entanto, segundo as entrevistas realizadas no projeto com os participantes, alguns dos motivos deste movimento podem ser elencados como: aproximação com a cultura brasileira em função da presença brasileira nas tropas de paz da ONU que estiveram no Haiti durante vários anos; facilidade de adentrar o país devido a um acordo entre ONU e Brasil de entrada de haitianos com a emissão de Visto por Causas Humanitárias; facilidade de custos para a emigração em comparação a outros países.

Desta forma, observa-se a importância do projeto “O Mundo em NH: Refugiados e Migrantes, uma questão de Direitos Humanos”. Porém, antes de adentrar especificamente no mesmo é preciso entender o que são Direitos Humanos. Para tanto, trar-se-á agora uma breve explicação da história dos mesmos.

Diversos historiadores colocam o Código de Hamurabi do século XVIII a.C. como o primeiro documento registrado para assegurar melhores condições de vida para os sujeitos. O Código assinado na Mesopotâmia era formado por 281 leis criadas pelo rei Hamurabi, que continham um viés igualitário dando maiores direitos e liberdades a seus súditos. Já em 1215 ocorre a assinatura da Magna Carta pelo rei João da Inglaterra. O rei foi forçado a assinar o documento que limitava os poderes da monarquia e dava maior liberdade política. Ela é a base da Constituição Britânica.

Após, tem-se outros momentos de destaque como a Petição de Direito (1628) na Inglaterra e o Bill of Rights de 1689 no mesmo país. Já no ano de 1776 nos EUA cria-se a Declaração da Independência do país, que proclamou os direitos individuais. Na Europa, especificamente na França, após a Revolução Francesa é promulgada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Os documentos acima citados são essenciais para o processo de desenvolvimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) em 10 de dezembro de 1948. Esta é criada e assinada pela Organização das Nações Unidas (ONU). A Organização começou a ser pensada na conjuntura do final da 2ª Guerra Mundial, tendo em vista a devastação que a mesma trouxe para a Europa. Assim, os principais líderes mundiais negociaram sua criação com o intuito de evitar guerras futuras. (ONU BRASIL, 2016)

Com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) começaram a se impor limites à ação dos Estados. A partir de 1945 começou a formulação da Declaração. No início, apenas 50 países participaram da mesma, incluindo o Brasil. Em 1948, ela foi proclamada durante Assembleia Geral das Nações Unidas. (ONU BRASIL, 2016)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) possui 30 artigos e foi traduzida para mais de 403 línguas. Alguns dos aspectos mais importantes dela são: O direito a vida e a nacionalidade; a liberdade de pensamento, consciência e religião; o direito de fazer parte de um governo; o direito ao trabalho e educação; o direito à alimentação e habitação. (DUDH, 1948)

Mas, o que são Direitos Humanos? Segundo a ONU Brasil (2017): “Os direitos humanos são direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião

ou qualquer outra condição.” Os Direitos são divididos em sociais, civis e políticos. Os primeiros são os cotidianos, concretos do dia a dia. Os seguintes são os direitos mais amplos e abstratos como liberdade e igualdade. Por fim, os políticos são de pertencimento ou não a um determinado grupo. (DUDH, 1948)

Após discutir o que são Direitos Humanos adentra-se na problemática da relação entre refugiados, migrantes e os direitos. Porém, antes disto é necessário conceituar o que são estas duas primeiras nomenclaturas. Refugiado, segundo o ACNUR (2016), “são pessoas que estão fora de seus países de origem por fundados temores de perseguição, conflito, violência ou outras circunstâncias que perturbam seriamente a ordem pública e que, como resultado, necessitam de ‘proteção internacional’”. Estes sujeitos são definidos e protegidos no âmbito do direito internacional. (ACNUR, 2016)

Já o termo migrante vem ganhando uma perspectiva diferente nas últimas décadas. A partir, principalmente, de 1990, as pessoas ao redor do globo começaram a se deslocar com muita mais rapidez e por diferentes espaços. Agora, utilizando da expressão de Bauman (2001), entramos numa modernidade não mais sólida, mas líquida. Nela, tudo acontece mais rápido e muda constantemente, inclusive, o deslocamento dos sujeitos. (BAUMAN, 2001)

Devido a isto, muitos estudiosos não mais diferenciam migrante, emigrante e imigrante. Todos estariam na mesma categoria “migrante”. Tanto que, a Lei de Migração de 24 de maio de 2017 (Lei 13.445, 2017) tem em seu título a palavra “migração” visando abranger todas as suas formas. Também, o Projeto “O Mundo em NH: Refugiados e Migrantes, uma questão de Direitos Humanos” utiliza-se da mesma concepção.

A palavra migração pode ser definida como a locomoção de sujeitos de um lugar do mundo para outro com o objetivo de estabelecer residência fixa ou temporária. Os sujeitos se movimentam por uma variedade de razões, tendo como principais o ambiental (desastres naturais, clima); político (guerra, governo); econômico (desemprego); cultural (religião, educação). (COSTA; REUSCH, 2016)

Agora, após analisados estes termos (refugiados e migrantes) adentra-se para a discussão de relação entre eles e os Direitos Humanos. Estes defendem que todos tem direito a vida, a liberdade, a saúde, a educação, a alimentação, a moradia, entre outros. Sendo assim, os D.H. tem o obje-

tivo de proteger estes refugiados e garantir que eles tenham condições de vida no novo país.

Quando foi elaborada, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, apresentou um artigo em relação ao refugiado:

Artigo 14º 1.Toda a pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de beneficiar de asilo em outros países. 2.Este direito não pode, porém, ser invocado no caso de processo realmente existente por crime de direito comum ou por actividades contrárias aos fins e aos princípios das Nações Unidas. (DUHD, 1948)

Já em 1951, a Organização das Nações Unidas (ONU) promulga em 28 de julho a Convenção de 1951, que é relativa ao Estatuto dos Refugiados. É o padrão internacional para a decisão de qualquer medida de proteção e tratamento de refugiados. Sua disposição central é a contida no Artigo 33, que coloca que refugiados não podem ser expulsos ou devolvidos a situações onde suas vidas ou liberdade possam estar sob ameaça. Os primeiros responsáveis a garantir isto seriam os Estados. (ONU, 1951)

A Lei Brasileira de Refúgio (LEI 9.474, 1997), em vigor até 2017, julgava como refugiado o sujeito que sai do seu país de origem por motivos de temores de perseguição devido à raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas controversas, ou devido a uma grave e generalizada violação de Direitos Humanos no seu país de origem. Declara-se que uma pessoa é perseguida quando seus direitos foram violados ou correm risco de ser. (MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES, 2017)

Atualmente, há uma grande discussão acerca da possibilidade de se considerar refugiado também o sujeito que sai de seu país de origem devido a questões ambientais. O refugiado ambiental seria:

pessoa ou grupo de pessoas que, em virtude de mudanças e catástrofes ambientais – naturais ou provocadas pelo homem, permanentes ou temporárias – tiveram que, forçadamente, abandonar seu local de origem ou residência habitual para encontrar refúgio e abrigo em outra região do globo. (PEREIRA, 2011, p. 222)

O Brasil, em termos de proteção de migrantes, possui uma das leis mais avançadas do mundo. A Lei 13.445, Lei de Migração, foi assinada em 2017 pelo então presidente Michel Temer. Esta dispõe sobre direitos e deveres do migrante e do visitante. Tem como característica central a proteção de Direitos Humanos na temática das migrações, como decorrência da proteção constitucional da dignidade humana. (LEI 13.445, 2017)

Dessa maneira, é possível analisar porque, ao falar de refugiados e migrantes, também se dispõe sobre os Direitos Humanos. Políticas públicas para a inserção destes na comunidade são necessárias neste momento devido ao grande número de sujeitos adentrando o Brasil, porém, quase inexistentes. Devido a isto, instituições, terceiros e universidades vem tomando a frente nestas discussões e atuando para acolher e prestar atendimento a esses grupos.

A seguir, será apresentado o Projeto “O Mundo em NH: Refugiados e Migrantes, uma questão de Direitos Humanos” que serve de exemplo para se pensar a inserção de refugiados e migrantes em sociedade.

3. Projeto “O Mundo em NH: Refugiados e Migrantes, uma questão de Direitos Humanos”

Após um panorama da situação destes grupos no mundo e no país, se faz necessário um exame do município de Novo Hamburgo, onde se insere o projeto aqui em questão. O Brasil reconhece 10.145 refugiados de diversas nacionalidades, porém, apenas 5.134 vivem no país hoje. O Rio Grande do Sul é o quarto estado que mais recebe refugiados sendo 6% do total. (CORREIO DO POVO, 2018)

O município de Novo Hamburgo, polo industrial, possui população estimada [2018] de 246.452 pessoas. A densidade demográfica do censo do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) de 2010 foi de 1.067,55 hab/km². O município situa-se a 42 km da capital do estado, Porto Alegre. Ademais, fica a 80 km do município de Caxias do Sul, que durante anos foi polo de entrada no Rio Grande do Sul de Senegaleses e, posteriormente, haitianos.

Já em Novo Hamburgo, em 2015, a Prefeitura Municipal realizou um levantamento do número de refugiados do local através do COM-PPRIR (Coordenadoria Municipal de Políticas Públicas de Promoção da

Igualdade Racial). Concluiu-se que haviam no município, 70 refugiados ou pessoas solicitando refúgio. Também que, a grande maioria era de senegaleses.

Porém, devido a troca de gestão na Prefeitura Municipal, situações oriundas da crise econômica brasileira, de violência e dificuldades no geral, muitos foram embora. Mas, outro grupo já vinha adentrado Novo Hamburgo, os haitianos. Muitos destes pertencentes a Igreja Adventista. Assim, ficava clara a necessidade de um projeto que os auxiliasse na incorporação ao corpo social hamburguense.

O projeto “O Mundo em NH: Refugiados e Migrantes, uma questão de Direitos Humanos” iniciou suas atividades em fevereiro de 2016, com a seguinte proposta:

[...] articular ações, com foco no acolhimento e inserção social de imigrantes e refugiados atendidos pelo município de Novo Hamburgo. Sendo assim, o projeto se propõe a atuar junto desses refugiados e imigrantes, além contribuir na formação de gestores, agentes públicos e privados, na busca de maior inserção e acolhimento a esses grupos, na região, consolidando uma prática efetiva de Direitos Humanos. (UNIVERSIDADE FEEVALE, 2016)

O mesmo tem como metas diminuir a violência e a xenofobia contribuindo na entrada dos migrantes e refugiados no mercado de trabalho. Além disso, aumentar a autonomia dos mesmos através da melhor comunicação em 50% no nível de proficiência. Também, nos conhecimentos sobre direitos e cotidiano brasileiro com melhoria de 50%. Ademais, promover eventos para a comunidade acadêmica, sobre a temática, contribuindo para a formação de cidadãos cientes do contexto em que vivemos e da situação de refugiados, diminuindo situações de preconceito e intolerância. (UNIVERSIDADE FEEVALE, 2018)

O projeto conta com uma equipe de professores da área de Direito, História, Letras e Psicologia. Além disso, conta com alunos bolsistas dos cursos de Comércio Exterior, História, Psicologia e Letras. Todos estes trabalham juntos para a promoção de oficinas aos participantes. Em 2018 foram contabilizados 40 participantes durante todo o ano, o que significa que o projeto tem conseguido abarcar muitos sujeitos.

As oficinas ocorrem semanalmente. O cronograma das mesmas é composto por oficina de Português na primeira parte da noite e após, intercalam-se oficinas de Psicologia, História e Fotografia. Também, disponibiliza acompanhamento psicossocial, ajuda na reinserção profissional e auxilia na burocracia dos pedidos de refúgio através de orientação de documentações. Uma vez por semana à tarde, ocorre o atendimento jurídico.

O projeto, além de oferecer estas oficinas, também proporciona palestras, aulas abertas, seminários e apresentação de pesquisas acerca da temática dos Direitos Humanos. Estes são livres para participação de toda a população. Alguns exemplos do ano de 2018 são: III Seminário de Direitos Humanos da Universidade Feevale, Culturas do Mundo - evento científico-cultural e o Sarau Cultural.

Além disso, houve apresentação de trabalhos na Feira de Iniciação Científica e Salão de Extensão da Universidade Feevale. Ao todo, 13 acadêmicos geraram produção científica a partir do projeto. Para mensurar a abrangência deste, em 2018, 67 acadêmicos da Universidade Feevale foram impactados pelo mesmo através de participação em suas ações. Vale destacar que no último ano três Trabalhos de Conclusão de Curso foram embasados no projeto de extensão. Ademais, houveram cinco participações de membros do Projeto em eventos internacionais. (UNIVERSIDADE FEEVALE, 2018)

O principal prêmio do projeto foi recebido em 2016. Ele recebeu o 19º Prêmio Educação SINPRO/RS na categoria Projeto. O evento aconteceu em 14 de outubro daquele ano. O Prêmio Educação foi criado pelo Sindicato dos Professores do Ensino Privado – Sinpro/RS, em 1998. O mesmo tem o objetivo de fomento e valorização dos profissionais, instituições e projetos comprometidos com o ensino de qualidade e com a construção da cidadania.

4. Impacto do Projeto “O Mundo em NH: Refugiados e Migrantes, uma questão de Direitos Humanos”

Para avaliação do projeto são realizados todos os anos questionários com escala Likert e entrevistas através de grupos focais com beneficiados do projeto. Aqui, apresentam-se os indicadores do último ano acerca

do acolhimento e inserção dos participantes. Sobre isto destaca-se: “[...] percebeu-se que o projeto tem contribuído de maneira significativa para a promoção da saúde mental, integração social e construção de práticas de resistência frente as violações de direitos.” (UNIVERSIDADE FEEVALE, 2018) Os entrevistados realçam o auxílio das oficinas para inserção no mercado de trabalho, no Ensino Superior e comunidade.

Já no que tange o conhecimento do tema os beneficiados destacam que o projeto diminui o preconceito e melhora a inserção e conhecimento da realidade do país. Além disso, em 2018, houve um grupo de beneficiados pertencentes a Guarda Municipal de Novo Hamburgo. Estes confirmaram que o conhecimento sobre o tema dos migrantes aumentou, bem como, conhecimento sobre os Direitos Humanos. (UNIVERSIDADE FEEVALE, 2018)

Outro indicador importante é o de proficiência em língua portuguesa, pois a comunicação é essencial para inserção no corpo social e garantia de emprego. Os objetivos foram atingidos, porém, destaca-se que o ideal seria ter a mesma turma desde o início, mas visando o acolhimento de todos, isto não ocorre. Mesmo assim, a leitura e a oralidade foram plenamente atingidas. A gramática precisa ser reforçada, segundo análise, mas o nível de competência linguística está conforme o estimado, levando em conta somente os alunos que frequentam o projeto há mais de oito meses. (UNIVERSIDADE FEEVALE, 2018)

Ao final do ano os participantes do projeto realizam uma prova de Português e somando os testes gramaticais com as produções textuais e orais, a média final foi de 52% de melhoria, em relação ao processo inicial. Ainda, foi aplicado o questionário de indicadores de resultados aos beneficiados e 100% deles responderam que as aulas de Língua Portuguesa colaboraram com o aperfeiçoamento do uso da língua portuguesa, coma resposta “Concordo totalmente”. (UNIVERSIDADE FEEVALE, 2018)

Ao todo, 116 participantes compareceram nos atendimentos coletivos entre 2016 e 2018, ou seja, nos dias das oficinas. Assim, através dos resultados acima citados é possível perceber a dimensão da importância do Projeto de Extensão para os refugiados e migrantes. O projeto impacta não só no aprendizado da Língua Portuguesa, mas também no conhecimento sobre Direitos Humanos e realidade brasileira. (UNIVERSIDADE FEEVALE, 2018)

Outro indicador expressivo é o ingresso dos beneficiados pelo projeto no meio acadêmico. Dois participantes terminaram o Ensino Médio recentemente. Outro já está estudando na universidade. Outros dois aguardam prova de Português para ingressar em uma instituição de ensino superior.

Desta forma, o projeto vem auxiliando na inserção dos refugiados e migrantes na sociedade a partir da conquista de emprego, da entrada em instituições de ensino e da participação de atividades na Universidade Feevale que proporcionam maior convívio com outras pessoas criando novos laços sociais.

5. Conclusão

Após esta análise, acredita-se que o Projeto “O Mundo em NH: Refugiados e Migrantes, uma questão de Direitos Humanos” encontra-se bem estruturado, com uma equipe de professores e acadêmicos de diversas áreas como História, Letras, Direito e Psicologia. Todos envolvidos e comprometidos com a realização das oficinas e demais atividades propostas.

Pontua-se também, a necessidade de realização de formações, palestras e aulas abertas sobre Direitos Humanos, visto a emergência da questão. As atividades deste segmento obtiveram significativa participação de acadêmicos da Universidade Feevale cumprindo com um dos objetivos do projeto que é contribuir para formação dos acadêmicos na temática de Direitos Humanos. Este ano, buscar-se-á inserir ainda mais o corpo social hamburguense nestes eventos.

O projeto, que teve início em 2016, tem tempo de duração inicial de 5 anos. Em dezembro de 2020 a Universidade Feevale avaliará se o projeto se manterá, ou se sofrerá algumas reestruturações. O definido é que há mais dois anos de atuação do mesmo, no mínimo.

Neste período, espera-se atingir maior número de refugiados e migrantes, bem como, possibilitar oficinas e auxílio cada vez mais significativos. Espera-se que os participantes do projeto consigam se estruturar em Novo Hamburgo incorporando-se a sociedade através da entrada no mercado de trabalho.

Nota-se que, infelizmente, há poucos projetos com o mesmo viés que este no Rio Grande do Sul, bem como no Brasil. Espera-se que, dentro deste contexto de crescente número de migrantes e refugiados mais

Universidades e outros órgãos tomem medidas para auxiliar estes sujeitos. Bem como, que percebam a importância de se trabalhar a temática dos Direitos Humanos em tempos de instabilidade política e de esquecimento, por parte dos brasileiros, acerca da necessidade de respeito aos mesmos.

6. Referências

- ACNUR. “Refugiados” e “Migrantes”: Perguntas Frequentes. Disponível em: < <https://www.acnur.org/portugues/2016/03/22/refugiados-e-migrantes-perguntas-frequentes/> > Acesso em 11 mar. 2019.
- ANHCR. Global Trends 2017. Disponível em: < https://www.unhcr.org/5b27be547#_ga=2.60585389.1212431091.1552302357-84119669.1551711889 > Acesso em 4 mar. 2019.
- BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BRASIL. Lei de Migração. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm > Acesso em 1 mar. 2019.
- CORREIO DO POVO. Rio Grande do Sul é o quarto Estado com maior número de refugiados no país. Disponível em: < <https://www.correiodopovo.com.br/not%C3%ADcias/geral/rio-grande-do-sul-%C3%A9-o-quarto-estado-com-maior-n%C3%BAmero-de-refugiados-no-pa%C3%ADs-1.258774> > Acesso em 12 mar. 2019.
- COSTA, Marli Marlene Moraes da; REUSCH, Patrícia Thomas. Migrações internacionais (Soberania, Direitos Humanos e Cidadania). Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica. Rio de Janeiro: vol. 8, no .2, maio-agosto, 2016, p. 275-292.
- IBGE. Novo Hamburgo. Disponível em: < <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/rs/novo-hamburgo/panorama> > Acesso em 21 mar. 2019.
- IPPDH; MERCOSUL, OIM. Diagnóstico regional sobre migración haitiana. Disponível em: < https://robuenosaires.iom.int/sites/default/files/publicaciones/Diagnostico_Regional.pdf >. Acesso em 20 mar. 2019.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Refúgio no Brasil.

Disponível em: <<http://www.portalconsular.itamaraty.gov.br/refugio-no-brasil>> Acesso em 21 mar. 2019.

MONTOVANI, Flávia; VELASCO, Clara. Em 10 anos, número de imigrantes aumenta 160% no Brasil, diz PF. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/06/em-10-anos-numero-de-imigrantes-aumenta-160-no-brasil-diz-pf.html>> Acesso em 6 mar. 2019.

ONU Brasil. O que são os Direitos Humanos. Disponível em:< <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>> Acesso em 7 mar. 2019.

ONU. Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados. Disponível em: < https://www.pucsp.br/IIIseminariocatedrasvm/documentos/convencao_de_1951_relativa_ao_estatuto_dos_refugiados.pdf> Acesso em 12 mar. 2019.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em 18 set. 2018.

PEREIRA, Luciana Diniz Durães. Uma visão brasileira do conceito “refugiado ambiental”. In: 60 anos de ACNUR Perspectivas de futuro. Disponível em: < https://s3.amazonaws.com/academia.edu/documents/31736047/60_anos_de_ACNUR_-_Perspectivas_de_futuro.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1553171734&Signature=KMz%2FF%2BbZtEXkl9HHVYb-s3EdXD2s%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3D60_Anos_de_ACNUR_60_Years_of_the_UNHCR..pdf#page=221 > Acesso em 20 mar. 2019.

SNJ. Refúgio em números – 3ª edição. Disponível em:< http://www.justica.gov.br/news/de-10-1-mil-refugiados-apenas-5-1-mil-continuam-no-brasil/refugio-em-numeros_1104.pdf/view> Acesso em 4 mar. 2019.

UNIVERSIDADE FEEVALE. Projeto de Extensão “O Mundo em NH: refugiados e migrantes, uma questão de Direitos Humanos”. PPEX - Pró-reitoria de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão.

UM PANORAMA DA SITUAÇÃO DOS REFUGIADOS SEGUNDO A LEGISLAÇÃO NO BRASIL

Bárbara Medeiros Cardoso

1. INTRODUÇÃO

Os deslocamentos forçados de grandes contingentes de pessoas vêm chamando atenção da comunidade internacional, são indivíduos obrigados a abandonar sua terra natal a procura de proteção em outros países.

Esse fluxo passou a causar preocupação notadamente a partir da Segunda Guerra Mundial; vez que grandes grupos foram forçados a migrar de seus países, resultando em deslocados internos, apátridas, asilados e refugiados.

Tais grupos são impulsionados a fugir de seu país de origem em razão de ameaça de perseguição, raça, religião, nacionalidade, filiação a determinado grupo social ou opiniões políticas. Ou, ainda, por terem suas vidas, seguranças ou liberdades ameaçadas.

Desta forma, conclui-se que os grandes fluxos migratórios ocorrem por violações de direitos humanos⁴², conflitos armados e regimes repressivos.

42 PIOVESAN, Flavia. Temas de Direitos Humanos. 2003. A Declaração de 1948 introduz a concepção contemporânea de direitos Humanos, na medida em que consagra que os direitos humanos são universais, inerentes à condição de pessoa e não relativos às peculiaridades sociais e culturais de determinada sociedade, incluindo em seu elenco não só direitos civis e políticos, mas também os direitos sociais, econômicos e culturais.

Pensando nesse contingente de pessoas é que o tema chama a atenção e este trabalho busca exatamente analisar a questão dos deslocamentos forçados⁴³, especificamente de um grupo deles, o de refugiados, especialmente sob a ótica da legislação nacional.

Assim, esta análise baseou-se nos enfoques: histórico, elaborado em períodos distintos, os quais apresentam características marcantes sobre o problema dos refugiados; político, com breve destaque aos interesses e as políticas adotadas em relação aos refugiados; e jurídico, mediante exame dos instrumentos nacionais de proteção aos refugiados.

2. O REFÚGIO NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil foi sancionado em 1980 o Estatuto do Estrangeiro, Lei 6.815, durante um período de restrição dos direitos e garantias. Com o advento da Constituição Federal de 1988 diversos aspectos do Estatuto deixaram de ter aplicabilidade tendo em vista o princípio da soberania da Constituição.

Nas palavras de Castro (2006), a Constituição Federal de 1988 surgiu como marco para os direitos humanos no Brasil, rompendo com o regime militar que perdurou no Brasil de 1964 a 1985, instituindo o Estado de Direito e consolidando os direitos fundamentais.

Até então, para Ramos, Ventura, Dallari e Reis (2014), o Estatuto do Estrangeiro, vigente até 2017, era de todo inadequado para lidar com as questões de direitos humanos, vez que, o Estatuto era inspirado na Doutrina de Segurança Nacional.

Nesse contexto, a principal preocupação do regime militar era facilitar a expulsão de estrangeiros considerados “subversivos”. Logo, a Lei 6.815/80 seria incompatível com a nossa Constituição, com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil e com os interesses do país.

43 JUBILUT, Líliliana Lyra; MENICUCCI, Sílvia. A Necessidade de Proteção Internacional no Âmbito da Migração. As migrações forçadas ocorrem quando o elemento volitivo do deslocamento é inexistente ou minimizado e abrangem uma vasta gama de situações. A situação clássica de migração forçada é o refúgio que protege as pessoas as quais tiveram ou têm de deixar seu país de origem ou de residência habitual em razão de bem-fundado temor de perseguição em função de sua raça, religião, nacionalidade, opinião política ou de pertencimento a um grupo social, nos termos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967; ou, no caso da América Latina, também por grave e generalizada violação de direitos humanos. Revista direito FGV, São Paulo, 6(1) | p. 275-294, 2010.

Algumas incompatibilidades apontadas no Estatuto do estrangeiro encontram-se na proibição ao exercício da atividade de natureza política, organização de reuniões de qualquer natureza ou deles participar, ser representante de sindicato ou associação profissional e proprietário de aparelho de radiodifusão.

A Lei permitia, ainda, ao Ministro da Justiça, sempre que considerasse conveniente aos interesses nacionais, impedir a realização, por estrangeiros, de quaisquer demonstrações culturais.

Além disso, no art. 65, da referida Lei, havia a previsão da possibilidade de expulsão do estrangeiro que atentasse contra a segurança nacional, ordem política ou social, tranquilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o tornasse nocivo à conveniência e aos interesses nacionais; entregar-se à vadiagem ou à mendicância; ou desrespeitar proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro.

Destaca-se que o Estatuto do Estrangeiro não previa um órgão especializado às demandas de cada tipo de imigrante, mas diversos órgãos despreparados para o atendimento adequado deste grupo marginalizado.

Assim, diante da necessidade de uma lei brasileira que estivesse em consonância com os parâmetros principiológicos da Constituição Federal e com a Convenção de 1951, foi criado em 1997 o Estatuto do Refugiado, aplicado apenas a este grupo de deslocados.

Tal lei obteve amplo apoio da sociedade civil, bem como da ACNUR. Por todo o envolvimento destes, o Estatuto do Refugiado foi considerado pela ONU como sendo uma das leis mais modernas e abrangentes sobre o tema no mundo.

Segundo Jubilit (2007), o diploma legal da nova lei, em função de ser bem posterior às convenções internacionais sobre o tema, adotou oficialmente a definição mais ampla de refugiado constante na Convenção de 1951, já utilizada na prática desde 1992, acolhendo também, por meio deste instituto, pessoas que fogem de graves e generalizadas violações de direitos humanos.

Assim, com o advento da Lei 9.474/97, houve um grande avanço em virtude da criação de um órgão especializado para atendimento aos refugiados o Comitê Nacional para Refugiados – CONARE, um órgão presidido pelo Ministério da Justiça e que lida principalmente com a formulação de políticas para refugiados no país, com a elegibilidade, mas também com a integração local de refugiados.

Nas palavras de Barreto (2010), a maior novidade da lei foi a criação desse órgão misto, público-privado, onde participam a ONU, através do ACNUR, e a sociedade civil, por meio da Cáritas Arquidiocesana do Rio de Janeiro e da Cáritas de São Paulo.

De acordo com Pacifico e Mendonça (2010), o CONARE é órgão de deliberação coletiva e responsável pela apreciação e decisão dos pedidos de refúgio formulados perante o governo brasileiro.

Em 2013, o Ministério de Justiça criou uma comissão de especialistas⁴⁴ para elaborar a proposta de Anteprojeto de Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil, aplicável a todos os grupos de deslocados, vez que a atual Lei 6.815/80, encontrava-se defasada em relação à Constituição Federal.

O Anteprojeto contou com a participação de diversos especialistas de diferentes áreas, com entidades da sociedade civil, representantes de órgãos do governo, ouviu representantes de instituições internacionais, parlamentares e entidades especializadas no atendimento a esse grupo de pessoas.

2.1 A NOVA LEI DE MIGRAÇÃO 13.445/2017

Em maio de 2017 foi aprovado, com vetos, o Projeto de Lei, inspirado no Anteprojeto do Ministério da Justiça, que institui a nova Lei de Migração e revoga o Estatuto do Estrangeiro, Lei 6.815/80.

De acordo com Carvalho (2017), com esse novo marco jurídico, o Brasil deu um importante passo para tratar as migrações como verdadeiros ganhos - materiais e imateriais - para nossa sociedade, até hoje escondidos pelo discurso xenófobo.

Nas palavras de Asano e Timo (2017), a nova lei avançou no Congresso Nacional em um momento peculiar da conjuntura política brasileira e, principalmente, em um contexto geral adverso que predominam

44 Tal comissão foi criada pelo Ministério da Justiça através da Portaria n° 2.162/2013. Sendo composta por estudiosos da temática, tais como: André de Carvalho Ramos, Aurélio Veiga Rios, Clémerson Merlin Clève, Deisy de Freitas Lima Ventura, João Guilherme Lima Granja Xavier da Silva, José Luis Bolzan de Moraes, Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari, Rossana Rocha Reis, Tarciso Dal Maso Jardim e Vanessa Oliveira Batista Berner.

retrocessos legislativos na pauta dos direitos humanos. Notadamente, com esforço suprapartidário daqueles parlamentares e autoridades públicas envolvidos no processo, mas também e sobretudo com a insistência incansável da sociedade civil que contribuiu com sugestões concretas e pressionou para aprovação de propostas robustas e garantidoras dos direitos humanos.

Dentre as principais características da nova lei, podemos citar a compatibilidade da lei perante a Constituição Federal e com os tratados internacionais de Direitos Humanos vigentes, eliminando-se o legado da ditadura militar constante no Estatuto do Estrangeiro.

Outro importante ponto a ser destacado ocorreu na mudança da titulação da lei, uma vez que houve o abandono da tipologia “estrangeiro”, que possui conotação pejorativa, para “migrantes”.

Para a Comissão responsável pelo Anteprojeto de Lei, a tipologia jurídica do “estrangeiro” não apenas possui uma conotação jurídica pejorativa em nossa cultura, mas coloca esse grupo em uma condição de vulnerabilidade e discricionariedade, sujeitos a arbitrariedades por parte do Estado.

Ainda neste contexto, Ventura (2017) esclarece que ao tratar a nova Lei como uma lei de migração, a ordem jurídica brasileira passa a reconhecer o fenômeno migratório como objeto de necessária regulação, e contribui para erodir a conotação negativa que cerca a referência ao migrante como “estrangeiro”, um estranho ou até adversário a ser combatido.

No entanto, é importante destacar que a nova Lei de Migrações não revoga o Estatuto dos Refugiados, pois se trata de lei especial, mas traz inovações aplicáveis aos mesmos.

Neste mesmo contexto, o art. 121 da Lei 13.445/17 estabelece a necessária observância a Lei 9.474/97, nas situações que envolvam refugiados e solicitantes de refúgio.

Segundo Delfim (2017), a nova Lei de Migração em conjunto com a Lei de Refúgio coloca o Brasil em uma posição de vanguarda, sendo elogiada por organismos internacionais.

Diante disso, passaremos a seguir a análise da nova Lei de Migração frente ao instituto do refúgio.

2.2 ASPECTOS DA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO FRENTE AO INSTITUTO DO REFÚGIO

Com o advento da Lei de Migração o Brasil deu um importante passo ao equiparar os direitos entre nacionais e migrantes⁴⁵ nos limites da Constituição, prevendo expressamente a universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, o repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação e inclusão social.

Contraopondo-se ao Estatuto do Estrangeiro que, nas palavras de Ventura e Reis (2014), tinha por principais características o alto grau de restrição e burocratização da regularização migratória, a discricionariedade absoluta do Estado, a restrição dos direitos políticos e liberdade de expressão, além de explícita desigualdade em relação aos direitos humanos dos nacionais.

Nessa lógica de garantias, a Lei de Migração passou a prever em seu artigo 3º, inciso VI, a acolhida humanitária como hipótese de regularização migratória.

Com isso, conforme Ventura e Reis (2014), muitos estrangeiros que antes realizavam a solicitação⁴⁶ do protocolo de refúgio para que pudessem trabalhar, vez que o Estatuto do Estrangeiro, vigente até 2017, não os permitia trabalhar regularmente no país, enquanto que no Estatuto do Refugiado⁴⁷ é permitido, puderam solicitar o acolhimento humanitário e obter documentos de forma regular.

Nesse sentido, Marquez (2016) afirma que a lei permitiu uma imigração mais ordenada, mais humanizada que, ao mesmo tempo, terá impacto na instituição do refúgio, pois o imigrante que hoje não tinha outra opção para se regularizar no país realizava a solicitação de refúgio.

45 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Os migrantes são todas as pessoas que deixam seus países de origem com o objetivo de se estabelecer em outro, de forma temporal ou permanente. Disponível em http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/estrangeiros/2011direitosdeveresrefugio_brasil.pdf, acesso em 16 de março de 2019.

46 Ministério da Justiça. A solicitação de refúgio é extremamente importante porque caso um estrangeiro, em necessidade de proteção internacional não solicite refúgio, ele estará automaticamente em situação irregular no país. Disponível em http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/estrangeiros/2011direitosdeveresrefugio_brasil.pdf, acesso em 16 de março de 2019.

47 Lei 9.474/97, Estatuto do Refugiado, artigo 21.

De acordo com a diretora do Departamento de Migrações do Ministério de Justiça e Segurança Pública, Silvana Borges (2017), a acolhida humanitária é um visto temporário específico para aqueles que precisam sair dos países de origem e não são considerados refugiados, além de menores desacompanhados e estrangeiros que entram no território nacional para tratamentos de saúde.

Até 2017, os três maiores solicitantes de refúgio eram os senegaleses (24,51%), nigerianos (10,03%) e ganeses (8,10%)⁴⁸. No último relatório do CONARE, os três maiores solicitantes passaram a ser Venezuela (53%), Cuba (7%) e Haiti (7%)⁴⁹.

Na sequência das garantias, o artigo 4º, inciso VI, passou a prever, em igualdade com os nacionais, definitivamente, o direito de reunião dos migrantes para fins pacíficos. Contrapondo-se diretamente a proibição constante até então no Estatuto do Estrangeiro, que tinha por precípua finalidade a segurança nacional.

Art. 107. O estrangeiro admitido no território nacional não pode exercer atividade de natureza política, nem se imiscuir, direta ou indiretamente, nos negócios públicos do Brasil, sendo-lhe especialmente vedado: (Renumerado pela Lei nº 6.964, de 09/12/81)

I - organizar, criar ou manter sociedade ou quaisquer entidades de caráter político, ainda que tenham por fim apenas a propaganda ou a difusão, exclusivamente entre compatriotas, de idéias, programas ou normas de ação de partidos políticos do país de origem;

II - exercer ação individual, junto a compatriotas ou não, no sentido de obter, mediante coação ou constrangimento de qualquer natureza, adesão a idéias, programas ou normas de ação de partidos ou facções políticas de qualquer país;

III - organizar desfiles, passeatas, comícios e reuniões de qualquer natureza, ou deles participar, com os fins a que se referem os itens I e II deste artigo⁵⁰.

48 ACNUR, Disponível em <http://www.acnur.org/portugues/recursos/estatisticas/dados-sobre-refugio-no-brasil/>, acesso em 10 de abril de 2019.

49 ACNUR, Disponível em https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/04/refugio-em-numeros_1104.pdf, acesso em 10 de abril de 2019.

50 Lei 6.815/80. Estatuto do Estrangeiro, artigo, 107.

Nas palavras procurador regional dos Direitos do Cidadão da Procuradoria-Geral da República em Minas Gerais, Edmundo Antônio Dias Netto Jr. (2016), tal proibição encontrava-se “incompatível” com a Constituição, que garante em seu artigo 5^o⁵¹ uma série de direitos, dentre a liberdade de associação e o direito de reunião.

Ainda sobre as garantias, a Lei passou a prever expressamente o direito de associação sindical em seu artigo 4^o, inciso VII.

A Constituição, no art. 5^o, XVII, já tratava com igualdade os direitos de brasileiros e de estrangeiros residentes no Brasil em relação à liberdade de manifestação, liberdade sindical e direito de reunião pacífica, embora o Estatuto do Estrangeiro proibisse o exercício de atividades políticas e o Estatuto do Refugiado seja omissivo nesse aspecto. Com isso, chegou ao fim qualquer possível argumento sobre a impossibilidade dos estrangeiros se associarem a sindicatos.

Outro importante avanço pode ser observado no artigo 37 da Lei de Migração, que passou a garantir o direito à reunião familiar expressamente com companheiro, sem distinção de gênero e orientação sexual e sem qualquer ressalva atinente à comprovação de dependência econômica, antes só previsto para aqueles que dependiam economicamente do solicitante de refúgio.

Em que pese o Estatuto do Refugiado tratar-se de lei especial, aplicar-se-à nova lei de Migrações, posto que essa se apresenta de forma mais benéfica ao permitir o direito a reunião familiar ainda que cônjuge, ascendente ou descendente não dependam economicamente do refugiado.

Com relação às medidas de retirada compulsória de migrantes, o art. 46 passou a prever definitivamente a necessidade de observância da Lei 9.474 para a aplicação destas.

Ainda sobre essas medidas, o art. 61 da Lei passou a proibir a expulsão coletiva e desta forma não mais ocorreria no Brasil casos como o dos 450 migrantes venezuelanos⁵² solicitantes de refúgio deportados.

51 Constituição Federal de 1988, artigo 5^o, incisos XVI e XVII.

52 OEA. CIDH expressa preocupação com situação de pessoas migrantes venezuelanas e conclama os Estados da região a implementar medidas para sua proteção. Em 9 de dezembro de 2016, com o objetivo de deportar cerca de 450 pessoas migrantes venezuelanas em situação migratória irregular de Boa Vista, estado de Roraima, os migrantes foram colocadas em ônibus para serem transferidas para a cidade de

Sobre tal fato, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recorda que, de acordo com as normas e padrões internacionais, é obrigação dos Estados identificar dentro das pessoas migrantes aquelas com necessidades especiais de proteção, tais como solicitantes de refúgio e refugiados e que os Estados devem tomar medidas para proibir da expulsão coletiva de estrangeiros.

Outro importante aspecto da lei é a possibilidade de que os migrantes possam emitir documentos de regularização sem o pagamento de taxas desde que estejam entre grupos vulneráveis, conforme art. 133 da lei, como é o caso dos refugiados, ou sejam economicamente hipossuficientes⁵³.

Em que pese à existência de previsão no Estatuto dos Refugiados, nos termos do artigo 47 da Lei 9.474/97, para que os processos de reconhecimento de refúgio sejam gratuitos, é cobrada uma taxa para confecção da Cédula de Identidade de Estrangeiro (CIE).⁵⁴

2.3 ASPECTOS NÃO TRATADOS NA NOVA LEI DE E SUAS IMPLICAÇÕES

A nova Lei de Migração é considerada um grande avanço por todos diante da perspectiva demonstrada anteriormente, no entanto alguns aspectos relevantes à consolidação dos direitos dos migrantes, e mais especificamente dos refugiados, não foram abordados.

Primeiramente, o Anteprojeto de Lei trouxe em seu escopo a criação de uma autarquia especial, a Agência Nacional de Migração, que estaria vinculada à Presidência da República e se caracterizaria pela independência administrativa.

Tal autarquia seria responsável por receber os migrantes, retirando da Polícia Federal atribuição não prevista em suas competências e que com a nova Lei se manteve. Conforme segue:

Santa Elena de Uarién, na fronteira entre Brasil e Venezuela, onde elas seriam entregues às autoridades migratórias da Venezuela. Disponível em <http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2017/006.asp>, acesso em 16 de março de 2019.

53 Op. Cit. artigo 113, parágrafo 3.

54 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Carteira de Identidade do Estrangeiro. Disponível em <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/migracoes/permanencia/carteira-de-identidade-de-estrangeiro>, acesso em 17 de março de 2019.

No cenário mundial, o Brasil desponta como um dos poucos países desprovido de um serviço de migrações, cabendo à Polícia Federal grande parte do processamento dos pedidos de residência e de refúgio, de caráter eminentemente administrativo. É justamente por ter em altíssima conta o trabalho da Polícia Federal, e pela profunda convicção quanto ao caráter essencial de sua missão, que o desvio de função hoje em curso necessita imediata correção. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014)

Nesse sentido, Severo (2015) levanta a questão de que o Brasil poderia ter aproveitado-se da oportunidade para dissociar a autoridade migratória, que ao seu ver deveria ser uma autoridade cível, da autoridade policial da Polícia Federal, revelando-se desta forma, resquícios de uma abordagem criminal das questões migratórias em detrimento da primazia da proteção de direitos humanos.

Além disso, Berner (2017) acrescenta que a ausência de um organismo único dificulta a existência de uma base de informações confiáveis e o desenvolvimento de políticas públicas adequadas a esses grupos.

Contraopondo-se a tal entendimento, Machado (2017) entende que a instituição é absolutamente desnecessária, não simplificando a burocracia hoje existente. Além disso, o sociólogo especula que em governos conservadores, a Agência Nacional de Migrações serviria como uma forma de contenção e não de integração.

Segundo Bichara (2015), o modelo de projeto de criação de uma nova entidade pública competente para atuar nas demandas dos refugiados e apátridas, não constitui necessariamente um progresso, posto que ao grupo dos refugiados já existe o Comitê Nacional para Refugiados – CONARE.

Desta forma, a Polícia Federal permanece como a autoridade migratória que deve-se buscar a fim de regularizar a situação dos migrantes que após realizarem o pedido de solicitação de refúgio, terão seus processos encaminhados ao CONARE, que irá dar prosseguimento as solicitações.

Outro elemento importante abordado no Anteprojeto do Ministério da Justiça é a questão do voto dos migrantes, vez que para dar efetivo cumprimento e ampliação das políticas públicas desse grupo é necessário que estes sejam devidamente representados.

Outra reivindicação social de primeiro plano é a concernente aos direitos políticos dos migrantes. Neste particular, nossa Constituição Ci-

dadã, em 1988, não pôde antever que paulatinamente numerosos Estados, inclusive os europeus, passariam a consagrar o direito de voto dos migrantes, em especial nas eleições relativas aos poderes locais. Porém, a inclusão social dos migrantes só será possível quando a cidadania brasileira foi acessível a todos que aqui vivem e trabalham. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014)

Sabe-se que para que os migrantes tenham direito ao voto é necessária uma emenda constitucional que dê a eles esse direito, visto que na Constituição Federal de 1988 apenas os brasileiros natos e naturalizados o possuem.

Nas palavras de Piovesan (2003), o pleno exercício dos direitos políticos é capaz de implicar no empoderamento⁵⁵ das populações mais vulneráveis, o aumento de sua capacidade de pressão, articulação e mobilidade políticas.

Ainda que haja a necessidade de uma emenda constitucional, o Ministério da Justiça (2014) e sua Comissão de Especialistas, buscou, ao meu ver, da maneira correta, trazer a discussão da questão do voto dos migrantes, requerendo no Anteprojeto que o governo federal envie esforços para que as Propostas de Emenda Constitucional hoje em tramitação consigam, em breve, suprimir tal anacronismo.

Ainda sobre o direito de voto, Berner (2016) destaca que a mesma não garante “a participação política dos migrantes nas próprias decisões que lhes dizem respeito”, perpetuando defasagens da legislação brasileira, sendo essa uma reivindicação histórica dos migrantes no Brasil.

Sobre a entrada no território nacional, a Lei prevê no artigo 39 que os migrantes deverão ficar em área de fiscalização migratória até que seus documentos sejam verificados.

No entanto, ocorre que muitos refugiados chegam ao país sem documentos ou com documentos falsos, o que não os impossibilita de requerer

55 Brasil de Fato. Imigrantes elegem representantes em São Paulo. Sobre o empoderamento pelo direito de voto, em 30 de março de 2014, imigrantes e refugiados participaram, pela primeira vez, de um processo eleitoral oficial no âmbito do poder público, dentro do Conselho Participativo Municipal, programa da gestão do prefeito Fernando Haddad, sendo um marco na luta pelo direito ao voto imigrante no Brasil. Disponível em <https://www.brasildefato.com.br/node/27986/>, acesso em 12 de abril de 2019.

o refúgio⁵⁶, e sem conseguir se comunicar a fim de verbalizar a solicitação do refúgio, fazendo com que permaneçam nesses locais por tempo indeterminado.

De acordo com a ACNUR (2019), em princípio, solicitantes de refúgio não devem ser detidos. Entretanto, muitos solicitantes de refúgio são obrigados a se valer de procedimentos irregulares para escapar de perseguição e alcançar a proteção de outro país, caso em que podem ocorrer períodos de detenção.

Nesse sentido, Severo (2015) ressalta que não há limites às detenções em zonas primárias de fronteira, em portos e aeroportos, em razão da necessidade de fiscalização e eventual regularização migratória, como acontece atualmente na chamada sala do conector⁵⁷ do Aeroporto Internacional de Guarulhos.

Nas palavras Assano e Timo (2017), independentemente de seu status migratório, os migrantes não podem ser sumariamente deportados ou retidos em espaços de privação de liberdade pura e simplesmente por falta de documentação.

Desta forma, a lei perdeu a oportunidade de estabelecer o devido acesso a procedimentos de regularização, e condições mínimas de alojamento condizentes com a dignidade humana, até que seja definida a situação migratória dos estrangeiros inicialmente inadmitidos no país.

56 Lei 9.494 de 1997. Art. 8º O ingresso irregular no território nacional não constitui impedimento para o estrangeiro solicitar refúgio às autoridades competentes.

57 CONECTAS DIREITOS HUMANOS. Migrantes em Guarulhos. O Espaço Conector é uma sala entre o desembarque e a imigração. Ali as pessoas dormem no chão ou em assentos projetados para o trânsito de passageiros, lavam suas roupas nos banheiros e não dispõem de condições apropriadas. A alimentação fica a cargo da empresa aérea que trouxe o passageiro e, como muitos se recusam a dizer em qual voo chegaram – por medo de serem repatriados – acabam ficando sem alguém que se responsabilize por alimentá-los. São pessoas que não apresentam os documentos necessários para entrar no Brasil, suscitam alguma suspeita ou simplesmente não se comunicam o bastante ao chegar para explicar a sua situação. Algumas pessoas afirmaram ter solicitado refúgio logo da chegada ao Brasil, sem obter resposta das autoridades. Disponível em <http://www.conectas.org/pt/acoes/politica-externa/noticia/27625-migrantes-em-guarulhos>, acesso em 10 de abril de 2019.

Um veto que gerou muita discussão entre especialistas é o constante no artigo 118, que concedia autorização de residência aos imigrantes que ingressaram no Brasil até 6 de julho de 2016 e que a requeressem no prazo de 1 (um) ano, independente da situação migratória prévia.

A Presidência da República justificou o veto argumentando que o artigo concederia anistia indiscriminada a todos os imigrantes, independente de sua situação migratória ou de sua condição pessoal⁵⁸.

Segundo Ventura (2017), o artigo 188 foi concebido com o fim de anistiar os migrantes que chegaram ao Brasil sem seus documentos. O veto baseou-se equivocadamente em um entendimento de que tal anistia reduziria a discricionariedade do Estado.

Dessa forma, entende-se a necessidade de documentação como uma forma de controle das pessoas que entram no país das mais variadas formas. Desse modo, segundo Foucault (1987), o indivíduo precisa ser classificado, categorizado e catalogado para, então, ser vigiado, sendo esta uma característica fundamental das administrações modernas.

Assim, os refugiados que chegam ao Brasil de forma irregular podem continuar sendo vítimas de detenções por parte de autoridades.

Sobre os direitos e garantias, ainda que a constituição fale em igualdade entre nacionais e estrangeiros, percebe-se que não se trata de uma igualdade plena visto que o artigo 4º, parágrafos 2º e 3º e o artigo 30, alínea 'd', que previam a possibilidade do imigrante exercer cargo, emprego e função pública, ou entrar no país por conta de aprovação em concurso público, foram vetados.

3. CONCLUSÃO

Apesar dos problemas apontados na Lei de Migração, ela ainda se apresenta como uma das mais garantidoras no mundo em se tratando do Refúgio. O Brasil conseguiu se colocar dentro do paradigma internacional da situação do refúgio.

No entanto, a norma ainda é muito recente e não foram apresentados dados oficiais que representem o quadro pós mudanças, assim, não podemos concluir de fato se a transformação tem ocorrido na prática, ou se ela se mantém apenas no âmbito legislativo.

58 CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13445-24-maio-2017-784925-veto-152813-pl.html>, acesso em 11 de abril de 2019.

REFERÊNCIAS

ACNUR, **Dados sobre o Refúgio no Brasil**. Disponível em <http://www.acnur.org/portugues/recursos/estatisticas/dados-sobre-refugio-no-brasil/>, acesso em 10 de abril de 2019.

_____, **Refúgio em números**. Disponível em https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/04/refugio-em-numeros_1104.pdf, acesso em 10 de abril de 2019.

ASANO, Camila Lissa; TIMO, Pétalla Brandão. **A nova Lei de Migração no Brasil e os direitos humanos**. Disponível em <https://br.boell.org/pt-br/2017/04/17/nova-lei-de-migracao-no-brasil-e-os-direitos-humanos>, acesso em 14 de março de 2019.

BERNER, Vanessa. **Lei brasileira precisa ser atualizada para proteger direitos dos imigrantes**. Disponível em <https://na-coesunidas.org/lei-brasileira-precisa-ser-atualizada-para-protger-direitos-dos-migrantes-destacam-especialistas/>, acesso em 16 de março de 2019.

BICHARA, Jahyr-Philippe. **Anteprojeto de Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil**. 2015. RIL Brasília a.53, n. 209, p. 7-30.

BRASIL, Constituição Federal de 1988.

_____, Lei 9.474/97, Estatuto do Refugiado.

Brasil de Fato. **Imigrantes elegem representantes em São Paulo**. Disponível em <https://www.brasildefato.com.br/node/27986/>, acesso em 12 de abril de 2019.

CARVALHO, André Ramos. **Direitos humanos são eixo central da Lei de Migração**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2017-mai-26/andre-ramos-direitos-humanos-sao-eixo-central-lei-migracao>, acesso em 14 de março de 2019.

CHARLEAUX, João Paulo. **O que diz a lei sobre o direito dos estrangeiros se manifestarem no Brasil**. Disponível em <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/05/17/O-que-diz-a-lei-sobre-o-direito-de-estrangeiros-se-manifestarem-politicamente-no-Brasil>, acesso em 16 de março de 2019.

CARVALHO, Andre Ramos; VENTURA, Deisy; DALLARI, Pedro; REIS, Rossana. **Uma Lei de Migrações para o Brasil**. Disponível em <http://www.ufjf.br/ladem/2014/09/22/uma-lei-de-migracoes-para-o-brasil-artigo-de-andre-de-carvalho-ramos-deisy-ventura-pedro-dallari-e-rossana-reis/>, acesso em 14 de março de 2019.

CASTRO, Josiane Dourado. **Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais**. 2006, p. 76-77.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13445-24-maio-2017-784925-veto-152813-pl.html>, acesso em 11 de abril de 2019.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS. **Migrantes em Guarulhos**. Disponível em <http://www.conectas.org/pt/acoes/politica-externa/noticia/27625-migrantes-em-guarulhos>, acesso em 10 de abril de 2019.

DELFIM, Rodrigo Borges. **Perguntas Sobre a Nova Lei de Migração**. Disponível em <http://migramundo.com/veja-12-perguntas-e-respostas-sobre-a-nova-lei-de-migracao-que-aguarda-sancao-presidencial/>, acesso em 16 de março de 2019.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 1987.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e o Ordenamento Jurídico Brasileiro**, 2007, p. 176.

JUBILUT, Liliana Lyra; MENICUCCI, Silvia. **A Necessidade de Proteção Internacional no Âmbito da Migração**. Revista direito FGV, São Paulo, 6(1) | p. 275-294, 2010.

MACHADO, Igor José de Renó. **A lei e as propostas: como a dife-
rença vem sendo pensada por meio dos imigrantes no Brasil.**

Disponível em <http://www.ufscar.br/~igor/wp-content/uploads/lei.pdf>, acesso em 17 de março de 2019.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Anteprojeto de Lei de Migrações e
Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil**, 2014. Dispo-
nível em <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/10947.pdf>,
acesso em 15 de março de 2019.

_____. Direitos e deveres do Refugiado. Disponível em http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/estrangeiros/2011direitosdeveresrefugio_brasil.pdf, acesso em 16 de março de 2019.

_____. Carteira de Identidade do Estrangeiro. Disponível em <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/migracoes/permanencia/carteira-de-identidade-de-estrangeiro>, acesso em 17 de março de 2019.

OEA. **CIDH expressa preocupação com situação de pessoas mi-
grantes venezuelanas e conclama os Estados da região a im-
plementar medidas para sua proteção.** Disponível em <http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2017/006.asp>, acesso em 16 de março de 2019.

PACIFICO, André Maria Pacheco; MENDONÇA, Renata Lima. **A
proteção sociojurídica dos refugiados no Brasil**, Textos e Con-
textos, 2010, p. 172.

PIOVESAN, Flavia. **Temas de Direitos Humanos**. 2003

SEVERO, Fabiana Galera. **A nova Lei de Migração traz avanços, mas
pode ser aprimorada.** Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/fabiana-severo-lei-migracao-ainda-aprimorada>, acesso em 17 de março de 2019.

VENTURA, Deisy. **Apesar dos vetos, nova Lei de Migração é um
avanço para migrantes no Brasil.** Disponível em <http://portal.aprendiz.uol.com.br/2017/06/02/apesar-de-vetos-nova-lei-da-migracao-e-um-avanco-para-migrantes-brasil/>, acesso em 16 de março de 2019.

_____. **How Brazil progressive migration bill was sabotaged.** Disponível em <http://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2017/06/brazil-progressive-migration-bill-sabotaged-170612113116521.html>, acesso em 11 de abril de 2019.

_____; REIS, Rossana Rocha. **Criação de lei de migrações é dívida histórica no Brasil.** Disponível em <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/divida-historica-uma-lei-de-migracoes-para-o-brasil-9419.html>, acesso em 16 de março de 2019.

A REPRESENTATIVIDADE POLÍTICA COMO ACEPTÃO DA CIDADANIA UNIVERSAL PARA OS REFUGIADOS NO BRASIL

Carla Noura Teixeira

Jéssica Ribeiro Barreto

Jaqueline Ribeiro Barreto

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Segundo o estudo *Global Trends, Forced Displacement em 2016* do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR, 2016), a movimentação forçada de seres humanos atingiu o quantitativo de 65,3 milhões de pessoas. Tal fenômeno é conhecido como a crise dos refugiados, estando mais acentuada a partir do ano de 2011 e cujo acontecimento não é restrito somente à Europa, mas também a vários países que estão sujeitos à acolhida do crescente contingente de refugiados e suscita discussões relativas aos direitos humanos a nível interno e internacional.

Desse modo, urge destacar que o Brasil é um dos países da América Latina que possuem números significativos de recebimento de refugiados, pois recebeu em 2016 e 2017, cerca de 10.308 e 33.865 pedidos de refúgio, respectivamente, segundo o estudo *Refúgio em Números 2010-2016*. Tal fato gera questionamentos acerca dos direitos conferidos pelo ordenamento interno em relação às essas pessoas. Nesse sentido, o Estatuto dos Refugiados (Lei nº 9474/1997) como também outros instrumentos, visam a possibilitar o refugiado a praticar alguns atos da vida civil com

o status de estrangeiro residente, oportunizando-o a reconstruir a sua vida no novo país.

Contudo, mostra-se necessária a reflexão acerca da possibilidade de refugiados terem acesso e voz nas decisões políticas em relação a assuntos que lhes afetam, uma vez que tal grupo não perde a capacidade de auto-determinação política. Além disso, a dificuldade de participar ao debate político pelos refugiados os tornam dependentes de instituições e ONG's e das decisões políticas internas. Assim, vislumbra-se a necessidade de se refletir acerca de uma cidadania de caráter universal, considerando o contexto da globalização de caráter cosmopolita.

Desse modo, pretende-se demonstrar a possibilidade de conferir acesso ao debate e às decisões políticas em relação aos refugiados, à luz de uma cidadania de caráter cosmopolita que possa proporcionar um diálogo construtivo entre a comunidade acolhedora e a pessoa refugiada tendo em vista que a manifestação e a representatividade política são aspectos da cidadania.

Para tanto, a primeira parte do trabalho abordará o conceito de refugiado na ordem jurídica interna e internacional, assim como a condição jurídica desses indivíduos no ordenamento brasileiro, a segunda elencará questões relativas à representação política e, por fim, a terceira parte refletirá no que diz respeito a um possível diálogo político com os refugiados sob a perspectiva de uma cidadania universal. Além disso, utilizar-se-á o conceito de homem como “animal político” de Aristóteles, noções acerca do direito à cidadania civil e política e as disposições dos mecanismos jurídicos internos e internacionais referentes aos direitos dos refugiados. Assim, lançaremos mão do método indutivo, e dos tipos de pesquisa bibliográfica, documental e quantitativa através de dados estatísticos públicos.

2. REFUGIADOS NO BRASIL

O conceito jurídico de refugiado está previsto nos arts. 1º da Lei nº 9.474/1997 e no art. 1º da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, os quais sempre trazem a ideia de um indivíduo que saiu forçosamente de seu país por temer represálias pelas suas opiniões políticas ou para fugir de um cenário de violação grave de direitos humanos. Além disso, o refugiado pode ser apátrida, ou seja, aquele indivíduo que

não possui vínculo de nacionalidade com nenhum país, assim, tem-se a apatridia como uma espécie do gênero da pessoa em situação de refúgio.

A análise de tal conceito na ordem jurídica nacional e internacional é importante tanto para identificar os indivíduos que necessitam de refúgio quanto para definir o papel dos Estados perante esses sujeitos. Nesse sentido,

os conceitos legais da convenção e do protocolo são decisivos para caracterizar as obrigações contratuais ou convencionais dos Estados que são signatários desses instrumentos. (...) Todos os Estados signatários têm, em conformidade com o direito dos tratados, a prerrogativa de exigir que todos os refugiados recebam o que lhes é devido, de acordo com a convenção – isto inclui o conjunto de direitos chamado de proteção contratual. (CASELLA, 2001, p. 20)

Tal obrigação do Estado para com os indivíduos solicitantes de refúgio encontra-se em uma discussão acerca da soberania nacional face ao cumprimento dos Direitos Humanos, e de acordo com Patrícia Magno (2009), tendo em vista que o refugiado, pela sua qualidade de ser humano e pelo agravante de estar fugindo de uma situação de grave violência, pode exigir direitos em um país em que não possui vínculos de nacionalidade ou cidadania. Ainda no que diz respeito ao estabelecimento de obrigações estatais, há uma certa globalização vertical do jus cogens internacional sobre refugiados, segundo Gilmar Mendes (2015).

Além disso, Guido Soares (apud MENDES, 2015) afirma que o ordenamento jurídico internacional sobre refúgio chega a ter um caráter intrusivo na ordem jurídica de um Estado. No entanto, tal interferência mostra-se às vezes necessária tendo em vista a importância de tutelar os direitos humanos fundamentais das pessoas em processo de refúgio.

Destarte, é necessário analisar com um pouco mais de atenção o grupo de recém-chegados, pois apesar de terem origens diferentes, o que realmente buscam é um lugar seguro onde possam viver com dignidade e em segurança. Diante disso, faz-se necessário focalizar a figura do refugiado, não só buscando sistematizar noções gerais a seu respeito, mas também seu status na ordem jurídica brasileira, sem olvidar nos direitos e deveres destinados a essa parcela. Assim, seguiremos a nossa discussão.

A norma jurídica regente acerca do refúgio na ordem brasileira é a Lei nº 9.474/1997, o Decreto nº 50.215, de 28 de janeiro de 1961 e as resoluções do CONARE, as quais detalham e especificam o processo de integração do indivíduo que busca refúgio. Em contrapartida, quanto à figura do estrangeiro, não há dúvidas quanto a sua situação jurídica, pois possui garantias, direitos e obrigações claramente expressos na CF/88 e na Lei nº 13.445/2017 (Nova Lei de Imigração).

Apesar de se caracterizarem como indivíduos não-nacionais, o refugiado e o estrangeiro residente possuem diferenças em seus estatutos jurídicos dentro do território. Destarte, é necessário destacar que o regime jurídico atinente às pessoas refugiadas em relação ao grupo de estrangeiros é equiparado em determinadas situações e, em outras, é diferenciado. Nesse sentido, vale lembrar alguns dispositivos como os arts. 7º da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 (“Ressalvadas as disposições mais favoráveis previstas por esta Convenção, um Estado Contratante concederá aos refugiados o regime que concede aos estrangeiros em geral”) e 2º da Lei nº 13.445/2017 (“Esta Lei não prejudica a aplicação de normas internas e internacionais específicas sobre refugiados[...]), entre outras disposições.

Assim, no que tange à equiparação, o regime de tratamento destinado aos refugiados deve ser o mesmo concedido aos estrangeiros, uma vez que ambos passam por um processo de migração, mas em um caso acontece forçosamente e em outro não o ocorre. Em contrapartida, a desnivelção entre os estatutos jurídicos de ambas as figuras é justificada quando há previsão de normas mais favoráveis para os refugiados.

Não obstante, é necessário destacar o conceito legal de estrangeiro residente de acordo com a nova Lei da Imigração, em seu art. 1º, §1º, inc. II que o imigrante é a “pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil”.

Outra diferença diz respeito ao animus – transitório ou permanente – desses indivíduos (tanto estrangeiros, quanto refugiados) em se estabelecerem no Brasil, uma vez que possivelmente afetará o nível de integração dessas pessoas para com o contexto social, político econômico no nosso país.

Os direitos relativos aos refugiados iniciam com a possibilidade de obter documentos provisórios a partir da solicitação de refúgio, podendo

esses se tornarem definitivos em caso de reconhecimento da condição de refugiado, conforme a Lei nº 9474/1997. Tal prerrogativa visa a proporcionar ao refugiado a participar da vida civil e assim, poder se integrar à comunidade e reconstruir a sua vida no novo país.

Outros importantes direitos dos refugiados enquanto parte da obrigação contratual e convencional, de acordo com Paulo Casella (2001), encontram-se na Lei nº 9.474/1997, a qual estabelece os direitos básicos através de disposições expressas como o direito à não-devolução – ou princípio ao *non-refoulement* – elencado no art. 7º, §1º da referida lei⁵⁹, à não criminalização de entrada irregular conforme ao art. 8º e 10, § 1º e ao acesso a documentos (autorização de residência e CTPS provisórios) de acordo com os arts. 21 e 22 da lei dos refugiados.

Além da tríade mínima de direitos elencada acima, o art. 5º do regime jurídico dos refugiados estabelece aplicação da legislação de imigrantes concernente aos direitos e deveres de não-nacionais para com a ordem jurídica brasileira. Nesse sentido, o rol de direitos assegurados aos estrangeiros migrantes no art. 4º caput e §1º da Lei nº 13.445/2017 é aplicável à situação dos refugiados independentemente da situação de refúgio. Por fim, pode-se inferir a equiparação jurídica entre o refugiado e o imigrante estabelecido, é possível obter o entendimento por analogia da aplicação dos direitos e garantias fundamentais do art. 5º da Constituição Federal de 1988 aos refugiados, uma vez que estes possuem status jurídicos de direitos equiparados aos estrangeiros residentes em determinados aspectos.

Assim, de acordo com o art. 4º da nova Lei de Imigração os refugiados possuem direitos civis, sociais, econômicos e culturais, bem como a possibilidade de reunião pacífica e associação sindical dentre outros. Não obstante, é preciso ressaltar que, mesmo o acesso a esses direitos, esse contingente populacional ainda possui demandas e direitos de natureza política, representados pela necessidade de participar das decisões que lhes afetam. Tal fato ocorre, pois há uma lacuna persistente no que diz respeito ao direito de acesso ao debate político no que tange aos não nacionais, tanto estrangeiros residentes quanto refugiados, o que pode levar a seguinte questão: esses indivíduos, ao saírem de seus países de origem, perdem a

59 É preciso destacar que o direito à não-devolução possui uma ressalva no §2º do art 7º da Lei 9.474/1997, o qual dispõe o *non-refoulement* não pode ser arguido por um solicitante de refúgio que seja considerado perigoso à segurança nacional.

capacidade de posicionamento político? Ou melhor, será que imigrantes e refugiados não possuem demandas políticas?

No entanto, tal discussão deve ser trilhada com cautela, tendo em vista questões como soberania e cidadania que são fundamentos da República Federativa do Brasil, elencados no art. 1º da CF/88. Nesse sentido, um passo foi dado para a abertura da política brasileira com a Proposta de Emenda à Constituição nº 25 de 2012, de autoria do Senador Aloysio Nunes Ferreira, a qual pretende estender o direito de votar e ser votado em eleições municipais aos estrangeiros residentes no país, podendo incluir a classe dos refugiados definitivos.

3. A REPRESENTAÇÃO POLÍTICA COMO PARTICIPAÇÃO NOS PROCESSOS DECISÓRIOS

A representação política é a manifestação dos direitos políticos dos cidadãos de um Estado através dos mecanismos da democracia representativa, modelo de governo adotado no Brasil. Tal categoria de direitos confere ao cidadão brasileiro a prerrogativa de participar em todo o debate e processo da formação da política brasileira.

Para analisar o a possibilidade do diálogo dos refugiados no âmbito político, é necessário, lembrar a estrutura do Estado Moderno. Tal reflexão mostra-se imprescindível para entender a como fenômenos a exemplo da globalização, migrações e o Estado se relacionam na contemporaneidade.

O Estado Moderno, compõe-se de três elementos, quais sejam a população formada geralmente por um grupo étnico-social coeso, o território que constitui o limite físico da jurisdição estatal e o governo fundamentado na soberania o qual consiste no conjunto das funções imprescindíveis à manutenção da ordem jurídica e administração pública (MALUF, 2013).

Outrossim, é preciso destacar que a política enquanto um debate da construção e desenvolvimento de um ente político e a sua respectiva comunidade, diz respeito a um assunto que envolve o conceito de soberania e a cidadania, os quais são os fundamentos da República dispostos no art. 1º da CF/88. Além disso, é necessário destacar o papel da nacionalidade, como o vínculo jurídico entre o povo e a soberania estatal, transformando em uma comunidade de cidadãos aptos a participarem da política de seu Estado (MENDES, 2015).

Em contrapartida, no que tange aos indivíduos não-nacionais, verificamos a ausência de representatividade desses grupos dentro do sistema político brasileiro, uma vez que lhes falta o vínculo de nacionalidade para com o Estado, capaz de adjetivá-los com a cidadania que é a condição para uma pessoa poder integrar o processo político de um país.

A “nacionalidade é um assunto historicamente exclusivo de jurisdição doméstica” (MENDES, 2015, p. 698) e, no caso brasileiro, suas linhas gerais estão elencadas no art. 12 da Lei Maior. Desse modo, distingue-se os brasileiros natos e naturalizados, vigorando o princípio da não discriminação em relação às duas categorias de nacionais, a não ser as ressalvas constitucionais, conforme previsão do §2º do referido dispositivo.

Na Constituição Federal, os critérios de reconhecimento de nacionalidade ordinária correspondem a dois elementos: o jus sanguinis que leva em consideração os laços familiares dos indivíduos, como também o jus solis, que se baseia no fator território como aferição de nacionalidade. No entanto, a Lei Maior também prevê a possibilidade de aquisição de nacionalidade brasileira de modo extraordinário para estrangeiros residentes no país, conforme as disposições constitucionais, adquirindo estes indivíduos o gozo de direitos civis e políticos (MENDES, 2015).

Discussões pormenorizadas acerca das diferenças dos brasileiros natos e naturalizados não constituem o objetivo do presente trabalho, mas sim a relação entre os nacionais brasileiros e os estrangeiros, sejam em sentido estrito, sejam refugiados. Logo, o vínculo jurídico entre o Estado Brasileiro e esses dois grupos não se dá através da nacionalidade, mas sim através de vínculo especiais, os quais são a concessão de visto e de refúgio para o estrangeiro e para o refugiado. Tal particularidade entre os vínculos entre esses três grupos de indivíduos (nacionais, estrangeiros e refugiados) impacta diretamente no acesso à cidadania e, por consequência ao debate político da vida social.

Assim, guiados pelo questionamento de Aristóteles (2010. p. 113), sobre “quem é o cidadão e qual o sentido desse termo”?, segundo o grande filósofo de Estágira, o cidadão é o indivíduo que pode participar das deliberações administrativas de uma cidade (ARISTÓTELES, 2010). Entretanto, de acordo com Jorge Miranda (2011), o instituto da cidadania diz respeito somente ao ser humano, ao passo que o instituto da nacionalidade abrange tanto pessoas como coisas. Nesse contexto, elenca-se a

máxima de Aristóteles (2010), de que o homem possui um caráter político intrínseco à sua tendência natural associativa.

Elenca-se as lições do autor José Murilo de Carvalho (2008), as quais apontam a clássica associação da concepção de cidadania com o exercício dos direitos civis, sociais e políticos. Assim, a medida do usufruto dos referidos direitos e a mensuração do nível de cidadania, verifica-se que apesar de o autor se referir a questão dos não-cidadãos como a ausência de gozo de tais direitos, urge confrontar tal noção com a problemática do presente trabalho.

Desse modo, no que tange aos refugiados e aos estrangeiros, em que pese a previsão na ordem jurídica brasileira da possibilidade de direitos sociais e civis para essa parcela de indivíduos, estes não são dotados de participação política. Isso é devido as disposições do art. 14, § 2º da Constituição Federal de 1988, no qual é expressamente proibido direitos políticos aos estrangeiros, mas que é extensível aos refugiados, uma vez que são indivíduos não nacionais que não possuem cidadania.

Todavia, urge destacar que a crise do Estado-Nação, abordada, ocasionada por diversos fatores gera a redução do poder do Estado afeta a natureza dos antigos direitos, sobretudo dos direitos políticos e sociais (José Carvalho, 2008). Diante disso, verifica-se a mudança de paradigmas quanto a migração internacional, como também mais especificamente os refugiados, em relação ao contexto de relação ao Estado receptor.

4. A IMPORTÂNCIA DE UM DIÁLOGO POLÍTICO COM/ DOS REFUGIADOS SOB A PERSPECTIVA DE UMA CIDADANIA UNIVERSAL.

Segundo Luiz Alberto Rocha (2008), é preciso reconhecer que o fenômeno da globalização acarretou mudanças nas estruturas do Estado contemporâneo, já que tal processo de interconexão entre os países favoreceu uma maior comunicação entre os fatos locais, bem como o capital, a política e a cultura. Assim, a ordem mundial atual enseja a coexistência de variadas realidades culturais, a qual dentro da conjuntura do Direito Internacional do pós-guerra culminou em um conjunto de posturas – a serem seguidas pelos Estados – de tolerância, respeito, convivência e integração face às diversidades entre os vários países do mundo.

Não obstante, o recrudescimento dos Direitos Humanos, agora com características universais, enseja a discussão dos efeitos dessa categoria de direitos nos ordenamentos internos dos países, já que tais direitos resultaram de um movimento geral pelos Estados soberanos na busca por uma integração maior cujo

marco normativo importante dessa doutrina da convergência é a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Com ela foi introduzida a concepção contemporânea de direitos humanos, segundo a qual eles são universais, inerentes à condição de pessoa e não relativos às peculiaridades sociais e culturais de determinada sociedade. Incluem-se em seu elenco não só direitos civis e políticos, mas também direitos sociais, econômicos e culturais, face à característica da indivisibilidade dos direitos humanos (PIOVESAN apud MAGNO, 2009, p. 190).

Tal concepção universalista é resultado, segundo Rossana Reis (2004) de uma mudança de paradigma do sujeito de direito reconhecido pela ordem jurídica internacional, já que esta passa a reconhecer o ser humano *per si*, independentemente de origem ou nacionalidade em detrimento da figura do cidadão nacional. Este processo ocorre devido à conjugação dos fenômenos da globalização e das migrações forçadas, que muito mais que sua conotação social, possui uma grande discussão acerca dos direitos humanos e direitos políticos. Em sentido oposto do reconhecimento de direitos independentes de nacionalidade, é preciso reconhecer que a aplicação de tais prerrogativas, ainda dependem da efetivação por parte dos Estados, sofrendo ainda condicionamentos de políticas migratórias clássicas, tendo em vista a relutância de reconhecer algumas categorias de direitos aos refugiados.

Em relação aos direitos humanos dos refugiados, possuem a prerrogativa de usufruir algumas categorias de direitos civis, sociais e econômicos, mas no tocante aos direitos políticos, refugiados (e estrangeiros) não possuem guarida de atuação por parte das normas vigentes. Isso ocorre porque

as leis do Estado são pensadas e editadas para os membros da comunidade política, tendo em conta as suas experiências e os seus

projetos comuns e os circunstancialismos concretos em que se encontram; só por via diversa, de harmonia com princípios de Direito Internacional ou com outras regras, atingem os estrangeiros, ou seja, os destinatários doutras ordens jurídicas estatais ou os que não são destinatários de nenhuma (apátridas ou apólicas) (MIRANDA, 2011, p. 95).

Entretanto, é preciso refletir sobre quais impactos oriundos da exclusão desse grupo no jogo político, visto que o homem – por ser um indivíduo com tendências naturais associativas – necessita viver integrado à uma comunidade, o que perpassa pela discussão política da construção da vida social entre o indivíduo não-nacional e a sociedade receptora. Não obstante, é preciso ter cautela com tal problemática uma vez que se encontra em uma “encruzilhada entre paradigmas da soberania nacional e dos direitos humanos, sendo o refugiado seu representante, uma vez que da sua condição de ser humano decorrem direitos exigíveis de um Estado do qual não é nacional” (MAGNO, 2009, p. 186).

Outrossim, é importante destacar que

(...) o fato de os estrangeiros [e os refugiados] não participarem nas decisões a respeito de sua própria situação, não terem direitos políticos. De um modo geral, independentemente de quais sejam os direitos acordados aos cidadãos, todas as democracias modernas definem a exclusão sobretudo em relação aos direitos políticos. Estes, definidos por Marshall como “o direito de participar no exercício do poder político, como membro do corpo investido de autoridade política, ou como eleitor dos membros de tal corpo” (Marshall, 1998, p. 94), são componentes fundamentais da idéia de cidadania, de modo que não é possível defini-la excluindo esse aspecto. A participação política é fundamental na definição da nacionalidade/cidadania e vice-versa, (...) (MARSHALL apud REIS, 2004, p. 159).

Assim, é necessário fazer uma releitura do célebre conceito do homem como um animal político de Aristóteles (2010), já que tal concepção é ligada à ideia clássica de cidadão, não abarcando o refugiado e o estrangeiro como integrante da comunidade política. Não obstante, de acordo

com conceito de cidadania universal (MAGNO, 2009) – insurgente nos debates científicos acerca do tema de migrações e refúgio – que acarretaria a prerrogativa de direitos políticos decorrente da natureza do ser humano, estaria condizente com a conjuntura moderna dos direitos humanos universais, assim como a obrigação dos Estados no sentido de integrarem esses indivíduos.

Assim, vale ressaltar que

a partir dessa concepção de direitos humanos, constrói-se o conceito de cidadania universal, aqui entendida como aptidão para exercer direitos. Pode-se afirmar que a universalização dos direitos humanos inovou o tema da cidadania ao reconhecer o homem como sujeito de direitos fundamentais, sem qualquer referência a sua nacionalidade (RAMOS, 2008. p. 733), de modo que existe uma cidadania, vinculada à noção de aptidão para exercer direitos, que é universal (MAGNO, 2009, p. 190).

Nesse sentido, é possível elencar as disposições dos arts. 1º e 2º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, o qual traz em seu cerne um conceito de cidadania universal. Não obstante, é preciso destacar que tal compreensão surge a partir de uma interpretação extensiva e histórica dos referidos dispositivos, tendo em vista a adequação do tratado internacional com o contexto histórico atual das migrações forçadas e a problemática dos direitos humanos universais.

Tal discussão mostra-se relevante, no sentido de que é preciso reconhecer que nos tempos atuais de globalização e migrações forçadas, o homem cada vez mais tem sido percebido em sua essência universal, qual seja a de ser humano independentemente de origem ou nacionalidade. Portanto, verifica-se o surgimento do dever de integração da comunidade receptora para com o refugiado, e essa acolhida deve abarcar diversos âmbitos, qual seja o civil, o social, o econômico e – por que não – o político, resguardadas as devidas proporções de acordo com a ordem jurídica.

Outrossim, Carlos Enrique Ruiz Ferreira (2011) defende que na atual conjuntura internacional que prima pela afirmação dos direitos humanos, enquanto direitos inerentes ao indivíduo, o migrante – e o refugiado – surge como uma figura paradigmática em relação à soberania, uma vez

que possui prerrogativas de exigir demandas de uma ordem jurídica da qual não é nacional. Assim, reflete-se a hipótese de um projeto “universal-cosmopolita” do filósofo Immanuel Kant (apud Ferreira, 2011), que consiga integrar da melhor forma possível o estrangeiro à comunidade receptora.

Destarte, assumir uma posição integradora para com os refugiados na área da cidadania e da representatividade política, levando em consideração que esses indivíduos são capazes de se autodeterminar e se manifestar politicamente, possibilitaria uma contribuição de visões plurais para o debate político. Desse modo, observa-se a possibilidade de um enriquecimento do discurso na construção da vida nas “pólis” modernas.

O conteúdo do conceito de cidadania universal, pode ser aprofundado com a lição de Habermas trabalhada por Carolina Campos Melo (2001, p. 279). Aborda-se a problemática da “integração da diferença de forma não homogeneizante”, para apontar que o respeito à pluralidade é possível desde que a convivência, nos limites territoriais do Estado, ocorra por intermédio do conceito de ‘nação de cidadãos’, em contraposição a uma ‘nação de cultura’ (MAGNO, 2009, p. 190).

Essa integração política faz-se necessária, uma vez que os refugiados possuem direitos civis (direito de identificação pessoal), sociais (direitos trabalhistas, previdenciários e assistenciais) e econômicos através de políticas públicas internas como parte da obrigação estabelecida em tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Entretanto, os refugiados não podem participar ativamente na elaboração dessas políticas. Assim, destaca-se a importância de fomentar reflexões acerca da possibilidade de existência de um diálogo político entre os refugiados e a nação que os acolhe, tendo em vista as diferenças socioculturais devem ser observadas em respeito a essa diversidade.

Assim, reflete-se acerca da possibilidade de atuação dos refugiados no país de acolhida, no que tange à participação no desenvolvimento de políticas públicas. Tendo em vista isso, necessita-se dar voz ativa a esse grupo, não apenas os órgãos como o CONARE e ONGS que trabalham com esse público, mas que haja a tentativa de integração efetiva no sentido de dar capacidade de participação ativa desses indivíduos em órgãos de representação para que sejam ouvidos, integrem comitês (legislativos e de gestão), tenham poder decisório, participação nas discussões sobre projetos de lei.

Neste cenário, elenca-se questionamentos em relação a que tipo de representatividade política pode ser destinada aos refugiados, ou melhor, em que medida essa representatividade pode ser inserida no sistema político brasileiro. Respostas para essas e outras questões ainda devem ser discutidas com bastante cautela, e devem ser construídas com base em um diversificado debate científico. No entanto, urge destacar a necessidade de fomentar reflexões a respeito do assunto, apesar de se mostrar bastante delicado já que traz assuntos atinentes ao direito interno (soberania) e internacional (direitos humanos).

Uma tentativa de integração política de estrangeiros, é a Proposta de Emenda à Constituição nº 25 de 2012, de autoria do Senador Aloysio Nunes Ferreira, no sentido de estender o direito de votar e ser votado em eleições municipais aos estrangeiros residentes no país. Tal possibilidade poderia ser também no sentido de conferir a mesma prerrogativa à classe dos refugiados definitivos, fazendo uma interpretação analógica em relação aos dois indivíduos mencionados, uma vez que ambos são sujeitos não-nacionais.

Segundo o autor da referida PEC, o cenário atual de globalização que traz um intercâmbio de pessoas e valores, não condiz com a concepção clássica de Estado formado por cidadãos nacionais (FERREIRA, 2012). Tal situação pode ser verificada nas “cidades globais”, cujo contingente populacional é composto por seus nativos, mas possui uma considerável parcela da população formada por estrangeiros e – por que não – refugiados, como exemplo, São Paulo no Brasil, Nova York nos Estados Unidos, Tóquio no Japão, etc.

Destarte,

mesmo diante dessa nova realidade, o migrante [refugiado], muitas vezes, não tem condições de exercer seus direitos políticos em seu Estado de origem. Tampouco tem o direito de participar da vida política no Estado em que escolheu viver. No entanto, cabe lembrar que o Estado que recebe os estrangeiros [os refugiados] – incluindo o Brasil – não os isenta do cumprimento de uma série de deveres a que estão sujeitos seus cidadãos, a exemplo do pagamento de impostos (FERREIRA, 2012, p. 6).

Assim, a inclusão do indivíduo não nacional no debate político no Estado acolhedor pode ser a única oportunidade que esse sujeito pode ter de exercer seus direitos políticos e assim vivenciar um maior substrato de liberdades públicas e justiça. Nesse sentido, é imperativo refletir sobre a possibilidade de abertura que a referida proposta pode trazer para estrangeiros e, principalmente, para os refugiados no tocante a reconhecer nesses sujeitos uma cidadania universal. Contudo, essa discussão deve ser travado com cautela e se deve fazer ressalvas no que diz respeito às prerrogativas que somente brasileiros natos podem ter, tais como representar o Estado na carreira diplomática entre outros etc. Vale ressaltar, por fim, que o parecer da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), manifestou-se no sentido da constitucionalidade da PEC nº 25 de 2012, mas ainda há um longo caminho a percorrer.

5. CONCLUSÃO

Por conseguinte, a conjunção dos fenômenos da globalização, conflitos armados e migrações forçadas originou a chamada “crise dos refugiados”, a qual é representada por grandes contingentes de pessoas deslocadas de seus países de origem em contrapartida a necessidade de recepção e integração por parte dos Estados receptores, decorrente da obrigação convencional firmadas por esses em diversos mecanismos jurídicos internos e internacionais.

A grande problemática diz respeito ao nível de integração entre o indivíduo refugiado e a comunidade receptora, principalmente em relação ao reconhecimento de autodeterminação política em relação a esses sujeitos. Tal questionamento é válido no sentido que a construção da vida social perpassa, de algum modo, por relações de cunho político, como formas de legitimação dos direitos civis e sociais, dentre outros.

A concepção de política clássica enquanto a participação da vida social e, sendo o homem um animal sociável, essa característica é intrinsecamente relacionada ao ser humano, atribuindo uma capacidade de autodeterminação política, exercida através de sua cidadania. Contudo, com a ratificação de tratados internacionais e outros mecanismos jurídicos que reconhecem direitos humanos universais e indivisíveis aos indivíduos, é cada vez mais salutar reconhecer uma cidadania de característica univer-

sal, uma vez que a figura do refugiado é uma paradigma que relativiza a soberania, para conferir a possibilidade de acesso ao debate político principalmente no que tange a políticas públicas que afetam esse grupo, como sendo uma forma de realizar a integração desses indivíduos.

A busca de soluções duradouras, uma das medidas indicadas pela ACNUR dentre outras, deve atentar que a “crise dos refugiados” não seja agravada no processo de migração compulsória por também uma crise de representatividade. Se no primeiro momento se busca a preservação da vida, esta deve ser mantida em sua plenitude, no viver físico e espiritual, na possibilidade da recuperação da autonomia da vontade daqueles que se veem na condição de refugiados. Aqui o animal político – que é humano – deve ser reconstruído no país receptor de refugiados, não como categorias normativas, mas como indivíduos, identificáveis em grupos de vulnerabilidade, que devem ter voz, representatividade no processo de tomada de decisões que envolvam seus interesses. Aqui assente a noção de que conspurcado de sua nacionalidade ou condição patrial deve ser reconhecida a cidadania universal e subsequente fruição de seus direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais.

A premissa maior da dignidade humana que subsidiava todo ementário ético humanista pós-Segunda Guerra Mundial, todo corpo normativo de Direito Internacional dos Direitos Humanos se imiscui na ordem jurídica brasileira pós 1988, na consecução de leis internas sobre a matéria, não deve olvidar o imperativo da vontade, a liberdade de manifestação e participação política daqueles que tantos outros direitos já tiveram suprimidos; eis os refugiados no século XXI.

REFERÊNCIAS

ACNUR. Estatuto dos Refugiados de 1951. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf> Acesso em: 15/07/2017.

_____. Declaração de Cartagena de 1984. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf> Acesso em: 20/07/2017.

_____. Protocolo de 1967 – Estatuto dos Refugiados. Disponível em:
<[http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/
Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados.pdf](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Protocolo_de_1967_Relativo_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf)>
>
Acesso em: 20/07/2017.

ALMEIDA, Guilherme Assis de. A Lei nº 9.474/1997 e a definição ampliada de refugiado: breves considerações. In: ARAUJO, Nadia de. O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

ARISTÓTELES. Política – Texto Integral. Tradução Pedro Constantin Tolens. (Coleção A Obra-prima de cada Autor). 5ª ed. São Paulo: ed. Martin Claret: 2010.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição nº 25, de 2012. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/105568>> Acesso em: 15/08/2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/
constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 15/08/2017.

_____. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acesso em: 15/08/2017.

_____. Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm> Acesso em: 15/07/2017.

_____. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.
htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm)> Acesso em: 15/08/2017.

_____. SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA. O refúgio em números – 2010 a 2016. Disponível em: <[http://www.justica.gov.br/noticias/brasil-tem-aumento-de-12-no-numero-de-refugiados-
em-2016/20062017_refugio-em-numeros-2010-2016.pdf/view](http://www.justica.gov.br/noticias/brasil-tem-aumento-de-12-no-numero-de-refugiados-em-2016/20062017_refugio-em-numeros-2010-2016.pdf/view)>
Acesso em: 04/07/2017.

- CARVALHO, José Murilo de, - 1939. **Cidadania no Brasil: o longo caminho** / José Murilo de Carvalho. - 11º ed. - Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.
- CASELLA, Paulo Borba. Refugiados: Conceito e extensão. In: ARAUJO, Nadia de. O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.
- FERREIRA, Carlos Enrique Ruiz. O imigrante como um subversivo prático-político, possibilidade de um “novo mundo” – o projeto universal-cosmopolita dos Direitos Humanos em contraposição à Soberania territorial. *Emancipação*, Ponta Grossa, 11(2): 253-266, 2011. Disponível em: <<http://www.revistas2.uepg.br/index.php/emancipacao>> Acesso em 30/11/2018
- MAGNO, Patrícia. Refugiado, Cidadão Universal: uma análise do direito à identidade pessoal. *Lugar Comum (UFRJ)*, v. 27, p. 185-215, 2009.
- MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado / Sahid Maluf*; atualizador prof. Miguel Alfredo Malufe Neto – 31 ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional / Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco*. – 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015. – (Série IDP)
- MIRANDA, Jorge, 1941 – *Teoria do Estado e da Constituição / Jorge Miranda Ribeiro* – Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- REIS, Rossana Rocha. Soberania, direitos humanos e migrações internacionais. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo - SP, v. 19, p. 149-163, 2004.
- ROCHA, Luiz Alberto G. S. (Luiz Alberto Gurjão Sampaio de Cavalcante), 1976 – *Estado, democracia e globalização/ Luiz Alberto G. S. Rocha* – Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- UNHCR. *Global Trends, Forced Displacement in 2016*. Disponível em <<http://www.unhcr.org/globaltrends2016/>> Acesso em 10/01/18.

CONTEXTOS FRONTEIRIÇOS E ÓPTICA TRANSCONSTITUCIONAL NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR: FORTALECIMENTO DO MERCOSUL SOB À LUZ DOS MOVIMENTOS MIGRATÓRIOS.

Carlos Eduardo Barreto Lopes

1. INTRODUÇÃO. URGÊNCIA E ATUALIDADE DO DEBATE:

Organização intergovernamental de integração e cooperação dos estados, construído nas bases do fenômeno globalizatório, o Mercosul exerce forte contribuição, compreendida em termos econômicos e sociais, no desenvolvimento da região sul-americana, sendo admitida, nessa perspectiva, a progressiva dinâmica comercial e migratória dos países membros. Na medida em que emergem relações fronteiriças entre os trabalhadores das nações pertencentes ao bloco, configuradas pela complexidade da sociedade capitalista, restam questionamentos: o panorama internacional de crise civilizatória encontra acirramento nas disputas por território espacial, exigindo-se análise da (in)existência e da (in)eficácia de legislações protetoras do trabalhador migrante sob à vista dos direitos humanos e fundamentais.

A presente pesquisa respalda seu fundamento em três motivos principais e consequentes entre si: (i) pelo desejo de abordar os crescentes fluxos de deslocamento dos indivíduos, ansiosos, desde os primórdios, pelo objetivo de alcançar melhores condições de vida e perspectivas de futuro⁶⁰; (ii) pela necessidade de superar o foco eurocêntrico dado à temática pela literatura científica, entendendo que os entraves ao crescimento regional são decorrentes das incertezas político-econômicas dos países latino-americanos, são reflexos da memória institucional destes e podem ser derrubados pela integração entre os estados; e (iii) pela percepção de que, contemporaneamente, em função do fortalecimento das ideias liberais e sob a falaciosa justificativa de promover desenvolvimento econômico pleno, há tendência ao desmonte de direitos trabalhistas.

Utilizar-se-á como metodologia o estudo bibliográfico, por meio da exploração das bases de dados disponíveis na Universidade de Brasília, partindo de teorias históricas, geográficas e sociológicas, seguidas de análise legislativa e jurisprudencial.

Nesse sentido, ora suscitado o debate, o problema da presente pesquisa concentrar-se-á em investigar a integração regional promovida pelo Mercosul, por meio da livre circulação de pessoas/trabalhadores entre as fronteiras, e efeitos decorrentes nas múltiplas ordens legislativas e jurídicas do território.

Para tanto, o artigo foi dividido em três tópicos. No primeiro, lato sensu, busca-se discorrer acerca do contexto histórico vivenciado pela América do Sul, tentando enquadrá-lo como causa estrutural das problemáticas presentes, e discutir sobre as redefinições do conceito de fronteira, tendo em vista, particularmente, a fundação do Mercosul, pelo Tratado de Assunção, em 1991. Compreendendo-a como realidade mundial, e utilizando números que confirmam a imprescindibilidade de sua abordagem

60 *A priori*, para melhor compreensão do trabalho, faz-se necessário distinguir os conceitos de *migrante* – sujeitos vulneráveis que fogem da pobreza e da miséria em busca de melhores oportunidades de vida e de trabalho, no objetivo de satisfazer as suas necessidades básicas (alimentação, saúde, educação, cultura, etc.) – e *refugiado* – qualquer pessoa que, “temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas”, fora forçada ao abandono do país de sua nacionalidade. Neste sentido, cf. VENTURA, Deisy; ARAÚJO, Natália. *Infográficos: migração e direitos humanos*. São Paulo: Revista Internacional de Direitos Humanos, v. 12, n. 22, pp. 131-139, 2016.

no cenário brasileiro e dos parceiros limítrofes, o segundo tópico trata da atualidade do fenômeno migratório, em função da globalização e da égide do Estado Democrático de Direito. Por fim, o terceiro tópico objetiva observar a lógica do transconstitucionalismo: a abertura para experiências do “outro”, ao exigir a capacidade de trilhar caminhos de aprendizado recíproco, deve ser ponto crucial de funcionamento das ordens jurídicas; buscar-se-á entender as legislações trabalhistas dos países analisados, como (e se) fornecem proteção ao trabalhador estrangeiro, e de que maneira estas se influenciam mutuamente, admitindo que a integração é a chave de uma prosperidade conjunta.

2. DESENVOLVIMENTO:

2.1. PERSPECTIVAS HISTÓRICAS E INTEGRAÇÃO REGIONAL À LUZ DA FUNDAÇÃO DO MERCOSUL:

O contexto latino-americano, no todo, singulariza-se por ostentar “veias abertas”, na medida em que os fatores de produção e as estruturas de classe da região são, do descobrimento aos primeiros passos contemporâneos, determinados por fora, isto é, pela “incorporação à engrenagem universal do capitalismo”, em atendimento contínuo aos interesses dos poderes imperialistas (GALEANO, 1994). Sob o manto da colonização, observam-se as marcas da dominação interna e da submissão externa, haja vista que a primeira condição ao desenvolvimento das forças hegemônicas reside na espoliação das partes que as sustentam (MARÇAL; FREITAS, 2014).

Nessa acepção, vê-se que ao longo da torturada jornada latino-americana emergem experiências engendradas pelas perspectivas do passado (GALEANO, 1994). A dependência econômica e a persistente síndrome, dicotômica em termos, entre desenvolvimentos financeiro e social estabelecem-se como herança de três séculos de subordinação à Portugal e Espanha (STEIN; STEIN, 1977).

Lahmeyer Lobo (1970), quanto à estrutura social dos países sul-americanos, infere-a como resultante do “subdesenvolvimento” e, portanto, de seu contexto histórico. Nessa conjuntura, a historiadora brasileira elenca problemas essenciais desses aglomerados: (i) a dificuldade de integração da massa de indígenas à sociedade nacional; (ii) a expansão demográfica,

em detrimento da absorção de mão-de-obra na indústria incipiente; (iii) a assimilação cultural da população, majoritariamente rural e analfabeta; e (iii) o êxodo rural, promotor de marginalização da população.

Em sentido complementar, nota-se que parte dos países da América do Sul (Argentina, Brasil, Chile, Paraguai, Uruguai e Venezuela, destacadamente) enfrenta problemas similares no processo de retorno e efetivação do constitucionalismo de status democrático, após sucessivas configurações de regimes repressivos, com influência demarcada das potências políticas do “norte” (VERONESE, 2011). Não obstante o estabelecimento de governos independentes, republicanos e populares, a noção de Estado de Direito, concentrada nas ideias de cidadania, participação e pluralidade, enfrenta prognósticos de crise, por meio da constatação da ineficácia dos compromissos sociais e da ascensão de ideais autoritários (MURTA; VIANA, 2017).

Ainda, noutra digressão histórica, é relevante admitir que a raiz dos movimentos de solidariedade continental, na América Indoespanhola, floresce das lutas pela independência, haja vista que essas foram responsáveis pelo massacre de populações inteiras, pela consolidação de mártires indígenas e, sobretudo, pelo firmamento de líderes militares. Atribuiu-se, dessa maneira, caráter cívico ao imaginário das batalhas contra as metrópoles e, por meio da conformação com ideais e manifestações de esperança, qualidade solidária e inter-relacional à fundação das nações, sob a denominação de cultura pan-americana⁶¹ (QUINTÃO, 2010). Nessa perspectiva, o processo de formação do Mercado Comum do Sul, embora somente formalizado em 1991, através da assinatura do Tratado de Assunção, decorre de processos extensos e intensos de construção de identidades recíprocas, bem como da percepção dos sucessos logrados pela União Europeia e pela política árabe de unificação (BAUMANN, 2001).

Desse modo, os objetivos do Mercosul, diretamente relacionados ao desenvolvimento do capitalismo globalizado, traduzem-se das premissas

61 O cenário ilustrado remonta, fortemente, à publicação da *Carta de Jamaica*, por Simón Bolívar, em 1875. A supracitada conclama os povos da região, que antes pertencia ao comando do Império Espanhol, para se engajarem contra o domínio europeu e para formação da grande confederação hispano-americana. Cf. MELLO, Arnaldo Vieira de. *Bolívar, o Brasil e os nossos vizinhos do prata: da questão de chiquitos à guerra da cisplatina*. Rio de Janeiro: Olímpica, 1963. 308 p.

do processo de integração regional, ao buscar promover, principalmente, a inserção competitiva dos quatro⁶² países membros – Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai – no cenário internacional. O bloco supracitado caracteriza-se, em suma, pela livre circulação de bens, serviços e fatores de produção entre os estados partes, pelo estabelecimento de tarifas e políticas comerciais comuns em relação aos terceiros e pela coordenação de posições convergentes em foros internacionais (BAUMANN, 2001). Ao contrário da União Europeia, disposta em instâncias supranacionais de poder, o Mercosul estrutura-se de maneira intergovernamental – as pautas devem passar por deliberação interna em cada país – e é, institucionalmente, comandado pelo Conselho do Mercado Comum, órgão superior e responsável pela condução política do acordo (FARIA, 1993),

Para além da dinâmica econômica, contudo, a cooperação dos países sul-americanos pode (e deve) ser observada pela óptica social, no momento em que, pelo ponto de vista cultural, a rede institucional vê-se (re)imaginada: preliminarmente, faz-se necessário o reencontro da região consigo mesma, por meio da pressuposição de suas particularidades e do desmascaramento do eurocentrismo na filosofia e na história (MARÇAL; FREITAS, 2014). Infere-se, assim, que parte do fenômeno globalizatório reside no intercâmbio de experiências políticas e intelectuais, através do compartilhamento de valores, identidades e noções de cidadania (FUNAG, 1997). Nesses termos, as margens do desenvolvimento econômico e social perpassam pela democratização das oportunidades (BRAGA MARTES; SPRANDEL, 2008).

2.2. (RE) DEFINIÇÃO DOS CONCEITOS DE FRONTEIRA E MIGRAÇÃO:

Embora os processos de integração regional, em sua área de influência, objetivem derrubar as barreiras do comércio e da cultura, a intensidade e a força do conceito de fronteira, ao tratar de fenômenos migratórios, per-

62 Em 31 de julho de 2012, a República Bolivariana da Venezuela foi incorporada como quinto membro do Mercosul. Contudo, hoje, em virtude do descumprimento de obrigações assumidas na data de ingresso e da ruptura da sua ordem democrática, o país encontra-se suspenso do bloco. Além das nações mencionadas, a instituição conta com cinco associados: Bolívia, Chile, Colômbia, Equador e Peru.

siste equânime. Nessa diapasão, Zygmunt Bauman (1999, p. 102) infere que a livre circulação de dinheiro andaria de mãos dadas com as pressões, estatal e social, para “cavar fossos e erigir muralhas” contra o movimento daqueles que, em consequência dos efeitos nocivos do capitalismo ocidental, “perdem, física ou espiritualmente, suas raízes”. Dessa maneira, a mobilidade agiria como agente promotor de distinção, na medida em que as estruturas de poder adquiririam, crescentemente, polarização. Entre os “de cima” e os “de baixo”, ilustrações das possibilidades de deslocamento no espaço global, figurariam fortes fatores de estratificação – hipótese que, ao serem analisadas as condições de vida e os direitos dos migrantes na América Latina, será posta em pauta.

Ainda que pesem as várias definições possíveis do termo – presentes, na literatura científica, nas obras de Camille Vallaux, Jacques Ancel, Charles Visscher, Lord Courzon e Whittemore Boggs⁶³, por exemplo –, o conceito de fronteira utilizado neste artigo remete, fortemente, ao de Michel Foucher. Em sentido amplo e atual, o geógrafo supracitado define os limites territoriais como estruturas espaciais elementares, com funções de descontinuidade geopolítica e de delimitação de marcos, em três vertentes principais: (i) da realidade, correspondente ao âmbito de exercício de soberania; (ii) do simbolismo, em conotação ao sentimento de pertencimento à comunidade política/cultural inscrita em território determinado; e (iii) do imaginário, circunscrito aos relacionamentos com o outro – vizinhos, amigos ou inimigos – e, portanto, consigo mesmo (FOUCHER apud MENEGOTTO, 2004).

As práticas migratórias, por sua vez, no sentido da construção de trabalhadores móveis, são originadas do nomadismo dos primeiros caçadores e coletores. Admite-se que a preliminar razão para o deslocamento deles – a regência das lógicas da maximização e da otimização – seria comum com “hoje, ontem e anteontem” (HEIDEMANN; SILVA, 2007). Hodiernamente, em particular, a receita econômica geral, de teor liberal, sugere a aliança dicotômica – ressalvada a dimensão negativa da liberdade do trabalhador que, em termos marxistas, seria subordinado ao capital e proprietário somente da sua mão-de-obra, em exemplo da estratificação mencionada por Bauman – das firmas e das empresas, detentoras de poder

63 Para mais informações sobre, cf. MARTIN, André Roberto. *Fronteiras e nações*. São Paulo: Contexto, 1998.

financeiro e expectantes do maior lucro, e dos trabalhadores, titulares da força humana e do desejo de ascender socialmente (CARDOSO MARQUES, 2003).

Na mesma ideia, em síntese, a fenomenologia das migrações contemporâneas revela que, em 2015, as motivações laborais influenciaram, aproximadamente, 64% da população migrante em contexto universal – cerca de 155 dos 243 milhões totais. Destes, cerca de 28% estão concentrados no continente americano – contudo, ainda que haja volumosa onda de imigrantes em sentido sul-sul, “apenas” 3% estão na América Latina e no Caribe, já que, ao mesmo tempo em que há emergente aquecimento econômico na região e a presença de políticas xenófobas⁶⁴ nos países do norte, a preferência é por países que, tradicionalmente, entram na categoria do “pleno desenvolvimento” (IOM, 2018).

Nos países de destino, os imigrantes – com seus distintos níveis de competência e formação – contribuem, substancialmente, para o desenvolvimento e para a produtividade. Os trabalhadores com relativas qualificações atendem à procura das indústrias de alta tecnologia e de força competitiva. Simultaneamente, os estrangeiros com poucas habilitações ocupam os cargos que, normalmente, são evitados pelos empregados nativos, embora sejam essenciais para setores importantes da economia – agricultura, construção civil e hotelaria, por exemplo. Além do mais, no contexto mundial de inversão da pirâmide etária, a imigração rejuvenesce a força laboral e contribui para manter os regimes de segurança e de assistência social.

Todavia, entre a utopia imaginada, há, recorrentemente, não reconhecimento da mão-de-obra estrangeira, em função das necessidades dos nacionais no mercado de trabalho. Neste sentido, são impostos obstáculos à admissão dos migrantes, contribuindo para o aumento exponencial das situações irregulares, para a informalidade e para condução de graves abusos e diferentes formas de exploração – na margem das legislações trabalhistas (OIT, 2009). Configuram-se relações de subcidadania, na medida em que generalizam-se as relações em que os indivíduos não dispõem

64 Para mais informações sobre a “normalização” da xenofobia nos discursos políticos europeu e norte-americano, através da ascensão do nacionalismo, cf. DELANTY, Gerard; WODAK, Ruth; JONES, Paul. *Identity, belonging and migration*. Liverpool: University Press, 2008.

de acesso aos benefícios do ordenamento jurídico, mas são dependentes das prescrições impositivas e dos efeitos restritivos de liberdade (NEVES, 1995). Exemplificando a situação de vulnerabilidade, em narração do jornal *Gazeta do Povo*, observa-se o caso da tríplice fronteira – Brasil, Argentina e Paraguai:

O trabalho ilegal bateu à porta da fronteira com o aquecimento da economia. Enquanto moradores de Foz do Iguaçu cruzam a Ponte da Amizade, que liga Brasil e Paraguai, para atuar no comércio de importados de Ciudad del Este, os paraguaios fazem o caminho inverso e passam a ocupar postos rejeitados pelos brasileiros. “O trabalho pesado é o que mais absorve a mão de obra estrangeira na região de Foz do Iguaçu. Os trabalhadores, em especial, paraguaios, encontram com facilidade empregos de pedreiros, domésticas, carregadores e ajudantes em carvoarias. No entanto, as irregularidades são constantes porque para atuar no Brasil os estrangeiros precisam trabalhar com a carteira assinada, como qualquer cidadão nascido no país, condição que não é respeitada. Os baixos salários pagos, em relação ao mercado, e a falta de mão de obra local, são os fatores que incentivam as contratações irregulares (GAZETA DO POVO, 2013).

Dessarte, pela construção de vínculos, redes e políticas de integração na América do Sul, faz-se necessário ir além do tratado econômico, preocupando-se com as demandas advindas da inclusão e das interconexões: educação, saúde, alimentação, moradia, segurança e, em especial, trabalho e previdência social (BRAGA MARTES; SPRANDEL, 2008).

2.3. TRABALHO MIGRANTE E PROBLEMAS TRANSNACIONAIS:

A Organização Internacional do Trabalho, precursora de papéis desempenhados pela ONU, foi fundada pela Conferência da Paz após a Primeira Guerra Mundial, tendo sua constituição convertida na Parte XIII do Tratado de Versalhes. Sua finalidade está expressa na busca pela justiça social e por ambientes justos e dignos de trabalho. No uso de suas atribuições, o órgão atua, desde 1919, na defesa dos direitos fundamentais dos

trabalhadores migrantes e de suas famílias. As Convenções nº 97 (1949) e nº 143 (1975), bem como o Quadro Multilateral da OIT sobre migração laboral, proporcionam enquadramentos jurídicos, princípios, orientações e boas práticas para a formulação e implementação de políticas de migração (CASTILHO, 2017). No Brasil, especialmente, a primeira convenção mencionada foi sancionada pelo decreto legislativo nº 20, de 1965, ficando prevista, assim, a obrigação governamental de manter serviços gratuitos de auxílio e promoção de informação aos trabalhadores migrantes; a segunda, relativa à migração em condições abusivas e à promoção de igualdade de oportunidades e de tratamento, foi rejeitada por meio do decreto legislativo nº 86, de 1989. Ademais, nesse ângulo, a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, adotada pela ONU na resolução nº 45/158, de 1990, jamais foi assinada e ratificada pelo congresso brasileiro, embora constitua, em âmbito global, o instrumento legal mais avançado para tratar destes assuntos (CARNEIRO; ROCHA, 2016).

No contexto sul-americano, o Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercosul, assinado por ocasião da XXIII Reunião do Conselho do Mercado Comum, nos dias 5 e 6 de dezembro de 2002, representa o mecanismo jurídico próprio do bloco para regulamentação dos migrantes, derrubando maiores entraves burocráticos para tal. Visando fortalecer os laços que unem a comunidade regional, o instrumento foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro por meio do decreto nº 6.964/2009, sendo que seu nono artigo prevê a igualdade de direitos civis, a reunião familiar, a transferência de recursos ao país de origem, o compromisso em matéria previdenciária e, principalmente, a igualdade de tratamento com os nacionais. Quanto à questão trabalhista, prescreve organismos de detecção e sanção para aqueles que empreguem, ilegalmente e em condições de exploração, imigrantes (LUNARDI, 2015).

A Constituição Federal brasileira adota como fundamentos da República o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana, os quais exigem, para a sua efetivação, a observância do direito fundamental à igualdade. Este, por sua vez, deve ser estendido aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, sem distinção de qualquer natureza, salvo as limitações expressas no próprio documento (BRASIL, 1988). A Carta Magna da Argentina, por sua vez, datada de 1853 e reformada, pela úl-

tima vez, em 1994, prevê, expressamente, que os estrangeiros gozam de todos os direitos civis do cidadão e podem “exercer sua indústria, comércio e profissão” (ARGENTINA, 1994). No Uruguai, de forma menos explícita, prevê-se que a entrada de todas as pessoas no território da nação, bem como a permanência e a saída destes, observadas as leis e ressalvados danos de terceiros, é livre (URUGUAI, 1967). A norma fundamental do Paraguai, por outro lado, limita-se a afirmar que as migrações serão reguladas por lei específica (PARAGUAI, 1992). É notório observar que todos os países mencionados enfrentaram, em termos de Gargarella (2014), a segunda onda de reformas constitucionais da América Latina: resultantes da instauração de regime militares e da adoção de medidas neoliberais, são respostas à necessidade de reconstrução dos abalados sistemas jurídicos.

Noutra via, nota-se que o exercício de atividade remunerada por estrangeiro, no território brasileiro, somente é permitido aos devidamente registrados, mediante o recebimento da Carteira de Identidade do Estrangeiro, sempre em consonância com as normas especiais fixadas pelo Conselho Nacional de Imigração – arts. 359 da CLT e 4º, 5º, 15, 30, 48, 97 e seguintes do Estatuto do Estrangeiro (9ª REGIÃO, 2018). Contudo, entende-se que essa circunstância não impede a caracterização do vínculo para a incidência protetiva dos direitos trabalhistas fundamentais, sendo vasta a jurisprudência no sentido de provê-los, ainda que pesem as irregularidades administrativas:

VÍNCULO DE EMPREGO. CARACTERIZAÇÃO. PERÍODO DE 13.01.1998 A 17.02.2000. ESTRANGEIRO SEM VISTO DE PERMANÊNCIA. O valor social do trabalho foi erigido à condição de fundamento da República, constitucionalmente responsável por “assegurar a todos existência digna” (CF, art. 170, caput), a qual demanda, para a sua concretização, a realização do direito fundamental à igualdade (CF, art. 5º, caput). Tal direito, por sua vez, estende-se a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País, “sem distinção de qualquer natureza”, ressalvadas as restrições previstas na própria Carta Magna. A garantia de inviolabilidade do aludido direito independe, portanto, da situação migratória do estrangeiro. A regra, pois, é, na lição de José Afonso da Silva, que estes estrangeiros residentes no País “gozem dos mesmos

direitos e tenham os mesmos deveres dos brasileiros”, sendo certo que o referido art. 5º não limita, de outro lado, o gozo dos direitos sociais apenas aos brasileiros, tanto que prevê, no art. 7º da Lei Fundamental, os “direitos dos trabalhadores, que são extensivos a todos, urbanos e rurais, sem restrições” (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 32ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 2009, p. 335 e 339). Por força, pois, dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, faz jus o autor aos direitos sociais (CF, art. 7º) – que encontram no direito ao trabalho sua fonte de existência – e, conseqüentemente, ao reconhecimento da relação de emprego, pois configurados os elementos fático-jurídicos indispensáveis à sua caracterização. Respalda a tese adotada a promulgação, pelo Decreto nº 6.964/2009 (DOU de 08.10.2009), do “Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul - MERCOSUL”, que conferiu aos cidadãos dos Estados Partes do Bloco igualdade na aplicação da legislação trabalhista, independentemente da regularidade da situação migratória. Precedente da 6ª Turma.” (TST, 3ª T., RR 29300-72.2005.5.08.0005, Rel.ª Min.ª ROSA MARIA WEBER, v.u., j. 26/05/2010, DEJT 11/06/2010).

A problemática maior reside quando, ao se aproveitar da situação de ilegalidade da mão-de-obra, empresas inserem esses trabalhadores em condições análogas à de escravos. Em famosa ação civil pública, a rede varejista “Lojas Pernambucanas” foi condenada ao pagamento de R\$ 2,5 milhões de reais por esse crime. Os imigrantes, vindos do Peru, da Bolívia e do Paraguai, cumpriam jornadas de trabalho exaustivas, com carga superior à 14 horas diárias, em oficinas sem higiene e segurança – mesmo local em que moravam. Recebiam remuneração de R\$ 0,20 a R\$ 0,50 por peça costurada, valores que eram descontados da alimentação e do transporte do país de origem até o Brasil, e as atividades eram exercidas sem nenhum tipo de registro ou qualquer formalização de contrato (TÂMAR, 2016).

As demais nações enfrentam problemas extremamente similares. A Argentina, especialmente, estabelece-se como destino preferencial dos fluxos migratórios da América Latina, haja vista que está inserida numa zona de

intersecção entre o Mercosul e a Comunidade Andina de Nações⁶⁵, as duas principais organizações sub-regionais. O país abriga grande coletividade de bolivianos, chilenos, paraguaios, peruanos e uruguaios, muito em vista do seu (teórico) caráter receptivo, inscrito, historicamente, no ordenamento jurídico (MENDES, 2016). O Paraguai, por sua vez, singulariza-se pelo contingente elevado de migrantes brasileiros – história que, em muito, antecede as políticas de integração gestadas pelo cenário do Mercosul. Trata-se de amplo movimento de famílias brasileiras para a fronteira leste do Paraguai, iniciado nas décadas de 1950 e 1960 e intensificado no contexto da construção da Usina de Itaipu, na década de 1970. Terras baratas, impostos menores, facilidades de empréstimo às instituições financeiras e legislações fracas, como observado na análise da Constituição, levaram à formação de uma massa de 81.592 “brasiguaios”, conforme o censo paraguaio de 2002, que fomentam luta pela construção e efetivação de seus direitos civis, políticos e sociais (ALBUQUERQUE, 2015).

Apesar de preverem, as nações sul-americanas não conseguem prover a segurança necessária aos migrantes – configurando, com a distância entre os campos da vigência social e da ordem jurídica, legislação simbólica (WERNECK, 1996), muito em função da descentralização da pauta, da não assinatura de acordos que visam protegê-la e da preponderância de discursos simples e conflitantes entre si. Nessa conjuntura, os fenômenos migratórios são exemplos da escala mundial de problemas com que a reduzida capacidade técnica e política dos estados – em circunstâncias de enfraquecimento da legitimidade de instituições e de desadaptação crescente do sistema às demandas dos cidadãos, admitida a complexidade das relações entre os atores envolvidos no processo de globalização (COMMAILE, 2007) – precisa lidar. As temáticas constitucionais não mais se restringem aos limites geográficos, haja vista que, crescentemente, acordos internacionais abordam novas pautas e trazem diferentes instân-

65 Embora não possua relevância global, a Comunidade Andina é o processo integracionista mais antigo da América do Sul, sendo fundada no ano de 1969. Após sucessivas alterações, é composta, atualmente, por Bolívia, Equador, Peru e Colômbia. Para mais informações sobre o estado institucional e político do processo de integração andino, cf. BRESSAN, Regiana; LUCIANO, Bruno Theodoro. *A comunidade andina no século XXI: entre bolivarianos e a aliança do pacífico*. São Paulo: Sociologia Política, v. 26, n. 65, pp. 62-80, 2018.

cias de jurisdição para a proteção das liberdades individuais (ZAIDAN DE CARVALHO, 2014).

Ainda que o Mercosul não institua órgãos supranacionais de julgamento, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tenta – embora sem repercussão na temática – cumprir boa parte deste papel na América Latina – Gongora-Mera (2013) afirma, nesse sentido, que, desde a década de 1990, os tribunais constitucionais dos países membros do sistema, sob incidência direta da CIDH, incorporaram padrões normativos da corte em suas decisões, expondo dinâmicas transnacionais e tendências jurisprudenciais em situações de pluralismo constitucional. Nesse enquadramento, infere-se que, através da cooperação e do diálogo entre as ordens jurídicas envolvidas, imersas num processo de aprendizado recíproco, é possível encontrar trilhos mais apropriados para caminhar à solução dos problemas transfronteiriços, considerando as múltiplas realidades: “o transconstitucionalismo implica o reconhecimento dos limites da observação de uma determinada ordem, que admite a alternativa: o ponto cego, o outro pode ver” (NEVES, 2009, p. 298).

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Ainda que os termos do Tratado de Assunção, produtos da globalização financeira, possam colocar o tratamento da política social em momento posterior, enfocando, em primeiro plano, o desenvolvimento das estruturas produtiva e concorrencial dos países signatários, o presente panorama exige evolução ao intercâmbio fundamentando na sociabilidade – ampla, duradoura, totalizante e fundadora do convívio baseado na compreensão e na tolerância. A noção de fronteira, perpassada pela teoria tradicional de separação de territórios excludentes, deve ser compreendida pela via da integração entre vizinhos geográficos, históricos e culturais.

Nessa via, sob a vocalizada pressão de organizações supranacionais e de movimentos sociais, no fito de buscar soluções para as problemáticas advindas da migração entre países fronteiriços e, especialmente, fixar medidas que equalizem regras de trabalho, previdência e acesso de direitos sociais, arcabouços legais e ações multilaterais foram adotados nos últimos anos – embora, comumente, países, no exemplo do Brasil, recusem aderência e prejudiquem a ordem comunitária. Diante desse cenário, a

ausência de organização prática, no que tange à adoção de diretrizes domésticas comuns aos acordos regionais, bem como a crescente descentralização em relação à pauta, são limites a serem superados – os aparatos legais instituídos pelo Mercosul enfrentam restrições à sua efetiva aplicação, em decorrência de políticas públicas heterogêneas e desconexas, por vezes contrárias, com a efetivação e expansão de direitos dos estrangeiros.

Da vista judicial, com perspectivas voltadas à construção do futuro, múltiplos caminhos e alternativas são, prospectivamente, passíveis de assimilação. A complexidade da sociedade moderna exige que os operadores do Direito, pela constatação da necessidade de redefinição das diversas teorias e ramos disciplinares da estrita dogmática, voltem-se para as demandas da sociedade global e caminhem, nos passos da teoria transconstitucional de Marcelo Neves, ao aprendizado recíproco – aprender e ensinar, simultaneamente. Legitimando a metodologia crítica e opondo-se aos “que afirmam a autonomia absoluta da forma jurídica em relação ao mundo social e os que concebem o direito como um reflexo ou utensílio ao serviço dos dominantes” (MADEIRA; ENGELMANN, 2013), trata-se de encontrar métodos que considerem a dupla contingência e a capacidade de autolimitação. Na era da barbárie, do ódio e da intolerância, a inclusão de todo e qualquer homem, em toda e qualquer ordem que ele esteja situado, faz-se imprescindível.

No cenário apontado, sobretudo, a união dos povos sul-americanos estabelece-se como parte fundamental e consolidante dos processos de convívio e inclusão regional, sendo enquadrada, historicamente, pela superação – em teoria, ao menos – do paternalismo de viés colonialista e imperialista. A perspectiva de fortalecimento do Mercosul, sob à luz dos fenômenos migratórios, deve ser compreendida, contemporaneamente, pelo engrandecimento e pela convergência de seus objetivos: o bloco deve deixar de configurar meros esquemas das ordens econômica e comercial – sendo, de fato, poderosa alavanca para o aperfeiçoamento das estruturas produtivas no âmbito empresarial, das condições de concorrência no nível macroeconômico e do grau de bem estar do consumidor final –, para embarcar na permanente construção e mutação da estrutura social, consagrando uma organização que firma sua missão na objetiva mudança de vida dos cidadãos envolvidos. Conforme sublinha Bourdieu (1997, p. 735), enfim, “é preciso atravessar a tela das projeções geralmente absurdas,

às vezes odiosas, atrás das quais o mal-estar ou o sofrimento se escondem tanto quanto se expressam”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

9ª REGIÃO, Tribunal Regional do Trabalho (org.). Trabalho e Imigração. Curitiba: Revista Eletrônica, vº 7, n. 68, 2018.

ALBUQUERQUE, José Lindomar. Migração, circulação e cidadania em território fronteiriço: os brasiguaios na fronteira entre o Paraguai e o Brasil. São Paulo: Unifesp, TOMO, nº 26, 2015.

ARGENTINA. Constitución de La Nación Argentina (1994). Disponível em: <<https://www.constitution.org/cons/argentin.htm>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

BAUMAN, Zygmunt. Globalização: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BAUMANN, Renato (org.). Mercosul: avanços e desafios da integração. Brasília: IPEA/CEPAL, 2001.

BOURDIEU, Pierre. A miséria do mundo. Petrópolis: Vozes, 1997.

BRAGA MARTES, Ana Cristina; SPRANDEL, Márcia Anita (orgs.). O Mercosul e as migrações: os movimentos nas fronteiras e a construção de políticas públicas regionais de integração. Brasília: Ministério do Trabalho e Emprego, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 nov. 2018.

BRESSAN, Regiana; LUCIANO, Bruno Theodoro. A comunidade andina no século XXI: entre bolivarianos e a aliança do pacífico. São Paulo: Revista Sociologia Política, v. 26, n. 65, pp. 62-80, 2018.

CARDOSO MARQUES, José Alexandre. Imagens de uma realidade que não se escreve: braços e mãos para alugar. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

- CARNEIRO, Patrícia; ROCHA, Júlio. Migração e fronteira: a espera da ratificação da “Convenção internacional sobre a proteção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias”. Rio Branco: Anais do Simpósio Linguagens e Identidades da/na Amazônia Sul-Occidental, 2016.
- CASTILHO, Ricardo. Direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2017.
- COMMAILE, Jacques. La justice entre détraditionnalisation, néolibéralisme et democratization: vers une théorie de sociologie politique de la justice. In: COMMAILE, Jacques; KALUSZYNCKI, Martine (dirs.). La fonction politique de la justice. Paris: La Découverte, 2007. p. 295-321.
- DELANTY, Gerard; WODAK, Ruth; JONES, Paul. Identity, belonging and migration. Liverpool: University Press, 2008.
- FARIA, José Ângelo Estrella. O Mercosul: princípios, finalidades e alcance do Tratado de Assunção. Brasília: MRE/SGIE/NAT, 1993.
- FUNAG (org.). O Mercosul e a integração sul-americana: mais do que a economia, encontro de culturas. Brasília: FUNAG, 1997.
- GALEANO, Eduardo. As veias abertas da América Latina. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994.
- GARGARELLA, Roberto. Constitucionalismo latino-americano: a necessidade prioritária de uma reforma política. In: IPDMS (org.). Constituinte exclusiva: um outro sistema político é possível, pp. 9-19, 2014.
- GAZETA DO POVO. “Economia em alta aumenta trabalho ilegal na fronteira”. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/economia/economia-em-alta-aumenta-trabalho-ilegal-na-fronteira-3927jldmlai7j37yqbj92pn2/>>. Acesso em: 15/11/2018.
- GONGORA-MERA, Manuel Eduardo. Judicialização da discriminação estrutural contra povos indígenas e afrodescendentes na América Latina: conceptualização e tipologia de um diálogo interamericano. Rio de Janeiro: Quaestio Iuris, v. 8, nº 2, pp. 826-858, 2015.

- HEIDEMANN, Heinz Dieter. SILVA, Sidney Antônio da Silva (orgs.). Migração: nação, lugar e dinâmicas territoriais. São Paulo: Humanitas, 2007.
- IANNI, Octávio. Teorias da globalização. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.
- IOM. World Migration Report (2018). Disponível em: <https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2018_en.pdf>. Acesso em: 13/11/2018.
- LAHMEYER LOBO, Eulália Maria. América Latina contemporânea. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970.
- LUNARDI, Thamyras Mendes. O acordo para residência de nacionais de estados partes do Mercado Comum do Sul, Bolívia e Chile de 2009: política migratória e integração regional. Porto Alegre: Anais do 1º Seminário Internacional de Ciência Política, 2015.
- MADEIRA, Lígia Mori; ENGELMANN, Fabiano. Estudos sociojurídicos: apontamentos sobre teorias e temáticas de pesquisa em sociologia jurídica no Brasil. Porto Alegre: Sociologias, n. 32, pp. 182-209, 2013.
- MARÇAL, Júlia Dambrós; FREITAS, Riva Sobrado de. O transconstitucionalismo no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a necessidade de (re)pensar a América Latina. Piracicaba: Cadernos de Direito, 2014.
- MARTIN, André Roberto. Fronteiras e nações. São Paulo: Contexto, 1998.
- MELLO, Arnaldo Vieira de. Bolívar, o Brasil e os nossos vizinhos do praça: da questão de chiquitos à guerra da cisplatina. Rio de Janeiro: Olímpica, 1963.
- MELO, José Marques de. Identidades culturais latino-americanas em tempo de comunicação global. São Bernardo do Campo: Editora IMS, 1996.

- MENDES, José Sacchetta Ramos. Puertas abiertas? Migrações regionais, direito e integração na Comunidade Andina de Nações e no Mercosul. Salvador: Caderno CRH, v. 29, nº 3, pp. 77-92, 2016.
- MENEGOTTO, Ricardo. Migrações e fronteiras: os imigrantes brasileiros no Paraguai e a redefinição de fronteiras. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.
- MURTA, Antônio Carlos Diniz; VIANA, Priscila Ramos Netto. A crise do estado e do direito na modernidade e perspectivas pós-modernas. Brasília: Revista de Teorias e Filosofias do Estado, 2017.
- NEVES, Marcelo. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. Ijuí: Direito em Debate, ano V, nº 5, pp. 7-37, 1995.
- _____. Transconstitucionalismo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- OIT. Trabalhadoras e trabalhadores migrantes: alcançar a igualdade de direitos e de oportunidades. Lisboa: OIT, 2009.
- PARAGUAI. Constitución de la República del Paraguay (1992). Disponível em: <<http://jme.gov.py/transito/leyes/1992.html>>. Acesso em: 11 nov. 2018.
- QUINTÃO, Aylê-Salassié Filgueiras. Americanidade: Mercosul. Passaporte para a integração. Brasília: Senado Federal. Conselho Editorial, 2010.
- STEIN, Stanley Julien; STEIN, Barbara Hadley. A herança colonial da América Latina. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.
- TÂMAR, Claudia. Os imigrantes irregulares e o trabalho escravo no Brasil. Disponível em: < <https://claudiatamar.jusbrasil.com.br/artigos/358591221/os-imigrantes-irregulares-e-o-trabalho-escravo-no-brasil>>. Acesso em: 11 nov. 2018.
- TST. Recurso de revista: 29300-72.2005.5.08.0005. Relatora: Ministra Rosa Maria Weber. DEJT: 2010. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/461699608/agravo-de-instru>

mento-em-recurso-de-revista-airr-20179420115020049/inteiro-teor-46169962>. Acesso em: 11 nov. 2018.

URUGUAI. Constitución de la República Oriental del Uruguay (1967). Disponível em: <<https://www.impo.com.uy/bases/constitucion/1967-1967>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

VENTURA, Deisy; ARAÚJO, Natália. Infográficos: migração e direitos humanos. São Paulo: Revista Internacional de Direitos Humanos, v. 12, n. 22, pp. 131-139, 2016.

VERONESE, Alexandre. A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo. In: COUTINHO, Jacinto; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (orgs.) Constituição e ativismo judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

VIANNA, Luiz Werneck. Poder Judiciário, “positivação” do direito natural e história. São Paulo: Estudos Históricos, v. 9, n. 18, p. 263-282, 1996.

ZAIDAN DE CARVALHO, Alexandre Douglas. Transconstitucionalismo ou cosmopolitismo: perspectivas para uma semântica dialógica no constitucionalismo contemporâneo. São Paulo: Direito, Estado e Sociedade, nº 46, jan./jun., p. 10-37, 2015.

EVOLUÇÕES E RETROCESSOS: PERSPECTIVAS HISTÓRICAS DAS POLÍTICAS MIGRATÓRIAS DO BRASIL COLÔNIA À REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Diego Guilherme Rotta

Péricles Stehmann Nunes

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os diferentes momentos e fluxos de entrada, deslocamento e fixação de pessoas no Brasil, a partir do fenômeno migratório, tem intensa relação com a ocupação do território e a formação do seu povo (assim como a de outros Estados-nação do Novo Mundo).

O processo migratório⁶⁶ constitui-se de um conjunto de fenômenos com alta importância política, sobretudo diante do caráter desafiador à soberania dos Estados-nação (principalmente a partir do período de grandes

66 Diante da análise de diferentes matrizes teóricas do fenômeno migratório aplicadas, principalmente, a partir do início do século XX, Stephen Castles, Hein de Haas e Mark J. Miller (2014) desenvolvem o conceito de processo migratório para retratar o complexo conjunto de fenômenos não isolados, com variação no tempo e espaço, que acompanha toda a vida do migrante e das pessoas à sua volta. Trata-se de uma experiência, uma ação coletiva originada na mudança social e que também afeta toda a sociedade, por um período indeterminado de tempo, seja nos espaços de saída de pessoas ou nos locais que recebem os migrantes.

migrações transatlânticas – 1850 a 1914 – e migrações de longa distância, após 1945) (CASTLES, DE HAAS, MILLER, 2014).

Ante a volatilidade dos interesses políticos e nacionais dominantes, com forte influência do cenário e do contexto internacional de cada época, o Brasil é marcado por uma gama de momentos legislativos e, consequentemente, diferentes modelos de políticas migratórias.

Visando analisar o contexto de formatação e os modelos dos diferentes diplomas legislativos referentes ao fenômeno migratório, tecendo diferentes fases nos períodos de colonização (Brasil colônia e Brasil Império), República e República Democrática pós-1988, bem como os distintos interesses em jogo, o trabalho divide-se em dois momentos.

A primeira parte do trabalho destinar-se-á à apresentação da evolução histórica das políticas migratórias desenvolvidas a partir do Brasil Colônia, perpassando o período pós-Proclamação da República (1889) até meados da segunda metade do século XX, demarcando a dualidade de tratamento quanto à aceitação da dinâmica do fenômeno migratório e dos migrantes, ora bem-vindos, ora entendidos como ameaça.

Em uma segunda etapa, pretende-se destacar o contexto das políticas migratórias pós-redemocratização, partindo da análise das disposições da Constituição da República Federativa de 1988, do extinto Estatuto do Estrangeiro (Lei n.º 6.815/1980), do processo de gestação e do conteúdo principiológico da Lei n.º 13.445 (Lei de Migração), tecendo, ainda, considerações, sobre as novas perspectivas e alinhamentos do governo brasileiro com relação ao fenômeno migratório e às pessoas migrantes.

A pesquisa realiza-se com base no método dialético, mediante a análise da dimensão da historicidade, da totalidade, a interação dos fenômenos, da contradição e transformação, possibilitando uma interpretação contextualizada com maior dinamicidade da realidade (PRODANOV e FREITAS, 2013). No tocante aos procedimentos metodológicos, empregou-se a pesquisa bibliográfica e documental, devidamente explorada a partir da técnica da análise de conteúdo, com a organização do material colhido (pré-análise), o estudo dos referenciais teóricos colhidos (descrição analítica) e a relação do material referencial com as variáveis, totalidade e contexto dos temas analisados (interpretação referencial) (BARDIN, 1979).

1. DO BRASIL COLÔNIA À REPÚBLICA: DAS POLÍTICAS E PROGRAMAS DE INCENTIVO AO CONTROLE DO FENÔMENO MIGRATÓRIO

O projeto de colonização do Brasil instituiu-se a partir do seu “descobrimento”, em 21 de abril de 1500, como parte da política de expansão marítima portuguesa, atraída ao território americano pelas possibilidades de ouro e especiarias (FAUSTO, 1995, p. 26-30). Esse é ponto fulcral de “primeiro grande fluxo migratório europeu para o Brasil”, instaurando a precursoriedade “não filantrópica” lusitana na colonização, trazendo tradições culturais e religiosas e, ao mesmo tempo, introduzindo o colonialismo em solo brasileiro (MARINUCCI e MILESI, 2002, p. 1-2; CAVARZERE, 1995).

Inicialmente, a exploração do território e implementação da colonização, sobretudo no litoral brasileiro, define-se, a partir da implantação do sistema de capitanias hereditárias pela Coroa Portuguesa, comandadas por particulares a ela vinculados e, num segundo momento, com a criação do Governo Geral (final da primeira metade do século XVI) diante do insucesso do modelo anterior, organizando-se, assim, administrativamente a então colônia portuguesa (FAUSTO, 1995, p. 41-47).

Outro fator a ser ressaltado nesta “primeira onda” de migrações até o território brasileiro, é a “importação” de escravos (migrantes forçados) africanos, realizada pela Coroa Portuguesa a partir da década de 1570, a fim de gerar “produtos exportáveis” e mão de obra, diante da sua “capacidade produtiva [...] bem superior à do indígena” previamente escravizado (FAUSTO, 1995, p. 47-51). O domínio do tráfico de pessoas para a atividade escrava e a utilização dessa força de trabalho escravizada na própria colônia portuguesa, fomentava o próprio “negócio”, garantindo grande lucratividade à Coroa Portuguesa (idem) eis que tais pessoas eram tratadas “como simples mercadoria – ‘estoques’ ou ‘peças’ – e destinados a alimentar o comércio triangular entre Europa, África e Américas” (MARINUCCI e MILESI, 2002, p. 1-2).

A passagem da exploração e utilização de mão de obra escrava para a liberta nas atividades de produção e comércio brasileira inicia-se com os movimentos de abolição em 1850 e concretiza-se em 1888, com a Lei Áurea. Tal sucessão de fatos tem importante repercussão no fenô-

meno migratório, incipiente ou esporádico até a primeira metade do século XIX – período esse marcado pela: abertura dos portos do Brasil Colônia às nações amigas; pela concessão de sesmarias aos estrangeiros residentes no Brasil; pelas Leis de 13 de setembro de 1830 e Lei n.º 108, de 11 de outubro de 1837, que visavam locação de serviços dos colonos e trabalhadores estrangeiros; pela lei de naturalização de 23 de outubro de 1832; e, posteriormente, pela “Lei de Terras”, com a concessão de terras devolutas) (CAVARZERE, 1995, p. 29; IOTTI, 2003, p. 6, ROTTA, 2018a e 2018b) – eis que, em função da gradual queda do número da população em situação de escravidão e da consequente alta da “mão de obra” escrava (como uma consequência dos processos de extinção do tráfico) a solução alternativa encontrada para abastecer a indústria cafeeira de São Paulo foi a atração, a partir de programas de incentivo, de mão de obra vinda do continente europeu (FAUSTO, 1995, p. 204-206).

Durante o período compreendido entre 1874 e 1889, uma série de atos legislativos, autorizando e/ou facilitando a “imigração” e a colonização, estimuladas a partir de uma série de concessão de favores especiais, demarca o Brasil como uma opção, um país de destino para muitos povos (WELLISCH apud IOTTI, 2003, p. 12). No decorrer das últimas décadas do século XIX, outros grupos de migrantes aportaram no Brasil – turcos, holandeses, japoneses, chineses, sul-coreanos, sírio-libaneses, judeus, latino-americanos, mas, com prevalência de italianos, espanhóis, alemães e poloneses –, demarcando, até meados de 1930, um último momento de relevância na no influxo de pessoas migrantes, com a recepção de cerca de 3,7 milhões de “estrangeiros” (MARINUCCI e MILESI, 2002, p. 1-2 e MORAES, 2014, p. 15).

O maior influxo de migrantes, sobretudo europeus (subsidiados pelo governo e sistemas de parcerias), e a influência dos grupos comerciais em poder, marcam a existência de dois modelos de práticas migratórias: a) a formação de núcleos coloniais de pequenas e médias propriedades (Sul e Sudeste), para a produção de produtos alimentícios, ocupação e proteção da terra; e b) a atenção à mão de obra na indústria cafeeira de São Paulo, que viabilizava os interesses da elite latifundiária, proletarizando os migrantes em substituição a anterior mão de obra escrava (BALHANA, apud MENDONÇA, 2015, p. 208-209).

Com a Proclamação da República, em 1889, o objetivo do Estado brasileiro passou a ser a sua unificação, a partir da homogeneização de sua população, restando, assim, encerrado o “período da empresa colonizadora dirigida pelo Estado”, e sendo transferidos para os estados e para o setor privado a organização e os lucros do empreendimento colonial (GIRON e BERGAMASCHI apud IOTTI, 2003, p. 12). Apesar da publicação de uma série de documentos normativos referentes à migração⁶⁷, apenas no ano de 1938, mediante o Decreto-Lei n.º 406, de 4 de maio do referido ano, “dispondo sobre a entrada de estrangeiros no território nacional” tem-se um “Primeiro Estatuto do Estrangeiro” (CAVARZERE, 1995, p. 202-207).

Ainda no referido período, o governo de Getúlio Vargas (1930-1945) implementou “medidas políticas imigratórias seletivas e restricionistas com base nos modelos estrangeiros de eugenia que visavam ao aprimoramento da raça brasileira”, com a proposta de “melhorar as qualidades físicas raciais, físicas e mentais das futuras gerações”, escolhendo os “melhores indivíduos” (CÂMARA, BORGES e ALMEIDA, 2015, p. 6-7).

Por força do Decreto-Lei n.º 3.175, de 7 de abril de 1941, a entrada de “estrangeiros” ficou discricionariamente delegada ao controle do Ministério da Justiça e Negócios Interiores (MJNI), que, na pessoa do então Ministro Francisco Campos, influenciado pelas correntes eugenistas norte-americanas, aplicou tal modelo na política migratória brasileira, dando a “aparência de ciência e tecnicidade tão cara aos homens de governo da época” (KOIFMAN, 2015, pos. 1952-1958). Passou-se a buscar um “imigrante ideal”, em boas condições de saúde física e psicológica, apto ao trabalho, de origem étnica dentro dos interesses políticos vigentes e da segurança nacional – excluindo, por exemplo, descendentes de judeus, orientais, negros, “não brancos”, índios, morenos, entre outros, ideal esse

67 Entre os anos de 1915 e 1932, o Estado brasileiro publicou seis decretos “cujos temas tinham relação direta com a imigração ou a entrada de estrangeiros”: Decretos 4.247 (6/ 1/ 1921); 4.469 (14/ 1/ 1922); 19.482 (12/ 12/ 1930); 20.140 (23/ 6/ 1931); 20.687 (19/ 11/ 1931) e 21.936 (11/ 10/ 1932). Entre 1933 e 1937, foram publicadas mais seis decretos, também com a mesma direção temática: Decretos 22.453 (10/ 2/ 1933); 22.481 (21/ 2/ 1933); 24.132 (17/ 4/ 1934); 24.215 (9/ 5/ 1934); 24.258 (16/ 5/ 1934); 24.695 (12/ 7/ 1934) e entre 1938 e 1939, mais de vinte decretos foram elaborados sobre o assunto (KOIFMAN, 2015, pos. 3542-3555). Tais decretos passaram praticamente toda a competência dos assuntos migratórios do Itamaraty para o Ministério da Justiça (idem).

refletido nas Cargas Magnas de 1934 e 1937, que instauraram quotas e vedação de concentração de migrantes de acordo com sua raça e origem (KOIFMAN, 2015; MARINUCCI E MILESI, 2005, p. 3-4).

O Decreto-Lei n.º 7.967, de 18 de setembro de 1945 descrito por Cavarzere (1995, p. 207-216) como “Segundo Estatuto do Estrangeiro”, ao seu tempo, mantém a política de quotas e o viés eugênico, disfarçando-os em uma política de defesa do trabalhador nacional, uma “orientação racional e definitiva, que atendesse à dupla finalidade de proteger os interesses do trabalhador nacional e de desenvolver um tipo de imigração que impulsionasse o progresso”.

Vencido o curto período democrático havido entre os anos de 1945 a 1964 (Constituição de 1946), o Brasil passa por novo regime ditatorial militar (de 1964 a 1985) a partir da assinatura, em 9 de abril de 1964, do Ato Institucional Número Um (AI-1), posteriormente complementado e oficializado com a Constituição Federal de 1967 (FAUSTO, 1995, p. 475). Institucionaliza-se, a partir de então “um estado de exceção inspirado na doutrina da segurança nacional”, traduzindo a “ideia de garantia de uma segurança absoluta no enfrentamento de uma guerra permanente e generalizada, e, no caso brasileiro, esse combate era contra um inimigo interno: o dissidente político” (MARTIN-CHENUT apud MORAES, 2016, p. 112-114).

As décadas de 60 e 70, marcadas pelos regimes ditatoriais na América, apresentam um novo recrudescimento na restrição da entrada de pessoas, eis que tais regimes “desrespeitavam sistematicamente os mecanismos e instrumentos de proteção de direitos humanos”, provocando extensa movimentação de pessoas em fuga e, conseqüentemente, considerável número de refugiados (JUBILUT e MADUREIRA, 2011, p. 18). Nesse período é estabelecido o Decreto-Lei n.º 941, de 18 de outubro de 1969, com maior abrangência temática, reunindo disposições sobre expulsão, extradição e deportação, transformação do registro temporário em permanente e criação de passaporte (CAVAZERE, 1995, p. 216-220).

A década de 80, ainda sob o regime ditatorial militar, desenha-se com um vasto número de pessoas (brasileiros natos) que deixaram o país buscando melhores oportunidades em estados maiores, sobretudo ao Norte do globo. Diante da então vigente legislação migratória (Lei n.º 6.815/80), que transformou o Brasil num país de difícil acesso (CAVARZERE, 1995,

p. 33), bem como da “falta de trabalho, de perspectivas, de condições de sobrevivência e de um futuro melhor, bem como a oferta de empregos e as perspectivas de melhores salários nos países do norte” das, o Brasil passa de um “País de imigração a País de emigração” (MARINUCCI e MILESI, 2005, p. 16), com maior fluxo de brasileiros de nacionalidade originária saindo do país do que de pessoas de outros países chegando.

Importa mencionar que, isso não significou, completamente, o fim da entrada de “estrangeiros” no Brasil, haja vista que manteve-se um fluxo não expressivo, de entrada de “imigrantes” que, com exceção dos “brasiguaios”, em sua maioria eram “jovens adultos de camadas médias urbanas” (PATARRA, 2005, p. 25-26).

Antes do processo de “abertura” política do governo (eleições indiretas em 1985) surge o Estatuto do Estrangeiro (Lei n.º 6.815/1980), uma legislação “enviada ao Congresso em 1980, em regime de urgência e aprovada por decurso de prazo menos de três meses depois” que “permitia que a política de imigração pudesse ser traçada pelo Poder Executivo, sem o aval do Parlamento” (OIM, 2010, P. 52).

No Estatuto do Estrangeiro o migrante era visto como uma ameaça alienígena (dentro do contexto da Guerra Fria), um inimigo, um sujeito não pertencente à nação, tendo a (limitada) liberdade de entrar, permanecer e sair do território brasileiro, desde que garantidos os interesses e segurança nacionais (Artigos 1º, 2º e 3º da Lei 6.815/1980). A presença do “estrangeiro” traduzia-se como um incômodo, uma pessoa inconveniente no território nacional, definido por sua exclusão condicionado a um regime legal fixado à condições arbitrárias, estabelecidas pelo Ministério da Justiça e pelo Departamento da Polícia Federal (KENICKE, 2016, p. 13-14).

A Lei n.º 6.815/1980 mantinha e impedia a inserção e integração dos então denominados “estrangeiros” na sociedade, “ignorando, limitando ou retirando-lhe direitos e garantias fundamentais estabelecidos em convenções e tratados internacionais de direitos humanos” (ROTTA, 2018a, p. 153).

Em oposição ao cabível tratamento administrativo da entrada e permanência de “estrangeiros”, o Estatuto do Estrangeiro mantinha um panorama de “relação entre política criminal e migratória”, de “crimigração” (MORAES, 2016, p. 23), de visão securitária sobre as migrações, onde o “estrangeiro” representava “ameaça à segurança e paz pública” (SCHWINN e COSTA, 2015, p. 3), desconsiderando a já existente (mas

incipiente) estrutura de proteção dos direitos humanos criada com a Organização das Nações Unidas (1945), com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e afirmada, no continente americano, com a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica), em 1969, que estabeleceu a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

2. DAS POLÍTICAS MIGRATÓRIAS PÓS-1988: ALINHAMENTO TARDIO E FRÁGIL À ESTRUTURA DE DIREITOS HUMANOS

Materializada a redemocratização do país, com a promulgação, em 5 de outubro de 1988, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB de 1988), as políticas migratórias brasileiras mantiveram enquanto base legal maior o Estatuto do Estrangeiro.

A Constituição de 1988 demarca a internalização dos direitos humanos na ordem jurídica brasileira e redefine a própria concepção de cidadania, passando a somar, aos direitos e garantias previstos no plano internacional, os direitos e garantias internacionalmente enunciados, o que levou o Brasil à ratificação de uma série de tratados e convenções internacionais de direitos humanos (PIOVESAN, 2006, p. 325).

Para Valério Oliveira Mazzuoli (2001), diante do estabelecimento da cidadania como um dos princípios fundamentais estruturantes da Nação (Artigo 1º, inciso II da CRFB de 1988), restaria consagrada uma concepção de cidadania originária da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, considerando como cidadãos todos aqueles indivíduos que habitam o âmbito da soberania de um Estado, dele recebendo uma carga de direitos e deveres dos mais variados. Admitindo-se a tese de Mazzuoli, em um cenário ideal, o migrante estaria sob a proteção dos direitos humanos dentro do ordenamento jurídico brasileiro, enquadrado no espectro do cidadão. Contudo, diante da persistência do Estatuto do Estrangeiro e de seu caráter limitador de direitos, a interpretação da lei constitucional, em benefício do “estrangeiro” não era realizada a partir da lupa dos direitos humanos.

Transparente, portanto, a necessidade de eliminar a herança autoritária da lei migratória (MORAES, 2016, p. 294-295), “superada e desatualizada” e “não corresponde às exigências de novo contexto migrató-

rio” (MARINUCCI e MILESI, 2005, p. 18) visualizado no período de colocação do Brasil enquanto destino migratório, diante da considerável estabilização econômica após a crise econômica mundial de 2008/2009 (ROTTA, 2018a).

Apesar da existência prévia de projetos de lei – Projeto de Lei (PL) n.º 1.813/1991 e o PL n.º 5.655/2009 – que tentaram revogar o Estatuto do Estrangeiro (KENICKE, 2016, p. 125), mas eram desprovidos de uma carga realmente revolucionária, a discussão de uma legislação migratória atualizada, preparada para o cenário migratório observado no final da primeira década deste século, toma direções mais concretas a partir do Projeto de Lei n.º 288/2013 (Senado Federal), convertido em Projeto de Lei n.º 2.516/2015 na Câmara dos Deputados, formando uma base sólida para uma nova lei migratória (SCHWINN e COSTA, 2015, p. 11; ROTTA, 2018a).

Enquanto resultado de um processo iniciado pela Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça (Portaria n.º 103, de 29 de maio de 2013), passando pela criação de Comissão de Especialistas para a elaboração de um Anteprojeto de Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil (Portaria n.º 2.162/2013) – comissão essa integrada por servidores públicos, autoridades e especialistas nas áreas de direitos humanos, direito constitucional e direito internacional, pela escuta de órgãos governamentais e da sociedade civil – os Projetos de Lei n.º 288/2013 e n.º 2.615/2015 prosseguiram à sanção presidencial. O processo legislativo, perfectibilizado em 24 de maio de 2017, com a aprovação do texto legal, mesmo diante da realização de uma série de vetos pelo presidente em exercício (mensagem n.º 163, de 24 de maio de 2017), converteu-se na Lei n.º 13.445, de 24 de maio de 2017, e passou a ter vigência em 21 de novembro de 2017.

Mesmo diante de uma série de vetos do então chefe do Executivo, Michel Temer, a Lei de Migração, fruto de um lento processo de discussão havido entre o governo, sociedade civil e especialistas sobre a necessidade de um novo modelo de políticas migratórias (e reflexão sobre os limites da soberania do país), afastou a aplicação do pejorativo termo “estrangeiro”, bem como das pautas de restrição do fenômeno migratório aos interesses e segurança nacionais, quebrando os paradigmas de securitização e “crimigração” herdados do período não democrático, harmonizando as políticas

migratórias à perspectiva de direitos humanos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e da estrutura internacional vigente, apresentando o migrante enquanto sujeito de direitos (COMISSÃO DE ESPECIALISTAS, 2014; MORAES, 2016; ROTTA, 2018a e 2018b).

É o que se conclui a partir da análise do conjunto de princípios e diretrizes atribuídos à política migratória brasileira, bem como dos direitos e garantias estendidos aos migrantes e normatizados a partir dos Art. 3º e incisos e do Art. 4º e incisos, respectivamente, da Lei de Migração, dentre os quais destacam-se: “as disposições principiológicas da universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e outras formas de discriminação, a não criminalização da migração, a acolhida humanitária” o acesso “serviços, programas, benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social” (Art. 3º, inc. I, II, III, VI, IX e XI), bem como “a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos e a liberdade de circulação em território nacional (Art. 4º, caput e inc. I e II) (ROTTA, 2018a, p. 177-178).

A aprovação da nova legislação migratória brasileira inclusive foi ovacionada e considerada bem-vinda pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos²⁴³ (The Inter-American Commission on Human Rights – IACHR), órgão principal autônomo da Organização dos Estados Americanos (Organization of American States – OAS), que tem como missão a promoção e proteção dos direitos humanos no hemisfério americano (OAS, 2017; ROTTA, 2018a, p. 173). Tal fato demonstra o prestígio internacional do Brasil diante da elaboração de um novo diploma legal para o regramento das políticas migratórias brasileiras.

Em uma visão bastante otimista, apesar da presença de mecanismos de restrição e expulsão compulsória de “estrangeiros”, a Lei n.º 13.445/2017, marca a reestruturação da política migratória brasileira, com a quebra do paradigma de securitização e tratamento da migração enquanto matéria de natureza penal, harmonizando-se com a carta constitucional e alinhando-se à estrutura internacional de proteção aos direitos humanos, representada em tratados, declarações e convenções, tribunais e cortes internacionais, “humanizando a soberania nacional e colocando o migrante enquanto cidadão sujeito de direitos, com ‘direito a ter direitos’, e não

mais uma questão de segurança nacional, uma ameaça a ser combatida” (ROTTA, 2018a, p. 189-190).

Em razão de tratar-se de uma legislação recente, diante da ausência de sua materialização e efetivação, “A simples análise do texto de lei não é uma prova cabal do cultivo de um modelo de acolhida do ‘estrangeiro’ a ser plantado no ordenamento jurídico brasileiro”, mas indica uma mudança de visão com relação à pessoa migrante, “buscando aproximá-lo da sociedade e não simplesmente excluí-lo, como se inimigo fosse” (ROTTA, 2018a, p. 185).

Contudo, percebe-se a fragilidade desse movimento de alinhamento das políticas migratórias à dinâmica dos direitos humanos diante de uma série de manifestações do chefe do Executivo brasileiro, Jair Messias Bolsonaro, recentemente eleito presidente, com início de seu mandato em 2019, e do Ministro das Relações Exteriores, Ernesto Araújo.

Cumprindo com as manifestações já apresentadas após a eleição, no final do ano de 2018, o novo governo, na pessoa do referido Ministro das Relações Exteriores, aos 8 dias de janeiro de 2019, pediu aos diplomatas brasileiros em Nova York, nos Estados Unidos da América e em Genebra, na Suíça, que comunicassem à ONU a saída do “Pacto Global para Migração Segura, Ordenada e Regular”, assinado por mais de 160 nações (G1, 2019; EL PAÍS, 2019; THE NEW YORK TIMES, 2019). A decisão sustentou-se, principalmente, nos argumentos já aventados em 2018, de que referido pacto é um instrumento inadequado, que fere a soberania nacional brasileira e de que o Brasil deve buscar a normatização das migrações a partir de sua realidade nacional.

O Pacto Global para Migração Segura, Ordenada e Regular (“Global Compact for safe, orderly and regular migration”), desenvolvido a partir da Declaração de Nova York para Refugiados em Migrantes (2016), desenvolvido a partir de abril de 2017 e finalizado em 1 de julho de 2018, enquanto primeiro grande acordo global por parte dos Estados vinculados à Organização das Nações Unidas (UN, 2019b), estabelece, mesmo sem vinculação legal, uma série de propostas e princípios, em todas as dimensões de migração, forçada ou voluntária, legal ou ilegal, de proteção dos direitos das pessoas migrantes e solidariedade dos Estados na busca de soluções conjuntas para as dificuldades enfrentadas diante do fenômeno migratório internacional.

Mesmo diante da manutenção da Lei de Migração, instrumento inovador e celebrado internacionalmente, a saída do referido pacto demonstra, sobretudo, influência e alinhamento ao pensamento internacional de nostalgia nacionalista, de retorno à segurança e ao fechamento das fronteiras e laços de ligação por sangue e nascimento do Estado-nação, de “retrotopia” como afirma Zygmunt Bauman (2017b). Tal cenário vitimiza, principalmente, os migrantes, que são entendidos como ameaça à soberania dos Estados-nação e imbuídos da culpa de portadores das desgraças e inseguranças da modernidade (BAUMAN, 2017a e 2017b).

Traduz-se, nesse movimento dos representantes do governo brasileiro, depois de muitos anos de evoluções, um possível retrocesso, uma fragilidade da mudança do pensamento pátrio no tocante ao fenômeno migratório e, conseqüentemente, o risco da não efetivação e concretização de novas políticas migratórias harmônicas à estrutura internacional de direitos humanos vigente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, considerando a importância dos diferentes fluxos migratórios no processo de ocupação do vasto território e formação do povo brasileiro, os cambiantes interesses e alinhamentos políticos dominantes ao longo da história (em consonância com o contexto internacional) foram e são responsáveis pela construção de diferentes modelos de políticas migratórias no Brasil.

Durante a breve história da “terrae brasilis”, o processo migratório perpassa por diferentes fases, que evidenciam evoluções e possível retrocesso: a) de colonização, com a criação de políticas e programas de incentivo à entrada e ocupação de território pelos migrantes (forçados e “livres”); b) de restrição, com fortes tendências eugênicas, da entrada de pessoas visando a construção de uma república dotada de uma nação culturalmente homogênea e, posteriormente, também fundada em interesses nacionais de políticas de segurança (Doutrina de Segurança Nacional), tratando o fenômeno e a pessoa migrante dentro do espectro criminal; c) após um período de redemocratização do Estado brasileiro (CRFB/1988) e manutenção de um desalinhamento da legislação migratória com os preceitos daquele, os esforços da sociedade vertem na criação

de um diploma legal alinhado ao novo contexto migratório e pautado na estrutura de direitos humanos vigente (Lei de Migração); e d) a partir do novo governo brasileiro, tem-se um alinhamento ou preferência pela retirada estratégica do Brasil do compromisso internacional solidário de busca de novas alternativas e construção conjunta de pactos em favor da proteção dos direitos das pessoas em situação de migração voluntária e forçada, demarcando uma fragilidade na mudança do cenário legislativo de políticas migratórias.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.
- BRASIL. Lei n.º 6.815, de 19 de agosto de 1980.
- BRASIL. Lei n.º 13.445, de 24 de maio de 2017.
- BAUMAN, Zygmunt. Estranhos à nossa porta. Versão e-book. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2017a.
- BAUMAN, Zygmunt. Retrotopia. Versão e-book. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2017b.
- BARDIN, Laurence. Análise de conteúdo. Tradução: Luiz Antero Reto e Augusto Pinheiro. Lisboa: Edições 70, 1979.
- CÂMARA, F. A. P.; BORGES, A. W. ; Almeida, R.P. . A política migratória da Era Vargas (1930-1945) e o projeto de colonização de Andreas Thaler na região de Treze Tílias. In: Encontro Nacional de História Política, 2015, Fortaleza. Anais do Encontro nacional de história política. Fortaleza: UECE, ANPUH, 2015.
- CASTLES, Stephen; DE HAAS, Hein; MILLER, Mark J. The age of migration: international population movements in the modern world. Fifth edition. New York: The Guilford Press, 2014.
- CAVARZERE, Thelma Thais. Direito internacional da pessoa humana: a circulação internacional de pessoas. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

COMISSÃO DE ESPECIALISTAS. Anteprojeto de lei de migrações e promoção dos direitos dos migrantes no Brasil. Brasília, 2014.

EL PAÍS. Saída de acordo global sobre migrações pode impactar brasileiros no exterior. Tribuna. 12 de jan. 2019. Disponível em: < https://brasil.elpais.com/brasil/2019/01/12/opinion/1547304022_687377.html>. Acesso em 10 abr. 2019.

FAUSTO, Boris. História do Brasil. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Fundação do Desenvolvimento da Educação, 1995.

G1. Brasil informa à ONU que vai deixar Pacto de Migração. Jornal Nacional. 8 jan. 2019. Disponível em: < <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/01/08/brasil-informa-a-onu-que-vai-deixar-pacto-de-migracao.ghtml>>. Acesso em 10 abr. 2019.

IOTTI, Luiza Horn. Imigração e colonização. Immigration and settling. In: Justiça & História, v. 3, n. 5, Porto Alegre, 2003.

JUBILUT, Liliana Lyra; MADUREIRA, André de Lima. Os desafios de proteção aos refugiados e migrantes forçados no marco de Cartagena +30. In: REMHU – Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana, v. 22, n. 43, 2011, p. 11-33.

KENICKE, Pedro Henrique Galotti. O estatuto do estrangeiro e a lei de migrações: entre a doutrina da segurança nacional e o desenvolvimento humano. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2016.

KOIFMAN, Fábio. Imigrante ideal. O Ministério da Justiça e a entrada de estrangeiros no Brasil (1941-1945). Versão e-book. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

MARINUCCI, Roberto; MILESI, Rosita. Migrações Internacionais Contemporâneas. In: CSEM/IMDH, 14 de jun. 2005.

MARINUCCI, Roberto; MILESI, Rosita. O fenômeno migratório no Brasil. Brasília (DF), novembro de 2002.

- MAZZUOLI, Valério Oliveira. Direitos Humanos e cidadania: uma nova concepção introduzida pela Constituição Federal da 1988. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, 55/56 Jan/Dez. 2001, p. 239- 306.
- MENDONÇA, Joseli Maria Nunes. Revisitando a história da imigração e da colonização no Paraná provincial. In: *Antíteses*, v. 8, n. 16, p. 204-226, jul./dez. 2015.
- MORAES, Ana Luiza Zago de. A formação da política migratória brasileira: da colonização ao Estado Novo. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. especial, p. 143-163, jan. 2014.
- MORAES, Ana Luiza Zago de. *Crimigração: a relação entre política migratória e política criminal no Brasil*. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais, Porto Alegre, 2016.
- OAS – ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. IACHR welcomes approval of new migration law in Brazil. Press release n. 078/17, 16 de junho de 2017. Disponível em: < http://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2017/078.asp> . Acesso em: 11 nov. 2017.
- OIM. Perfil migratório do Brasil 2009. Setembro de 2010. Disponível em: < ftp://ftp.mtsp.gov.br/portal/trabalhador/trabalho-estrangeiro/publicacoes/perfil_migratorio_2009.pdf> . Acesso em: 01 abr. 2019.
- PATARRA, Neide Lopes. O Brasil: país de imigração? In: *Revista eletrônica de estudos urbanos e regionais*, n. 9, ano 3, junho 2012, p. 06-18.
- PATARRA, Neide Lopes. Migrações internacionais de e para o Brasil contemporâneo: volumes, fluxos, significados e políticas. In: *São Paulo em Perspectiva*, v. 19, n. 3, p. 23-33, jul./set, 2005.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

PRODANOV, Cleber C; FREITAS, Ernani C. de. Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2.ed., Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

ROTTA, Diego Guilherme. O migrante no contexto da política migratória brasileira: perspectivas de acesso à cidadania em um cenário de (re)fechamento de fronteiras. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Mestrado e Doutorado, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Campus Santo Ângelo/RS, 2018a.

ROTTA, Diego Guilherme. Considerações históricas sobre as políticas migratórias brasileiras: da colonização ao período democrático. In: VI Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos, 2018, Santo Ângelo. Anais VI Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos. Santo Ângelo: FuRI, 2018b, p. 274-279.

SCHWINN, Simone Andre; COSTA, Marli Marlene Moraes da. Migrações contemporâneas: O Brasil e as políticas públicas para migrantes. Análise a partir do projeto de lei 288/2013. In: XI Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 2015.

THE NEW YORK TIMES. Bolsonaro pulls Brazil from U.N Migration Accord. Americas. Por Ernest Londoño. 9 jan. 2019. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2019/01/09/world/americas/bolsonaro-brazil-migration-accord.html>>. Acesso em 10 abr. 2019.

UN. Global compact for safe, orderly and regular migration. 13 jul. 2018. Disponível em: <https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180713_agreed_outcome_global_compact_for_migration.pdf>. Acesso em 10 abr. 2019a.

UN. Refugees and migrants. Global compact for migration. Disponível em: <<https://refugeesmigrants.un.org/migration-compact>>. Acesso em: 10 abr. 2019b.

O IMIGRANTE ENQUANTO SUJEITO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Gabriel Pereira Penna Andrade

“Como um natural entre vós será o estrangeiro que peregrina convosco; amá-lo-ás como a ti mesmo, pois estrangeiros fostes na terra do Egito. “

(Levítico, Capítulo 19, Versículo 34a)

A migração internacional, da forma como a conhecemos hoje, nasce ao mesmo tempo em que se proclama o Estado Nacional. Nesse contexto, o migrante é a própria subversão da Soberania, uma vez que impõe sua presença dentro dos limites instituídos por um Estado que não o reconhece como parte de seu corpo formador, cujas fronteiras representam seu máximo poder sobre a vida daqueles que habitam seu interior. O imigrante é, dentro do contexto clássico, um não-cidadão, um ser distinto de outros que convivem e produzem com esse indivíduo, cuja existência depende fragilmente da vontade do Estado Receptor que, através da política migratória, determina qual ser humano, dentre aqueles que não são reconhecidos como nacionais, tem o direito de permanecer ou mesmo de exercer atividades como o trabalho dentro de seu território (FERREIRA, 2011; REIS, 2004). Por esse motivo, Douzinas (2007; 2009) afirma ser a fundação do Estado Moderno e dos Direitos Humanos um paradoxo em si, uma vez que proclama uma humanidade extensível a todos, com

a afirmação do Homem, e, ao mesmo tempo, dá ao Cidadão o direito de determinar quais seriam os afirmados Direitos Humanos.

Dessa maneira, não é inexplicado que o Estado Brasileiro, com seu caminho árduo pela cidadania, como afirma Carvalho (2002), tenha historicamente optado por uma práxis estatal sectária e arbitrária. O principal instrumento da política migratória brasileira até 2017 era a Lei 6.815/1980, o chamado Estatuto do Estrangeiro. O diploma, resquício da Ditadura Civil-Militar que imperou no Brasil até a primeira metade dos anos 80, parte da lógica da proteção estatal para tratar qualquer imigrante como um subversivo em potencial, garantindo o controle totalitário das ações deste indivíduo. Como demonstra Moraes (2015), a lógica imigratória colocada na época era semelhante à lógica de um Direito Penal de exceção, punindo imigrantes por sua própria existência.

O cenário se altera parcialmente no ano de 2013, quando o Ministério da Justiça lança portaria para compor uma Comissão de Juristas responsável por criar uma legislação substitutiva ao Estatuto do Estrangeiro. Os esforços da Comissão foram auxiliados pela criação da I COMIGRAR - Conferência Nacional sobre Migrações e Refúgio, que seguiu um modelo participativo, com a eleição de 556 representantes da Sociedade Civil em todo país e participação pela rede mundial de computadores, através da plataforma “Participa Brasil” (CLARO; FAUTH JÚNIOR, 2015; COMISSÃO DE ESPECIALISTAS, 2014). O anteprojeto, concluído em 2014, embora não tenha sido usado diretamente para produzir a Lei 13.445/2017, a nova Lei de Migração, foi essencial para melhorar o projeto original, então em tramitação no Senado Federal⁶⁸ (OLIVEIRA, 2017).

Também no ano de 2013 e, portanto, tributário do mesmo contexto, começa no Município de São Paulo a Política Municipal para a População Imigrante, abordagem pioneira no país que se dispunha a criar uma Política Pública para essa população marginalizada e invisibilizada no contexto do Estado-Nação. Inicialmente parte do plano de metas da Gestão petista de Fernando Haddad, a Política foi legislada e permaneceu na Gestão João Dória (SÃO PAULO, 2017a).

O presente trabalho tem como objetivo descrever e analisar a inclusão do Imigrante enquanto sujeito de políticas públicas dentro do municí-

68 Para uma análise completa das fontes e dos conflitos para a produção da nova Lei de Migração, consultar a análise feita por Andrade e Sartoretto (2018).

pio de São Paulo. A metodologia utilizada foi bibliográfico-documental, a partir do levantamento dos diplomas normativos do município que tratam do imigrante. Esse levantamento foi possibilitado pela existência de uma base de dados unificada disponibilizada pela Prefeitura que compila os atos normativos, vigentes ou não, já produzidos dentro do âmbito deste ente federativo⁶⁹.

Em primeiro lugar, será feita uma breve contextualização das políticas públicas desde um conceito jurídico. Após, tratar-se-á da Política Municipal para a População Imigrante do município de São Paulo. Depois, serão descritas outras políticas que, embora independentes, passaram a fazer um recorte para o sujeito imigrante. Por fim, discutir-se-á qual a importância de, em um Estado de Direito, se entender o imigrante como um sujeito para as políticas públicas.

As Políticas Públicas

Definir Política Pública de um ponto de vista científico, para além do meramente retórico, é uma atividade desafiadora. Isso porque, como demonstra Souza (2006), desde a introdução do termo, nos anos trinta, diversos conceitos foram dados pelos estudiosos da Ciência Política ou, mais precisamente, do ramo conhecido como *policy analysis*. Assim, pode-se enfatizar a ideia da política pública como conjunto de ações, como resultado de embates dentro da esfera pública, como ação de uma elite política ou como os atos das instituições públicas (SOUZA, 2006). As diferentes representações e definições trarão, por óbvio, também diferentes modelos para explicar as relações entre as políticas públicas e as mudanças reais no seio da sociedade, fazendo surgir tradições bastante distintas entre si, como o elitismo, o institucionalismo, o incrementalismo, o racionalismo, e tantas outras (DYE, 2006). A polêmica não é, assim, desnecessária, mas revela um ponto importante, por permitir a conexão essencial entre um entendimento teórico do que é a Política Pública e os modelos que tentarão explicar o mundo com base nos dados passíveis de coleta no meio social.

No âmbito da Ciência do Direito, a discussão sobre o que seria política pública encontra ecos, sendo sua definição importante para lidar com

69 Disponível em: <<http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/>>. Acesso em 20/03/2019.

diversos problemas, como a possibilidade de revisão judicial de escolhas políticas. O presente trabalho se guiará pela definição de Bucci (2006, p.39) que define política pública como

o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjuntos de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

A análise da definição dada pela autora guarda consequências relevantes para a compreensão do seu objeto de estudo. Importa compreender que a definição possibilita tanto o uso de modelos institucionalistas, ou seja, que focam na relação entre as estruturas institucionais e jurídicas para explicar o comportamento da política, como um modelo processualista, que prefere se centrar nos processos de diversas naturezas que geraram aquele desenho institucional. A parte final, que frisa a necessidade de “objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” também permite pensar as políticas públicas dentro de modelos variados que frisam a definição do objeto, como o elitismo ou a teoria dos grupos (DYE, 2006).

Ao se estudar analiticamente os termos trazidos no conceito, encontram-se como unidades básicas o programa de ação, o processo e os objetivos. Esses, por sua vez, podem se desdobrar em uma série de outras consequências relevantes para estudo.

Toda política pública é um programa de ação, ou seja, um desenho institucional específico que traz em si uma série de intervenções no real para se concretizar (BUCCI, 2006). Dessa maneira, urge colocar em um primeiro lugar que, embora os Direitos Fundamentais negativos advindos da tradição liberal sejam muito importantes, inclusive dentro do processo de formulação das políticas, o objeto mais comum dentro de políticas públicas são direitos sociais positivos, que exigem prestações contínuas do Estado. Isto não significa, todavia, que estes direitos de primeira dimensão não possam ser um objeto de políticas públicas uma vez que, conforme a monumental obra *The Cost of Rights* (HOLMES; SUSTEIN, 2000)

sustenta, todos os direitos exigem a alocação de recursos materiais escassos que podem, por óbvio, ser fornecidos pelo Estado.

A escassez dos recursos materiais, bem conhecida dos economistas (MANKIW, 2019), traz dificuldades adicionais ao Estado, que precisa planejar como utilizar os recursos a sua disposição. Para Bercovici (2006) o planejamento tem como característica principal ser um processo complexo, com viés técnico, político e jurídico. Assim, o planejamento deve tanto ser estratégico como também ser feito segundo o estabelecido pelo programa político vencedor e, acima de tudo, dentro das regras e balizas constitucionais. Nesse ponto, são relevantes os estudos dentro do âmbito do Direito Financeiro, que apontam a forma juridicamente adequada de realização das despesas por parte dos entes estatais (HARADA, 2018).

O planejamento exige não só a decisão sobre alocação de recursos, mas também uma forma de criar metas e avaliar seu cumprimento. Aqui, é importante resgatar o modelo racionalista de política pública (DYE, 2006), que argumenta que toda política parte de um cálculo racional de fins e custos. Embora não seja um modelo aplicável em todos os momentos, por não prever nem uma possível má qualidade da Administração nem os efeitos incrementais, o racionalismo se aplica bem às propostas orçamentárias no Brasil que, por força do art. 22, IV da Lei 4.320/64, devem conter as metas desejadas e uma descrição detalhada dos custos estimados para alcançá-la (BRASIL, 1964).

A ideia de política como um programa de ações também permite a sua compreensão como um ciclo. Segundo este modelo, a política seria formado pelos atos de planejar, executar, avaliar e fiscalizar o avaliador. A sucessão destas etapas pode gerar uma mudança substancial no desenho institucional quando, por exemplo, a Administração avalia que há empecilhos para a execução das metas ou quando o Ministério Público utiliza o seu papel de fiscal da Ordem Pública para pressionar a Administração para a ampliação do escopo original (DUARTE, 2013).

O segundo elemento do conceito jurídico de políticas públicas é o processo. A formulação, execução e avaliação de políticas estão repletas de processos de todas as naturezas. Esses vão desde a exigência legal de que os candidatos ao Executivo publiquem durante as eleições seus planos de governo que, espera-se, conterão elementos que permitirão aos eleitores conhecer as linhas que serão adotadas (art. 11, §1º, IX da Lei 9.504/97)

até a aprovação do orçamento pelo Congresso Nacional, além do processo administrativo de prestação de contas no âmbito dos Tribunais de Contas e eventuais processos judiciais que a política possa sofrer. Esse segundo elemento também é importante por ser o elo que liga a política pública e a sociedade civil.

Nesse ponto, é importante ressaltar que a Constituição Federal de 1988 coloca a participação popular como um dos eixos da democracia, tanto ao afirmar, logo no primeiro artigo, que todo poder emana do povo, que tem a prerrogativa de exercê-lo diretamente (CF/88, art. 1º, parágrafo único), quanto ao prever a participação popular por meio de referendos, plebiscitos e leis de iniciativa popular e de Conselhos com participação da sociedade (BARCELLOS, 2017). Por essa razão, Lopes (2006) chega a defender a tese de que a cidadania seria um Direito Fundamental Individual de todos os brasileiros e dos imigrantes em território nacional.

Para além da questão do dever jurídico do Estado de fornecer os meios para que a população participe, a participação popular pode ser meio de potencializar a eficácia social da lei, uma vez que tem a capacidade de inserir cidadãos de todos os extratos sociais dentro da linguagem altamente excludente do discurso do Direito, aumenta a legitimidade da lei e traz subsídios importantes para construir um retrato fiel do problema enfrentado (MENEZES, 2004).

De um ponto de vista prático, podemos citar como um avanço extraordinário na Democracia no Brasil vem de uma ação que denota uma concepção não-hegemônica de Democracia: o orçamento participativo (SANTOS; AVRITZER, 2002). O orçamento participativo foi um programa criado pela gestão municipal de Porto Alegre em 1988 e que posteriormente se expandiu para outras cidades do Brasil, com algumas modificações. A partir dele, o cidadão pode participar diretamente, através de uma série de assembleias abertas, de uma etapa essencial para qualquer política pública: a elaboração da proposta de orçamento do município (AVRITZER, 2002). Assim como outras iniciativas do Sul Global, a ação demonstra como formas inovadoras de democratização podem aproximar o cidadão das políticas públicas e aprofundar o exercício popular do poder (SANTOS, 2002).

As novas tecnologias da informação também podem ser uma ferramenta importante para a democratização das políticas públicas em todas

as suas etapas. Conforme demonstra empiricamente Egler (2010), a tecnologia permite a criação de redes que potencializam a ação de grupos de interesse, eliminando intermediários e permitindo novas formas de sociabilidade que catalisam a mobilização coletiva, além de modificar a relação entre Estado e cidadão ao permitir um acesso mais direto do segundo ao primeiro. No caso específico das políticas imigratórias, um exemplo claro deste uso da internet para a formulação de políticas aconteceu no já citado uso da plataforma “Participa Brasil” para a criação da Lei 13.445/2017 (Lei de Migração).

Em relação aos fins socialmente relevantes e politicamente determinados, cabe aqui refletir sobre o papel das normas constitucionais na concretização do Estado de Direito. Bercovici (1999) resgata Canotilho para afirmar que a Constituição Brasileira de 1988 é uma Constituição Dirigente que cria um Estado Social. Isto quer dizer que a Magna Carta brasileira traz em seu bojo uma série de Direitos Sociais dotados de exigibilidade que, em seu conjunto, fornecem uma baliza necessária para a ação política e estabelecem os fins do Estado, dentre os quais cita-se a construção de uma sociedade justa, livre e solidária (cf. art. 3º, I da CF/88). Não há qualquer incoerência entre a previsão do poder popular e o delineamento de objetivos na Constituição: antes, é este documento que dá legitimidade à luta política dentro do Estado Brasileiro (BERCOVICI, 1999).

Políticas Públicas para o imigrante no município de São Paulo

Apesar de algumas ações esparsas anteriores, o imigrante entra na política institucional da Prefeitura de São Paulo no ano de 2011, quando a Portaria 1/2011 CMDH cria, no âmbito da Secretaria Municipal de Direitos Humanos um núcleo responsável por coordenar ações que tivessem por tema o refúgio e a migração (SÃO PAULO, 2011). Trata-se de inovação tímida, embora relevante dentro de um contexto ainda norteado pelo Estatuto do Estrangeiro.

Em 2013, com o início da gestão do prefeito Fernando Haddad, começa-se a delinear uma política mais concreta para o tratamento do imigrante. Aqui, destacam-se dois atos normativos: o programa de metas do governo, cuja meta 65 enuncia claramente a vontade de se criar uma

política municipal para o imigrante e contra a xenofobia (SÃO PAULO, 2013a), e a lei municipal 15.764/13, que reestrutura a administração municipal criando, em seu art. 242, VII, uma coordenação de políticas para migrantes no âmbito da Secretaria Municipal de Direitos Humanos e Cidadania (SMDHC) (SÃO PAULO, 2013b).

Durante a Gestão Haddad, tem-se duas frentes de atuação: as ações concretas realizadas pela Administração e a realização de ações para a transformação da política, até então meramente administrativa, em legislada, o que garantiria a ela uma estabilidade maior.

Dentro das ações concretas e diretas, é destacada pela própria coordenação (SÃO PAULO, 2017a) a criação em 2014 de Centros de Referência e Acolhida para Imigrantes - CRAI. O CRAI é uma parceria entre a SMDHC, a Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social (SMADS) e organizações da Sociedade Civil. Até o fim de 2015, já havia 540 vagas para pernoite em abrigos da Prefeitura, além de um centro de referência que contava com convênios com instituições como a Defensoria Pública da União (SÃO PAULO, 2015a). Segundo a prefeitura, entre novembro de 2014 e novembro de 2015 foram realizados 2231 atendimentos de imigrantes de 73 nacionalidades (SÃO PAULO, 2015a).

A promoção ao trabalho decente também era uma meta importante dentro do plano da Gestão Haddad (SÃO PAULO, 2013a). Houve diversas ações para a inclusão de imigrantes no mercado do trabalho, como aulas de português, a regularização de feiras de imigrantes e a transformação do Centro de Apoio ao Trabalho e Empreendedorismo (CATE) Luz em referência para o atendimento de imigrantes (SÃO PAULO, 2017a). Outro ponto importante foi a bancarização dessa população, que muitas vezes era vítima de violência uma vez que, frente às dificuldades de abrir uma conta bancária, guardava grandes somas de dinheiro em casa. A prefeitura foi responsável por firmar dois termos de cooperação com a Caixa Econômica Federal e o Banco do Brasil, permitindo o maior acesso de imigrantes à abertura de contas (SÃO PAULO, 2013c, 2014a).

A administração também sofreu mudanças para se adequar melhor ao imigrante. Pode-se destacar como ações a formação dos servidores para lidar com o imigrante, em especial no âmbito das secretarias de saúde e educação (SÃO PAULO, 2014b, 2015b), a realização de um mapeamento, em parceria com o Instituto de Relações Internacionais da Universi-

dade de São Paulo, para diagnosticar o atendimento ao imigrante dentro do município (INSTITUTO DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS, 2017) e a criação de cadeiras para imigrantes em conselhos das subprefeituras (SÃO PAULO, 2013d).

A escrita e o envio do projeto que veio a se tornar a lei 16.748/2016, a Política Municipal para a População Imigrante, foram processos altamente participativos que começam em 2013, com a convocação de uma conferência municipal de políticas para imigrantes. A conferência tinha o objetivo tanto de subsidiar as propostas do anteprojeto de Lei de Migração na esfera federal quanto para coletar demandas a nível municipal (SÃO PAULO, 2013e; 2013f). A conferência teve a participação de 695 pessoas de 28 nacionalidades distintas, e chegou a 57 propostas, das quais pouco mais da metade eram da competência do Município (SÃO PAULO, 2015c). Posteriormente, foi formada uma comissão para elaborar um anteprojeto para a Política, que foi aprovada e regulamentada em 2016 (SÃO PAULO, 2015d; 2016a; 2016b).

A Política Municipal para a População Imigrante, em sua forma legislada, é um conjunto de disposições que visam o imigrante como um todo, prevendo desde ações de combate à discriminação até a inserção no mercado de trabalho e o acesso à saúde. A lei frisa que os Direitos Humanos do imigrante são interdependentes e indivisíveis, e que deve haver um esforço conjunto por parte do Poder Público para garantir o acesso aos serviços públicos. A execução da política seria feita por dotações orçamentárias próprias, prevista nos planos plurianuais e nas leis orçamentárias, e a formulação e avaliação da política seriam feitas por um conselho participativo composto pela sociedade civil, imigrantes e poder público (SÃO PAULO, 2016a).

O decreto aprofunda a interdependência dos Direitos do imigrante ao distribuir competências entre nove secretarias, além de criar um Conselho altamente participativo para coordenar as ações. No decreto, já aparecem objetivos concretos da administração pública, como o acesso a programas de moradia popular, o combate à xenofobia por meio da educação e a desburocratização de exigências documentais (SÃO PAULO, 2016b).

Mas há outras políticas que, embora independentes da Política Municipal para a População Imigrante, também passaram, a partir de 2013, a ter um recorte para o sujeito migrante. O presente trabalho discutirá três

exemplos, a serem tomados como paradigmas para o tema: o imigrante no Banco de Referência de Direitos Humanos, o imigrante no plano de contingência para baixas temperaturas e o refugiado no acesso ao transporte público gratuito.

O primeiro exemplo da integração do recorte migratório nas políticas públicas se dá na Portaria 156/2016/SMDHC, que cria um banco de dados oficial para a renomeação de ruas (SÃO PAULO, 2016c). O objetivo da renomeação é trocar locais públicos que fazem referência a pessoas ou fatos associados a violações de direitos por pessoas que são referência da luta por justiça. A portaria inclui dois imigrantes mortos violentamente como possíveis nomes de logradouros (SÃO PAULO, 2016c). A ação é importante por representar simbolicamente o desejo do Estado de reconhecer o imigrante como parte da comunidade, garantindo a alguns deles um papel de destaque dentro da formação da memória oficial, como é a nomeação de logradouros públicos (DIAS, 2012). Ao figuram no mesmo patamar de nacionais valorizados como Heleieth Saffioti, Dandara dos Palmares e Anísio Teixeira, o Estado mostra apreço por nomes significativos dentro das comunidades imigrantes e reconhece a luta desse grupo como legítima de ser encampada.

Já a Portaria do Prefeito 124/2017, que aprova o Plano de Contingência para Baixas Temperaturas para o ano, prevê que a SMDHC daria suporte ao imigrante em situação de rua, oferecendo auxílio multilíngue (SÃO PAULO, 2017b). Esse reconhecimento é importante por duas razões: a primeira, por entender que o imigrante tem todas as complexidades do nacional podendo ser, por óbvio, também morador de rua. Assim, entender esse encontro de vulnerabilidades é essencial para a devida proteção dessa população. A segunda razão é que, mesmo com as discussões durante a gestão Haddad sobre o tema, os planos de contingência de 2015 e 2016 não trazem previsão semelhante, representando a portaria de 2017 verdadeira inovação para a aquisição completa de cidadania para os imigrantes (SÃO PAULO, 2015e, 2016d).

O último exemplo se refere a Portaria Conjunta da Secretaria de Saúde e da Secretaria de Transportes nº 4/2018, que permite que refugiados se identifiquem com o protocolo de pedido de refúgio para fins de pedido de isenção no transporte público por motivo de deficiência física (SÃO PAULO, 2018). A disposição é importante porque, além de visar uma

categoria duplamente vulnerável, também reconhece um grupo específico de imigrantes que possui desvantagens adicionais – os refugiados. Esse grupo de pessoas, por frequentemente deixar seu país sem os documentos de identificação necessários, são muitas vezes prejudicados por procedimentos burocráticos no país de refúgio.

O imigrante como sujeito de políticas públicas

O que é o Povo? Ao se debruçar sobre esta pergunta, Müller (2003) criou uma teoria complexa para explicar que essa pergunta, fundamental para a Demo-cracia, guarda em si uma conclusão importante: “povo” não é um termo unívoco. Assim, podemos pensar no povo enquanto o conjunto de cidadãos que votam e são votados (povo ativo), no povo enquanto o que dá legitimidade às ações estatais (povo como instância global de atribuição de legitimidade), no povo enquanto mero argumento retórico para a manutenção de um projeto de poder (povo ícone) ou ainda como um conjunto de pessoas que merece ter seus direitos respeitados (povo como destinatário de prestações civilizatórias do Estado). Com exceção do terceiro, todos estes sentidos convergem no Estado de Direito para aquele povo que é a força política por excelência, conforme apregoa o parágrafo único do artigo inaugural de nossa Constituição (BRASIL, 1988).

Apesar de restrições injustificadas na capacidade política dos imigrantes, o caput do art. 5º da Constituição deixa claro que esse grupo faz parte, sem sombra de dúvida, do povo brasileiro. Na ordem constitucional brasileira, cidadania não é mais a característica do nacional (SMANIO, 2006). Isso significa dizer que todos os imigrantes em solo brasileiro, independente de condição migratória, são povo destinatário, e podem usufruir dos serviços públicos em igualdade com os nacionais.

Mas, se é simples perceber que os imigrantes têm direito a usufruir de serviços públicos, defender que haveria um direito a políticas específicas é um pouco mais complexo. Entretanto, quando reflete-se sobre o princípio constitucional da Igualdade e sua necessária forma de Igualdade Material (art. 5º, caput) e sobre o dever de criar uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), começa-se a perceber que as políticas públicas são uma fonte estratégica valiosa para garantir a cidadania de um grupo que foi por muito tempo subalternizado pela própria lei. Além disso, se o Estado

tem o dever constitucional de agir repressivamente para sancionar aquele que atenta contra direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI), não teria ele também o dever de prevenir para que estas violações não ocorram?

As ações do município de São Paulo em relação a sua população imigrante, dessa maneira, se inserem em um leque de boas práticas que renovam a Administração Pública e cumprem o espírito constitucional. Ao criar um marco amplo, abrangente e interseccional, o município mostra que respeita verdadeiramente a Dignidade da Pessoa Humana como fundamento do Estado (art. 1º, III, CF/88). A Dignidade da Pessoa Humana envolve, como salienta Sarmento (2016), entender a pessoa como um valor intrínseco, como um ser completo que não pode ser reduzido a um objeto, e reconhecer suas características distintas. Ao criar uma política que visa mulheres, pessoas em situação de rua, refugiados, minorias raciais e religiosas, o Estado reconhece que o imigrante pode pertencer a todos estes grupos, não definindo esse grupo única e exclusivamente como pessoas fora de sua terra natal. Ao criar um conselho participativo para gerir a política, o município, embora com impacto limitado, devido as poucas competências dadas a esse ente pela Constituição (art. 30, CF/88), mostra que os imigrantes, ainda que distintos dos nacionais em muitos aspectos, são parte da comunidade paulista.

A Política Municipal para a População Imigrante deve ser entendida, portanto, como uma forma de concretizar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e permitir a pessoas já bastante vulnerabilizadas a chance de inserção cidadã dentro da sociedade em que vivem.

Legislação e Documentos Citados

BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de Março de 1964. Brasília, 1964.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988.

BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de Setembro de 1997. Brasília, 1997.

BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de Maio de 2017. Brasília, 2017.

INSTITUTO DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS. Diagnóstico do atendimento da população imigrante pelos órgãos da Prefeitura Municipal de São Paulo. São Paulo, 2017.

SÃO PAULO. Portaria nº 1/2011 CMDH. São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/portaria-secretaria-do-governo-municipal-cmdh-1-de-2-de-abril-de-2011>>. Acesso em 20/03/2019.

SÃO PAULO. Plano de Metas 2013-2016. São Paulo, 2013a. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/planejamento/arquivos/15308-004_AF_FolhetoProgrmadeMetas-2Fase.pdf>. Acesso em 20/03/2019.

SÃO PAULO. Lei nº 15.764, de 27 de Maio de 2013. São Paulo, 2013b. Disponível em: <<http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-15764-de-27-de-maio-de-2013>>. Acesso em 20/03/2019.

SÃO PAULO. Acordo de cooperação SMDHC/Caixa. São Paulo, 2013c. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/direitos_humanos/Acordo%20SMDHC%20e%20CAIXA.pdf>. Acesso em 20/03/2019.

SÃO PAULO. Decreto nº 54.645 de 29 de Novembro de 2013. São Paulo, 2013d. Disponível em: <<http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-54645-de-29-de-novembro-de-2013>>. Acesso em 20/03/2019.

SÃO PAULO. Decreto nº 54.476, de 17 de Outubro de 2013. São Paulo, 2013e. Disponível em: <<http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-54476-de-17-de-outubro-de-2013>>. Acesso em 20/03/2019.

SÃO PAULO. Relatório da 1ª Conferência Municipal de Políticas para Imigrantes. São Paulo, 2013f. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/direitos_humanos/Doc%20Final_Conf%20Mun%20Imigrantes%20de%20SP_2014.pdf>. Acesso em 20/03/2019.

SÃO PAULO. Acordo de cooperação SMDHC/BB. São Paulo, 2014a. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/direitos_humanos/Acordo%20Banco%20do%20Brasil.pdf>. Acesso em 20/03/2019.

SÃO PAULO. Relatório final - Qualificação da atenção à população migrante por agentes públicos: saúde. São Paulo, 2014b. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/direitos_humanos/Relatorio%20Final%20Capacitacao%20Saude%202014.pdf>. Acesso em 20/03/2019.

SÃO PAULO. Centro de Referência e Acolhida para Imigrantes (CRAI) - Relatório Anual 2014-2015. São Paulo, 2015a. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/direitos_humanos/Relatorio%20Anual%20CRAI.pdf>. Acesso em 20/03/2019.

SÃO PAULO. Qualificação da Atenção à População Migrante por agentes públicos: educação. São Paulo, 2015b. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/direitos_humanos/Relatorio%20Formacao%202015.pdf>. Acesso em 20/03/2019.

SÃO PAULO. Devolutiva do biênio 2013-2014 para a meta 65. São Paulo, 2015c. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0B9SpKaB-c24AoRS1ZMmFCQThVVFU/view>>. Acesso em 20/03/2019.

SÃO PAULO. Decreto nº 56.353, de 24 de Agosto de 2015. São Paulo, 2015d. Disponível em: <<http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-56353-de-24-de-agosto-de-2015>>. Acesso em 20/03/2019.

SÃO PAULO. Portaria do Prefeito nº 184 de 13 de Maio de 2015. São Paulo, 2015e. Disponível em: <<http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/portaria-gabinete-do-prefeito-184-de-14-de-maio-de-2015>>. Acesso em 20/03/2019.

SÃO PAULO. Portaria do Prefeito nº 184 de 13 de Maio de 2015. São Paulo, 2015f. Disponível em: <<http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/portaria-gabinete-do-prefeito-184-de-14-de-maio-de-2015>>. Acesso em 20/03/2019.

SÃO PAULO. Lei Municipal nº 16.478 de 7 de Julho de 2016. São Paulo, 2016a. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/direitos_humanos/LEI%2016478.pdf>. Acesso em 20/03/2019.

SÃO PAULO. Decreto Municipal nº 56.533 de 15 de Dezembro de 2016. São Paulo, 2016b. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/direitos_humanos/participacao_social/ATAS/Decreto%2057533-2016%20-%20Regulamentacao%20PMPI.pdf>. Acesso em 20/03/2019.

SÃO PAULO. Portaria 159/2016/SMDHC de 27 de Dezembro de 2016. São Paulo, 2016c. Disponível em: <<http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/portaria-secretaria-municipal-direitos-humanos-e-cidadania-159-de-27-de-dezembro-de-2016>>. Acesso em 20/03/2019.

SÃO PAULO. Portaria do Prefeito nº 169 de 12 de Maio de 2016. São Paulo, 2016d. Disponível em: <<http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/portaria-gabinete-do-prefeito-169-de-13-de-maio-de-2016>>. Acesso em 20/03/2019

SÃO PAULO. Relatório de entrega coordenação de políticas para migrantes. 2017a. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/direitos_humanos/MIGRANTES/RELATORIOS/Relatorio%20CPMig_portugues.pdf>. Acesso em 20/03/2019.

SÃO PAULO. Portaria nº 124, de 15 de Maio de 2017. São Paulo, 2017b. Disponível em: <<http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/portaria-prefeito-pref-124-de-15-de-maio-de-2017>>. Acesso em 20/03/2019.

SÃO PAULO. Portaria Conjunta da Secretaria de Saúde e da Secretaria de Transportes nº 4, de 11 de Abril de 2018. Disponível em: <<http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/portaria-conjunta-secretaria-municipal-de-mobilidade-e-transportes-smt-secretaria-municipal-da-saude-sms-4-de-11-de-abril-de-2018>>. Acesso em 20/03/2019.

Referências Bibliográficas

ANDRADE, G.; SARTORETTO, L. Uma lei para minorias?: Reconhecimento, participação e democracia na criação da nova política brasileira de imigração. **Revista del CESLA**, [S.l.], n. 22, p. 179-202, dez. 2018.

- AVRITZER, L. Modelos de Deliberação Democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil. In: SANTOS, B. Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 561-598.
- BARCELLOS, A. Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa. Minas Gerais: Fórum, 2017.
- BERCOVICI, G. A problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. Revista de informação legislativa, Brasília, v. 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999;
- BERCOVICI, G. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, M. (Org.). Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 143-161.
- BUCCI, M. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, M. (Org.). Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-50.
- CARVALHO, J. Cidadania no Brasil. O longo Caminho. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- CLARO, C.; FAUTH JÚNIOR, S. O processo participativo na elaboração e na consolidação da política migratória brasileira. In: VASCONCELOS, A.; BOTEAGA, T. (Org.). Política migratória e o paradoxo da globalização. Porto Alegre: Edipucrs, 2015. p. 75-103.
- COMISSÃO DE ESPECIALISTAS (PORTARIA MJ N. 2162/2013). Anteprojeto de Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil. Friedrich Ebert Stiftung, Brasília, 2014.
- DIAS, R. Sentido político da toponímia urbana: ruas com nomes de mortos e desaparecidos políticos da ditadura militar brasileira. Patrimônio e memória, São Paulo, v. 8, n.1, jan-jun. 2012.
- DOUZINAS, C. Human Rights and Empire: The political philosophy of cosmopolitanism. Abingdon: Routledge-Cavendish, 2007.

- DOUZINAS, C. O fim dos direitos humanos. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: UNISINOS, 2009.
- DUARTE, C. O ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, S.; BERTOLIN, P. O Direito e as políticas públicas no Brasil. São Paulo: Atlas, 2013.
- DYE, T. Mapeamento dos modelos de análise de políticas públicas. In: HEIDEMANN, F.; SALM, J. Políticas Públicas e Desenvolvimento: Bases Epistemológicas e Modelos de Análise. Brasília: UNB, 2006.
- EGLER, T. Redes tecnossociais e democratização das políticas públicas. Sociologias, Porto Alegre, ano 12, n. 23, p. 208-236, jan./abr. 2010.
- FERREIRA, C. O imigrante como um subversivo prático-político, possibilidade de um “novo mundo” – o projeto universal-cosmopolita dos Direitos Humanos em contraposição à Soberania territorial. Emancipação, Ponta Grossa, v. 11, n. 2, p. 253-266, 2011.
- HARADA, K. Direito Financeiro e Tributário. São Paulo: Atlas, 2018.
- HOLMES, S.; SUSTEIN, C. The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes. Nova York: W. W. Norton & Company, 2000.
- LOPES, A. A cidadania na Constituição Federal Brasileira de 1988: redefinindo a participação política. In: BONAVIDES, P.; LIMA, F.; BEDÊ, F. Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Prof. J. J. Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 21-34
- MANKIW, N. Introdução à Economia. [s.l.]: Cengage Learning, 2019.
- MENEZES, F. Teoria da Legislação: Formação e conhecimento da Lei na Idade Tecnológica. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.
- MORAES, A. Crimigração: A relação entre política migratória e política criminal no Brasil. 2015. 374 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais, PUCRS, Porto Alegre, 2015.

- MÜLLER, F. Quem é povo?: a questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. 3ª ed. São Paulo: Max Limonard, 2003. p. 1-90.
- OLIVEIRA, A. Nova lei brasileira de migração: avanços, desafios e ameaças. Revista Brasileira de Estudos de População, [s.l.], v. 34, n. 1, p.171-179, 23 ago. 2017.
- REIS, R. Soberania, Direitos Humanos e Migrações Internacionais. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 55, n. 19, p.149-164, jun. 2004.
- SANTOS, B; AVRITZER, L. Introdução. In: SANTOS, B. Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 39-84.
- SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016
- SMANIO, G. Dimensões da cidadania. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público – Ano 2. S.l.: p, 13-23, janeiro/junho, 2009.
- SOUZA, C. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006, p. 20-45.

A RELEVÂNCIA DOS DIREITOS HUMANOS NA EFETIVAÇÃO DA POLÍTICA BRASILEIRA DOS REFUGIADOS

Ingrid de Figueiredo Lopes

Yasmin Condé Arrighi

INTRODUÇÃO

O fluxo migratório é uma característica da ação humana no planeta, desde quando o homem deixou de ser sedentário e passou a ser nômade. Dito isto, tanto as imigrações voluntárias quanto as imigrações involuntárias fazem parte da história da humanidade e são resultados de diversos fatores de atração populacional, bem como de refúgio para as vítimas de atos extremistas.

Portanto, o presente trabalho justifica-se por contribuir para a atual reflexão sobre as imigrações involuntárias, principalmente com a política da nova Presidência da República do Brasil, de modo que seja explicado o papel do direito internacional e a eficácia dos tratados internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, na busca da dignidade desses indivíduos.

Diante disso, o objetivo principal é analisar as questões humanitárias defendidas pelos tratados aprovados pelas Assembleias da Organização das Nações Unidas – ONU em comparação com a política brasileira para o acolhimento e reconhecimento dos refugiados e apátridas presentes no Brasil.

A questão central versa sobre a importância que a Declaração Universal dos Direitos Humanos teve para que os países do mundo adaptassem o seu direito interno para receber os tratados internacionais e, no caso do Brasil, adaptar a postura de tratamento dos imigrantes no contexto atual da nova Lei de Migração.

A metodologia utilizada foi um estudo teórico e expositivo, com o objetivo de analisar os conhecimentos já produzidos sobre o tema. Desta forma, a pesquisa tem, como fonte primária, a Declaração Universal; e, como fontes secundárias, relatórios de pesquisas, bibliografia e documentários que contribuíram para o conhecimento histórico, sendo as obras de Hannah Arendt apreciadas como o principal embasamento teórico.

Para o desenvolvimento do tema, a pesquisa foi dividida em três capítulos, a saber: o primeiro trata de uma abordagem histórica sobre os refugiados no mundo; o segundo minudencia como surgiram os direitos humanos e os principais tratados internacionais e, por fim, o terceiro analisa as políticas brasileiras de imigração e sua cooperação no cenário internacional.

CAPÍTULO 1 – HISTÓRICO DOS REFUGIADOS NO MUNDO

Desde a antiguidade Grega e Romana na Idade Média, já era possível encontrar situações resultantes em vítimas de migração forçada. Com o avanço das revoluções liberais e do surgimento do Direito Internacional, o número de pessoas buscando concessão de asilo aumentou drasticamente.

A necessidade de procurar refúgio foi uma das sérias consequências agravadas pelos conflitos mundiais ocorridos na primeira metade do século XX, principalmente entre o período de 1933 e 1945, durante a Segunda Guerra Mundial, marcada pela política de ditadura na Alemanha, através do regime totalitário.

O totalitarismo abarca a censura aos meios de comunicação e a liberdade de expressão para que seja instaurado um novo sistema de governo sem manifestação popular da oposição, de forma que a população aceite uma ideologia de Estado em qualquer esfera de suas vidas pessoais. No entanto, tal regime transformou-se em um dos períodos históricos mais marcantes e desastrosos do mundo. (ARENDR, 2013)

Com a tomada de poder em 1933, o governo alemão tornou-se centralizador e desarticulou a resistência de grupos sociais, usando o medo como forma de agregação ideológica, a qual seria, na visão de Hannah Arendt (2013), um projeto criado por Adolf Hitler para expandir mundialmente a considerada raça pura alemã.

A ascensão do nazismo aumentou com o sentimento de descrença que impedia os alemães de se reerguerem, principalmente após o Tratado de Versalhes de 1919, o qual exigia o pagamento de indenizações exorbitantes por parte da Alemanha, referente à perda da Primeira Guerra Mundial.

Nesta época, a República de Weimar tentou traçar um novo caminho para a Alemanha baseado na liberdade dos indivíduos. Logo, em abril de 1925 houve as eleições presidenciais alemãs e os nazistas conquistaram a posição de maior partido dentro do Reichstag, o parlamento de Berlim.

O presidente do Reichstag indicou Hitler para o cargo de chanceler em 1933, e, com o poder em suas mãos, buscou conquistar cada vez mais territórios para que o Estado se tornasse uma grande potência, aproveitando para fortalecer suas forças paramilitares com um programa armamentista acelerado.

Desta forma, estourou no regime nazista uma crescente crise econômica, social e política, dando margem para a população rejeitar as formas tradicionais de comando e, em um antissemitismo, culpabilizar os judeus pela grave recessão.

Vale lembrar que as raízes do antissemitismo nasceram muito antes do nazismo existir, por isso que os seus ideais marcaram toda a história europeia e não só a história alemã, uma vez que tais princípios enraizaram-se na cultura da Alemanha, da Áustria, dentre outros países.

Isto posto, Hannah Arendt (2013, p. 439) compreende que a instabilidade gerada na sociedade alemã trouxe a desestruturação das classes e o fim dos seus objetivos coletivos, transformando-as em massa, conforme suas palavras relatam:

O termo massa só se aplica quando lidamos com pessoas que, simplesmente devido ao seu número, ou a sua indiferença, ou a uma mistura de ambos, não se podem integrar numa organização baseada no interesse coletivo, seja partido político, organização profissional, ou sindicato de trabalhadores. Potencialmente, as massas existem em qualquer país e

constituem maioria das pessoas neutras e politicamente indiferentes, que nunca se filiam a um partido e raramente exercem o poder de voto.

Além dos judeus, o governo alemão também considerava inimigos do Estado os grupos minoritários de homossexuais, deficientes físicos e raças, ao ponto de serem submetidos a procedimentos de extermínio ou de eutanásia, sendo oportuno ressaltar que, naqueles tempos, a palavra eutanásia estava associada a eugenia de higienização social e purificação da raça humana. (SZKLARZ, 2005)

Por volta de 1938, Hitler autorizou a construção da primeira câmara de gás com a finalidade de assassinar mais de 100 mil deficientes físicos, pacientes psiquiátricos e o genocídio dos judeus, pois estes eram considerados fardos sociais e econômicos para o Estado.

O grandioso plano de Adolf Hitler só foi bem sucedido por conta do forte envolvimento populacional e da falta de consciência desse mesmo povo em relação ao rumo que a Alemanha tomava, principalmente por aceitar a suspensão das nacionalidades dos indivíduos que, por conta disso, eram considerados apátridas.

Com a desnacionalização alemã, tais indivíduos não possuíam garantias jurídicas nem proteção dos direitos humanos, sendo completamente submetidos à soberania dos Estados. Neste sentido, as palavras de Celso Lafer (1988, p. 302) resumem muito bem o fenômeno da desnacionalização ocorrido no totalitarismo:

A desnacionalização tornou-se uma poderosa arma da política totalitária, e a incapacidade constitucional dos Estados-nações europeus de proteger os direitos humanos dos que haviam perdido os seus direitos nacionais permitiu aos governos opressores impor a sua escala de valores até mesmo sobre os países oponentes. Aqueles a quem haviam escolhido como refugio da terra – judeus, trotskistas, etc – eram realmente recebidos como o refugio da terra em toda parte.

O fenômeno da desnacionalização fazia parte do aparato totalitário, na medida em que realizavam destituição moral, jurídica, psíquica e física dos grupos minoritários, considerados inimigos do Estado. Então, de acordo com as palavras de Hannah Arendt (2013, p. 527), o conceito de apátridas “se baseia na solidão, na experiência de não se pertencer ao mundo, que é uma das mais radicais e desesperadas experiências que o homem pode ter”.

Portanto, o totalitarismo é um fenômeno do século XX que consiste em um único líder comandando todo o Estado, sendo aclamado pela maioria da sociedade. Por outro lado, a minoria era ameaçada, torturada e exterminada sem qualquer razão, gerando o desejo de fuga para lugares em que serão acolhidos e aceitos pelo simples fato de ser quem são.

Após a Segunda Guerra Mundial e, posteriormente, a Guerra Fria, o mundo ficou dividido entre o capitalismo e o comunismo. Ainda, o desenvolvimento das indústrias bélicas aumentou consideravelmente, de modo que os países passaram a dispor de um verdadeiro potencial de destruição.

Durante a Guerra Fria, os países reforçaram a segurança nacional para controlar os imigrantes, por conta do medo de o nazismo alavancar uma guerra nuclear entre as potências da época, União Soviética e Estados Unidos da América.

Estima-se que mais de 340 mil judeus tenham buscado refúgio em outros países com o objetivo de salvar as suas vidas. A procura por refúgio durante o nazismo e o extermínio dos judeus, reconhecido como holocausto, perdurou pelos anos que procederem e são cada vez mais comuns nos dias de hoje, por diversos motivos que vão se alterando ao longo do tempo.

Por isso, os refugiados são aqueles indivíduos que saem de seu país de origem, sentindo-se pertencentes ou não daquela nação, por conta da efetiva perseguição ou temores de perseguição por raça, etnia, religião, nacionalidade, posicionamento político ou violação de direitos humanos.

CAPÍTULO 2 – O SURGIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos são discutidos há mais de um século por filósofos, sociólogos e juristas, apesar de ser um tema extremamente primordial, pois esses direitos acompanham a evolução da sociedade. Existem alguns momentos marcantes da história mundial capazes de caracterizar o marco inicial do surgimento dos direitos humanos, como a Declaração Universal.

Os valores dos direitos humanos podem ser traçadas através da história da Idade Antiga e do nascimento das crenças religiosas e culturais ao redor do mundo. O primeiro registro de uma declaração de direitos humanos foi o Cilindro de Ciro, escrito pelo rei da Pérsia, por volta de 539 a. C, época em que propagava-se a religião jainista, a qual possuía a

defesa da não-violência como um de seus principais ideais. (MASSON CARVALHO, 2008)

A Organização das Nações Unidas, criada em 24 de outubro de 1945, foi a organização intergovernamental pioneira em debater a junção dos países em uma única comunidade, objetivando promover a paz mundial e a cooperação internacional para evitar outras grandes guerras.

Os refugiados perseguidos pelo Estado, principalmente no decorrer do Século XX com a Segunda Guerra Mundial, ficavam à margem da sociedade sem conseguir estadia em um país que ofereça segurança e dignidade de sua população. Após o fim da guerra, o medo que rodeava a Alemanha e as vítimas do nazismo continuava enraizado, pois o país ainda se recuperava da recessão econômica e social, motivo que justifica o aumento do fluxo migratório em busca de acolhimento humanitário.

A proteção dos refugiados se intensificou quando a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada pela Assembleia das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, sendo fundamental para a concretização do fim do Holocausto ao determinar expressamente em seu artigo XIV, que “toda pessoa vítima de perseguição tem o direito de procurar e de gozar de asilo em outros países”. (ACNUR, 25)

Pelo fato de ser uma declaração com caráter universal, o caráter criminoso foi aplicado ao genocídio e aos atos de guerra, principalmente àqueles contra os valores essenciais da comunidade internacional e contrários ao bem estar de toda a humanidade. (MASSON CARVALHO, 2008)

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana está diretamente relacionado com os dizeres da Declaração, pois, independente de já possuir ou não o reconhecimento como refugiado, o indivíduo não pode ser desrespeitado em nenhuma esfera. Esta é, inclusive, a interpretação dada ao preâmbulo de tal Declaração, o qual é utilizado pelas doutrinas e jurisprudências do mundo afora:

Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como ideal comum a atingir por todos os povos e todas as nações, a fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos da sociedade, tendo-a constantemente no espírito, se esforcem, pelo ensino e pela educação, por desenvolver o respeito desses direitos e liberdades e por promover, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o seu reconhecimento e a sua aplicação universal e efetivo tanto entre as

populações dos próprios Estados membros como entre as dos territórios colocados sob a sua jurisdição.

É importante destacar que a Declaração Universal não possui obrigatoriedade legal, mas a sua importância é tão significativa que foi utilizada como base para a criação, em 16 de dezembro de 1966, de mais dois tratados internacionais com força de lei para o direito interno dos países signatários.

O primeiro foi o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Político, referente aos direitos de primeira geração, isto é, as garantias e liberdades individuais, enquanto o segundo refere-se ao Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos Sociais e Culturais, objetivando propagar os direitos socioeconômicos e culturais, principalmente na concessão do direito à saúde, educação e trabalho.

Assim como a Declaração Universal, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR também foi adotado pela Assembleia das Nações Unidas, em 14 de dezembro de 1950, com o objetivo de reassentar os refugiados europeus vítimas do massacre da Segunda Guerra Mundial.

Entretanto, as medidas protetivas só começaram a ter efetividade após a aprovação da Convenção de Genebra em 28 de julho de 1951, formalmente nomeada de “Convenção das Nações Unidas Relativas ao Estatuto dos Refugiados”, a qual aborda o conceito, direitos e deveres dos refugiados do mundo todo. (ACNUR, 25)

Como o número de refugiados continuava aumentando por conta de outras ações extremistas e ameaças de perseguições, entrou em vigor o Protocolo de 1967 para auxiliar os refugiados na procura por moradia em outro país. Torna-se relevante destacar o alcance que a redação do Protocolo atingiu, conforme palavras do histórico da própria ACNUR:

O Protocolo de 1967 reformou a Convenção de 1951 e expandiu o mandato do ACNUR para além das fronteiras europeias e das pessoas afetadas pela Segunda Guerra Mundial. Em 1995, a Assembleia Geral designou o ACNUR como responsável pela proteção e assistência dos apátridas em todo o mundo.

O fato de a ACNUR ter desempenhado um trabalho efetivo, fez com que o órgão se tornasse o principal responsável pela assistência dos refugiados e apátridas, inclusive, por ser um de seus pilares garantir o gozo dos

direitos fundamentais, como a liberdade e a dignidade dos indivíduos para que eles possam agir de forma independente. (JUBILUT, 2007)

A Declaração Universal foi necessária para que os líderes dos grandes países pudessem repensar sobre o destrutivo regime dominante do Século XX e suas consequências desastrosas, a fim de haver uma cooperação e solidariedade internacional entre os países.

Desta forma, passaram a ser utilizados conceitos mundialmente reconhecidos e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana começou a ser o principal fundamento para que um terceiro país garantisse a estadia de refugiados, cumprindo com os dizeres universais ao aplicar “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

Portanto, é possível admitir que a Declaração Universal foi de suma importância para que mudassem a política de imigração e adotassem diversos tratados humanitários ao seu direito inferno, de modo que a liberdade e dignidade do indivíduo refugiado não seja ainda mais abalada, apesar de não ser tão simples alcançar a efetividade na prática. (AC-NUR, 116)

CAPÍTULO 3 – A POLÍTICA MIGRATÓRIA BRASILEIRA

O início se deu com a chegada dos portugueses e africanos trazidos para enfrentar o trabalho escravo. Após 1850, com a Lei Eusébio de Queiroz proibindo o tráfico negreiro, imigrantes europeus, judeus e japoneses chegavam ao Brasil para atender as demandas de trabalho.

Durante as décadas de 1920 e 1930, milhares de alemães e, principalmente, judeus, fugiram dos problemas socioeconômicos e da recessão presente na Alemanha. Simultaneamente, o Brasil desenvolvia-se industrialmente ao ponto de carecer de mão-de-obra qualificada, um dos motivos que justificou a migração tanto dos imigrantes voluntários como dos imigrantes involuntários. (USP, 2016)

Nas palavras de Vanessa Berner e Carolina Genovez (2013, p. 02), a imigração voluntária é “quando o deslocamento se dá com vistas as melhores condições de vida, muitas vezes impulsionado pela busca por mais oportunidades de trabalho”, enquanto na imigração involuntária (ou imi-

gração forçada) há “a fuga de seres humanos de guerras; perseguições políticas; raciais, religiosas; ou de desastres ambientais”.

No entanto, dentre esses imigrantes, havia um número maçante de apátridas buscando refúgio contra o extermínio do Holocausto, mas depa- raram-se com uma política governamental de aparências, sob a liderança de Getúlio Vargas e Gaspar Dutra entre 1937 e 1948, restringindo a entra- da através de cotas por nacionalidades e emissão de aproximadamente 27 circulares antisemitas. (TUCCI CARNEIRO, 2011)

Mesmo após a Declaração Universal dos Direitos Humanos ter sido adotada, o totalitarismo culminou em diversos regimes conservadores, como as ditaduras da América Latina. Em 1964 estourou a ditadura no Brasil, a qual resultou na Lei n. 6.815/1980, o Estatuto do Estrangeiro, abrangendo a situação jurídica do estrangeiro no direito interno brasileiro.

Por tal legislação ter sido elaborada em 1980, durante o período da ditadura militar, apresentava resquícios de cunho autoritário e conserva- dor ao apresentar o estrangeiro, no seu artigo segundo, como uma ameaça ao país.

A inserção do novo cenário internacional apontou a necessidade de reestruturação da política migratória que, mundialmente, expressava uma nova geopolítica de desenvolvimento do, então, domínio capitalista, onde um intenso fluxo migratório alarmava as desigualdades e a exclusão social. (BERNER; GENOVEZ, 2013)

O número de imigrações continuou aumentando, principalmente as com objetivo de fugir do terrorismo na Europa, da formação de um Esta- do Islâmico no Oriente Médio, bem como da crise econômica e social da Venezuela e Haiti.

Por esta razão, anos após a reestruturação da democracia, foi de ex- trema importância a promulgação da Lei n. 9.474/1997, a Lei dos Refu- giados, para proteger aqueles que temem “ser perseguidos por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas”.

Com a quantidade de tratados internacionais que estavam sendo ce- lebrados após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, houve a ne- cessidade de o governo brasileiro criar o Comitê Nacional para Refugia- dos - CONARE, órgão responsável pela administração das solicitações de refúgio e reconhecimento do indivíduo como refugiado para que tenha capacidade de participar ativamente da comunidade social.

O CONARE exerce as suas atividades com base na Constituição Federal, na Convenção de Genebra de 1951, no Protocolo de 1967 e, principalmente, na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Porém, o comitê jamais poderá esquecer-se do artigo 48 da Lei n. 9.474/1997, cuja redação ressalta que as decisões deverão estar em harmonia com os mencionados tratados internacionais. (ACNUR, 49)

Ocorre que, o Estatuto do Estrangeiro de 1980 só começou a ser reformulado após a vigência da Lei n. 11.961/2009, a Lei da Anistia Migratória, considerada um avanço para a regularização das imigrações clandestinas e facilitação dos trâmites internos para a permanência no Brasil.

Ainda, permite que o estrangeiro em situação irregular possa conseguir o visto de residência provisória de dois anos, além de adquirir os direitos e deveres dos nacionais, livre circulação no território, acesso ao trabalho, educação, saúde e justiça.

O Ministério da Justiça, através da Portaria n. 2.162/2013, autorizou a criação do Anteprojeto de Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes para pôr fim aos resquícios da ditadura e trazer o escopo dos direitos fundamentais de uma verdadeira democracia, igualando a política externa com o discurso interno brasileiro para preconizar os princípios básicos.

Dentes eles, o Princípio da Igualdade e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana estão diretamente relacionados aos dizeres da Declaração Universal, pois, independente de já possuir ou não o reconhecimento como refugiado, o indivíduo não pode ser desrespeitado em nenhuma esfera.

Apesar de todas as dificuldades encontradas pelos refugiados, o Brasil vem tentando fornecer o máximo de dignidade possível para esses que já sofreram o suficiente em seu país de origem, buscando estar em harmonia com os tratados internacionais do qual é signatário.

Sobre essas dificuldades encontradas, conforme já mencionado, a própria Hannah Arendt (2013, p. 369) entende que “uma vez fora do seu país de origem, permaneciam sem lar; quando deixavam seu Estado, tornavam-se apátridas; quando perdiam os seus direitos humanos, perdiam todos os direitos: eram o refugio da terra”.

O Projeto de Lei n. 288/2013, elaborado pelo senador Aloysio Nunes, foi sancionado pelo Presidente Michel Temer em 24 de maio de 2017. Com isso, foi criada a nova Lei de Migração, a Lei n. 13.445/2017, a qual revogou o Estatuto do Estrangeiro de 1980 em toda a sua integridade.

A nova lei possui um viés humanitário compatível com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e abandona a ideia de que os imigrantes são uma ameaça à segurança nacional, sendo, inclusive, considerada uma das mais avançadas do mundo.

Neste sentido, conforme as palavras de Antônio Tadeu Ribeiro de Oliveira (2017), profissional do Observatório das Migrações Internacionais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, a Lei de Migração:

[...] representa um grande avanço no trato da questão migratória no Brasil e abre a perspectiva de esperança para os coletivos migrantes que já se encontram por aqui, para aqueles que estão por vir e para os brasileiros que emigraram para o exterior.

Além disso, a lei cria a Autoridade Nacional Migratória, “para coordenar a ação do Estado brasileiro nesse setor, para facilitar a regularização migratória, assim promover a inclusão daqueles que estão aqui estabelecidos”. (VETURA et al., 2014)

Em 15 de fevereiro de 2018, através do Decreto n. 9.286/2018, a Casa Civil da Presidência da República criou o Comitê Federal de Assistência Emergencial para, conforme o caput do artigo primeiro, realizar o “acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária”, em especial para atender aos venezuelanos que estão se refugiando no Brasil para fugir da crise social, econômica e política.

Através de pesquisas concretas, é inevitável não concordar que o Brasil vem cumprindo com o seu papel humanitário, conforme pode ser observado pelos dados colhidos em abril de 2018, pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, o qual afirma que 1.145 pessoas já foram reconhecidas como refugiadas, enquanto outras 86.000 aguardam a conclusão do tramite de suas solicitações.

Assim sendo, o grande enfoque que dos direitos humanos ganhou, tanto no âmbito nacional quanto no internacional, foi na luta contra a exploração e a escravização dos imigrantes, preconizado pela dignidade da pessoa humana para que os indivíduos cheguem ao Brasil com mínimas condições de sobrevivência.

Entretanto, ainda não é possível afirmar que o Brasil vai continuar com as posturas humanísticas de referência, pois a política da nova Presidência da República tem fundamento militar e não favorável à recepção

de refugiados e apátridas, por considerar, apesar de ser uma concepção ultrapassada, que eles são uma ameaça ao país, principalmente no que tange aos venezuelanos refugiados barrados na fronteira ao tentar acolhimento brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O massacre que o mundo presenciou deu respaldo para uma nova reorganização mundial, pois, após a Segunda Guerra Mundial e o Holocausto, a questão dos estrangeiros destituídos de direito fazia parte do cenário internacional. No Brasil, o ordenamento jurídico não acompanhou tais mudanças por conta do Estatuto do Estrangeiro ter sido criado no regime ditatorial e excluiu o estrangeiro do corpo social.

No entanto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 abraçou os direitos e deveres dos cidadãos na sociedade democrática, mas, mesmo com respaldo constitucional, é possível notar que a política da nova Presidência da República vem enfraquecendo, cada vez mais, os valores defendidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Apesar de o Brasil ser signatários dos principais tratados internacionais sobre direitos humanos e de promulgar a nova Lei de Migrações, responsável por revogar o antigo Estatuto do Estrangeiro, resta claro que o direito interno vem tentando atender às necessidades do direito internacional, mas é preciso que o governo continue exercendo essas políticas públicas proteção ao refugiado.

Para que o imigrante tenha uma passagem (ou permanência) tranquila, o governo brasileiro deverá tratá-los conforme a ética da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Portanto, é preciso haver um equilíbrio entre as necessidades do Estado em preservar seus cidadãos com as necessidades de uma solidariedade global, independente da nacionalidade do indivíduo.

Por fim, com políticas públicas concretas e equilibradas, o Brasil poderá promover o tão almejado desenvolvimento econômico de um país em desenvolvimento, com a participação tanto de brasileiros natos como daqueles que decidiram por residir aqui.

Caso a Presidência da República do Brasil não continue colaborando com a comunidade internacional, passando a readotar posturas ditatoriais,

estará sendo cúmplice de atos extremistas que assombraram o mundo no passado, esquecendo o dever ético que um país precisa ter.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACNUR. Histórico. ANCUR Brasil. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/historico>>. Acesso em 18 mar 2019.
- ARENDT, Hannah. Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia de Bolso, 2013.
- BERNER, V. B.; GENOVEZ, Carolina. Trabalho, imigração e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: Antônio Marcio da Cunha Guimarães, Eduardo Biacchi Gomes, Margareth Anne Leister. (Org.). Direito Internacional dos Direitos Humanos. 1. ed. Florianópolis: FUNJAB, 2013, pp. 292-309.
- JUBILUT, Liliana Lyra. O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro. São Paulo: Método, 2007.
- LAFER, Celso. A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- MASSON CARVALHO, Flávio Rodrigo. Os direitos humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e o pensamento filosófico de Norberto Bobbio sobre os direitos do homem. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 57, set 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5147>. Acesso em 18 mar 2019.
- OLIVEIRA, Antonio Tadeu Ribeiro de. Nova lei brasileira de migração: avanços, desafios e ameaças. Revista Brasileira de Estudos de População. Belo Horizonte, v. 34, n. 1, 2017, pp. 171-179
- SZKLARZ, Eduardo. Nazismo: Como Ele Pode Acontecer. 1. ed. São Paulo: Editora Abril, 2014.

TUCCI CARNEIRO, Maria Luiza. Na trilha dos judeus refugiados do Nazismo. Revista Morasha. São Paulo, ano XVIII, n. 73, setembro de 2011. Disponível em <<http://www.morasha.com.br/holocausto/na-trilha-dos-judeus-refugiados-do-nazismo.html>>. Acesso em 7 mar 2019

USP, Universidade de São Paulo. Nazismo tropical? O partido Nazista no Brasil. USP, 2007. Consultado em 16 de março de 2016

VENTURA, Deisy; RAMOS, André de Carvalho; DALLARI, Pedro; REIS, Rossana. Uma Lei de Migrações para o Brasil. Artigo de opinião. Folha de São Paulo, 2014. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaio/185553-uma-lei-de-migracoes-para-o-brasil.shtml>. Acesso em: 26 julho 2018.

REPENSANDO FRONTERAS, TERRITORIOS E IDENTIDADES: UNA VISIÓN SOBRE REFUGIADOS FRENTE A LOS 70 AÑOS DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS⁷⁰

Isabelle Duarte Ribeiro Moreno

INTRODUCCIÓN

Según las estadísticas de la Agencia de la ONU para los Refugiados de 2017⁷¹, Europa ocupa el primer lugar en términos de solicitantes de refugio, pues en total cuenta con 1.308.628 personas bajo dicha condición. Esto es así, debido a que sigue siendo el segundo continente con mayor número de refugiados, los cuales suman hoy 6.088.618. De este modo, solamente está atrás de África, que dispone en sus fronteras 6.236.495 refugiados. La región de Asia y Pacífico, por su vez, posee uno de los mayores índices de apátridas, con 2.212.700 en total.

70 La autora desea agradecer al profesor doctor Carlos Mauricio López Cárdenas, de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, por su valiosa y gentil orientación.

71 Naciones Unidas. (2017). Tendencias Globales: Desplazamiento forzado en 2017. Pág. 67.

“Spain became primary sea entry point: In the first half of the year, more people entered Europe via Greece than Italy or Spain, partly because of an increase compared to 2017 in the numbers crossing the land border from Turkey. Most of those arriving in Greece were from Syria, Iraq, and Afghanistan with many likely to be in need of international protection. (...) At the same time, the number of people crossing the sea to Spain increased from May onwards, with more than 10,200 arrivals in October, making Spain the primary entry point to Europe in the latter half of the year.”⁷²

Fuente: UNHCR, 2019.

Los datos de 2017 señalan que los países desarrollados acogían al 85% de los refugiados del mundo bajo el mandato de la ACNUR: unos 16,9 millones de personas. Mientras tanto, los países menos desarrollados daban asilo a una proporción creciente: un tercio del total mundial (6,7 millones de refugiados). Incluso, de acuerdo con las fuentes, más de dos tercios (el 68% del total) de todos los refugiados del mundo procedía de solo cinco países:

República Árabe Siria	6,3 millones
Afganistán	2,6 millones
Sudán del Sur	2,4 millones
Myanmar	1,2 millones
Somalia	986.400

Fuente: Naciones Unidas. (2017). Tendencias Globales: Desplazamiento forzado en 2017.

De hecho, ya han transcurrido muchas décadas en las que el tema de los refugiados se ha tratado en el derecho internacional y aun así necesita atención mundial para enfrentar la problemática que afecta a las personas en situación de desplazamiento forzado. Dicha cuestión ha sido objeto de diversos instrumentos y tratados internacionales, así como de la jurisprudencia.

72 UNHCR. (2019). Desperate Journeys - Refugees and migrants arriving in Europe and at Europe's borders, (December), 1–36.

dencia de órganos internacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos, entre otros. Un ejemplo de esto es que, según datos del Global Appeal 2018–2019 de ACNUR, “148 States are parties to the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and/or to its 1967 Protocol.”⁷³

Se estima que en las últimas décadas la cantidad de refugios en el mundo ha asumido proporciones descomunales, y llega hoy, según estadísticas recientes, a más de 67 millones de personas en situación de desplazamiento forzado en el mundo por conflictos o violación generalizada de Derechos Humanos.⁷⁴ Los datos alarmantes aquí presentados corroboran la importancia de repensar fronteras, territorios e identidades en los días actuales, retomando el título de la presente investigación.

2. El surgimiento de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los refugiados

Sin duda, el contexto histórico en que fue instaurada una de las más importantes Declaraciones en materia de Derechos Humanos es muy relevante para entender su significado y que efectivamente ha cambiado desde el año 1948. Este se trata de un momento delicado en la historia internacional, puesto que se ponía fin a la Segunda Guerra Mundial y las naciones involucradas vivían bajo un gran horror, situación desencadenada por una emergencia humanitaria en ámbito global.

De acuerdo con los relatos de Jazmín Castaño y Victoria Kandel⁷⁵, que analizan fotografías tomadas en el año de 1945, en los campos de exterminio controlados por los nazis murieron más de seis millones de personas. Mientras tanto, en ese mismo año, las dos bombas atómicas arrojadas sobre las ciudades de Hiroshima y de Nagasaki provocaron la muerte instantánea de 40.000 personas y de más de 70.000 mil de personas, respectivamente.

73 ACNUR- UNHCR, Global Appeal 2018-2019.

74 Ibidem. Pág. 14.

75 Kandel, Jazmín Castaño y Victoria. 1948. “El Surgimiento de La Declaración Universal de Los Derechos Humanos: Contexto Histórico y Algunas de Sus Características.” 1–13.

En las palabras de las autoras, “ante este horror fue necesario construir un consenso para determinar que: la dignidad, la vida y la libertad de las personas son absolutamente prioritarias e impostergables.”⁷⁶ La idea es confirmada con lo que señala los autores Rachel Brett and Eve Lester en su estudio sobre el derecho de los refugiados y el derecho internacional humanitario⁷⁷:

“Geo-political dynamics since the end of the Cold War have thrown new light on root causes of refugee movements and other forced displacement, and on the responses and solutions. (...) Now refugee movements and other forced displacement are increasingly recognized as taking place more generally in the context of armed conflict or mass expulsion.” (BRETT, Rachel y LESTER, Eve, 2001).

Según las Naciones Unidas, “la Declaración Universal de los Derechos Humanos es un documento que marca un hito en la historia de los derechos humanos. Elaborada por representantes de todas las regiones del mundo con diferentes antecedentes jurídicos y culturales, la Declaración fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III), como un ideal común para todos los pueblos y naciones. La Declaración establece, por primera vez, los derechos humanos fundamentales que deben protegerse en el mundo entero y ha sido traducida en más de 500 idiomas.”⁷⁸ Esto corrobora la importancia que ha asumido el documento en el ámbito internacional.

Dentro del tema de los refugiados, hay unos artículos que efectivamente pueden ser señalados de la presente Declaración Universal de Derechos Humanos. Estos pueden brindar a los refugiados la seguridad jurídica que necesitan, pero más que eso, debe acompañar proyectos y actividades gestionadas en nivel internacional, que pongan en práctica tales garantías previstas en la ley. En otras palabras, es necesario que haya una preocupación con la inserción social de los refugiados, lo que implica en políticas públicas para su bienestar además de la garantía de sus derechos de vivir en una comunidad que los acepten y los respeten:

76 Ibidem. Pág. 3.

77 BRETT, Rachel & LESTER, Eve. Refugee law and international humanitarian law: parallels, lessons and looking ahead – A non-governmental organization’s view. In *International Review of the Red Cross*. Geneva: September 2001. Vol. 83, num. 843, p. 714

78 UNIDAS, Naciones. La Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948.

Artículo 13: (1) Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. (2) Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

Artículo 14: (1) En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.

3. Los refugiados: la diferencia entre inmigrantes, asilados y desplazados

Cabe señalar, en primer lugar, que el concepto de “migrantes internacionales”, comúnmente confundidos con el de “refugiados”, comprende a las personas que, voluntariamente, emigran hacia el exterior; por ejemplo, alguien que cruza una frontera en búsqueda de mejores oportunidades económicas. Este no es el caso del refugiado, el cual se desplaza para salvar su vida o para garantizar su libertad y sus derechos. El migrante tiene, por lo tanto, derecho a protecciones específicas en el ámbito del derecho internacional, la cual no es la misma del refugiado, ya que para los migrantes se encuadrada la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 1990.

En segundo lugar, se puede analizar el concepto de lo que viene a ser refugiado y establecer que dicho término no se confunde con el concepto de asilado, puesto que un asilado es la persona que sufre persecución por delitos políticos. Aparte de eso, el asilo político es un instituto originario del Tratado Sobre Asilo y Refugio Político de Montevideo de 1939⁷⁹ y solo adoptado en la América Latina.

Ahora bien, cuando se habla en el concepto de desplazado, de acuerdo con fuentes del Grupo de Investigación Migraciones y Desplazamientos, de la Universidad Nacional de Colombia, este sería la persona que se desplaza pero no necesariamente ha podido pasar las fronteras de su país de origen.⁸⁰ Es decir, el desplazado no se beneficia totalmente de la protección de su propio país, así que suelen buscar esta protección en otro lugar.

79 “Tratado Sobre Asilo y Refugio Político De Montevideo.” 1939. In, 1–3. Montevideo, Uruguay.

80 UNIVERSIDAD NACIONAL, Periódico Digital. “Refugiados, desplazados, asilados: ¿cuál es la diferencia?” 2018. Bogotá, Colombia.

De acuerdo con lo que dice la Agencia de la ONU para los Refugiados, el término “refugiados incluye a las personas reconocidas en el marco de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, su Protocolo de 1967, la Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA) de 1969 por la que se Regulan los Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África, las personas reconocidas de acuerdo con el Estatuto de ACNUR, las personas a las que se les conceden “formas complementarias de protección” y las que disfrutaban de protección temporal.”⁸¹ Además de esto, describe el artículo 1 de la Ley 9.474 / 1997 en Brasil⁸², la cual define mecanismos para la implementación del Estatuto de los Refugiados de 1951, que:

“Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que: I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior; III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Puesto que la presente investigación tiene como tema central los refugiados, no se puede dejar de enfatizar el inciso III del artículo arriba citado. Lo anterior muestra una dicotomía existente entre los derechos humanos previstos en la ley y aquellos efectivamente garantizados en la práctica, motivo por el cual se propone en este estudio enfatizar no solo legislaciones internas, sino también tratados y declaraciones internacionales, tales como la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948⁸³. La cuestión aquí presentada revela también el extremismo en que

81 Naciones Unidas. (2017). Tendencias Globales: Desplazamiento forzado en 2017. Pág. 61.

82 BRASIL, 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.

83 ACNUR – Alto Comisario de las Naciones Unidas para Refugiados: Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 28 de julio de 1951. DUDH – Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

determinados individuos están insertos, teniendo como último recurso disponible migrar, en un acto compulsivo, más allá de sus fronteras y reanudar sus vidas.

4. La declaración universal de derechos humanos, la obligación internacional y el Principio de no devolución “non-refoulement”

En este orden de ideas, el principio de no devolución (“non-refoulement”) establece que los solicitantes de refugio y los refugiados no pueden ser retornados a ningún país o frontera donde su vida corra riesgo. En otras palabras, uno de los principales puntos de la Convención de 1951 de la ONU sobre refugiados, la cual prevé los derechos básicos que los países signatarios deben garantizar a tales personas es que los refugiados no pueden ser expulsados o devueltos a fronteras o territorios donde sus vidas o libertades se encuentren amenazadas. Ante el tema, establece, por lo tanto, el artículo 33.1 de dicha Convención:

Artículo 33. - Prohibición de expulsión y de devolución (“refoulement”)

1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.⁸⁴

En lo que respecta a ese principio, sugiere el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados que este ya se considera una norma de derecho internacional consuetudinario.⁸⁵ Para ilustrar, recordemos qué dice la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la Familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bo-

⁸⁴ Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 28 de julio de 1951.

⁸⁵ “El principio de no devolución, consagrado en el artículo 33 de la Convención de 1951 forma parte del derecho internacional consuetudinario.” (División de Servicios de Protección Internacional. Nota del ACNUR sobre las garantías diplomáticas y la protección internacional de los refugiados, 2006, pág. 7).

livia.⁸⁶ Este último se trataba de una familia peruana que había ingresado en Bolivia bajo la condición de refugiados, pero años después el gobierno de Bolivia determinó su expulsión y prohibió a la familia mantenerse en fronteras bolivianas.

En mencionado caso, la Corte IDH en sus puntos resolutivos, ha decretado que hubo “la violación del derecho a buscar y recibir asilo, del principio de no devolución (contenidos en el derecho de circulación y residencia) y de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial”.⁸⁷ Además, fue igualmente violado el derecho a la protección de los niños y de la familia por el Estado Plurinacional de Bolivia. Lo importante es que, con respecto al principio de no devolución, la Corte señaló lo siguiente:

“Al recordar que, en el sistema interamericano, el principio de no devolución es más amplio en su sentido y alcance y, en virtud de la complementariedad que opera en la aplicación del Derecho Internacional de Refugiados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la prohibición de devolución constituye a la vez la piedra angular de la protección internacional de las personas refugiadas o asiladas y de las personas solicitantes de asilo. Este principio también constituye una norma consuetudinaria de Derecho Internacional y se ve reforzado, en el sistema interamericano, por el reconocimiento del derecho a buscar y recibir asilo.”

Fuente: Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013.

5. La declaración universal y el estatuto de los refugiados a 70 años

Dadas las consideraciones que anteceden, la problemática en ese momento consiste en la siguiente pregunta: ¿En qué medida se puede considerar que un individuo que vive un desplazamiento forzado goza cien por ciento de los derechos humanos? Y más que eso, ¿se puede decir que hubo mejoras en la protección de refugiados a lo largo de los últimos 70 años?

86 Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013.

87 Ibidem. Pág. 89.

Si volvemos a las preguntas arriba subrayadas, se puede decir que el derecho internacional de los derechos humanos ejerce un papel sobresaliente, puesto que es el instituto que respalda el compromiso de los Estados en observar los términos pactados. Por eso, es lógico pensar en responsabilidad de los Estados para ser un agente de cambios, sin que sea solamente en la teoría.

“El derecho internacional de derechos humanos establece las obligaciones que deben cumplir los Estados. Al pasar a formar parte de tratados internacionales, los Estados asumen deberes y obligaciones en virtud del derecho internacional, y se comprometen a respetar, proteger y promover los derechos humanos. (...) La obligación de promover significa que los Estados deben adoptar medidas positivas para facilitar la realización de los derechos humanos básicos.”

Fuente: Organización de las Naciones Unidas. (2008). *Fundamento De Las Normas Internacionales De Derechos Humanos*.

A partir del tema, queda todavía claro que los derechos humanos, revertidos en agencias dedicadas al trabajo humanitario y consecuentemente la mejora de las condiciones de vida de dichos pueblos, desempeñan un papel fundamental de protección a los refugiados. La oficina del ACNUR, por ejemplo, tuvo surgimiento en la resolución 248 (V) de la Asamblea General del 14 de diciembre de 1950⁸⁸ - o sea en un contexto pos Segunda Guerra y pos DUDH - y ella ejerce la importante función de “promover, junto con los Estados y Organizaciones no Gubernamentales la protección y asistencia a los refugiados.”⁸⁹

Con respecto a la segunda pregunta, es pertinente mencionar la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, de 19 de septiembre de 2016. Como bien afirma las Naciones Unidas, esa declaración “expresa la voluntad política de los dirigentes mundiales de salvar vidas, proteger derechos y compartir la responsabilidad a escala mundial.”⁹⁰ Lo anterior puede ser entendido como una manera en que los estados han

88 General, Asamblea. 1951. “Estatuto de La Oficina Del Alto Comisionado de Las Naciones Unidas Para Los Refugiados” 428 (V): 1–4.

89 Ibidem. Pág. 182.

90 Naciones Unidas. (2017). *Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes*. Resolución Aprobada Por La Asamblea General El 19 de septiembre de 2016, 4 (1), 1–27.

pensado, y ratificado, a través de sus propios esfuerzos, tratados que tienen por finalidad reforzar la democracia y los derechos de los individuos que se encuentren bajo una situación de vulnerabilidad.

“En la actualidad, todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas han ratificado al menos uno de los nueve tratados internacionales básicos de derechos humanos, y el 80% de ellos ha ratificado al menos cuatro de ellos, lo que constituye una expresión concreta de la universalidad de la DUDH y del conjunto de los derechos humanos internacionales.”⁹¹
(Naciones Unidas, 2008)

CONSIDERACIONES FINALES

A partir del presente estudio, se entiende que el desafío relativo a la crisis humanitaria, en lo que se refiere a los solicitantes de refugio, es constante. Se observa la importancia de la protección de los países del globo para cumplir las políticas de acogida a los refugiados, de los principios enumerados en los tratados internacionales, sobre todo en la Declaración Universal de Derechos Humanos y se concluye que los derechos civiles básicos de un ciudadano, como la libertad de pensamiento, el derecho de ir y venir y el derecho a la propiedad deben ser de hecho más priorizados.

Se puede observar que desde la firma de la Declaración Universal hace 70 años, mecanismos de protección de derechos humanos y otros tratados internacionales fueron creados con el objetivo de asegurar a los refugiados y personas en situación de desplazamiento sus derechos y garantías. Sin embargo, los datos estadísticos aquí presentados ilustran una realidad todavía muy dramática y que, por lo tanto, sugiere que la humanidad clama por cambios más efectivos.

Dichos cambios, de hecho, como bien afirma María Teresa Ponte Iglesias, equivalen a “los medios para hacer posible que las personas vivan con seguridad en su propio país.” En sus palabras, ellos pasan por promover la democracia y los derechos humanos a través de la existencia de instituciones políticas responsables y del establecimiento en los países de origen de instituciones efectivas, leyes y procedimientos que garanticen

91 Organización de las Naciones Unidas. (2008). Fundamento De Las Normas Internacionales De Derechos Humanos.

el ejercicio de estos derechos, la promoción del desarrollo a través de la eliminación de la pobreza, la limitación del comercio de armas, el establecimiento de una presencia civil internacional.⁹²

Al final, por tratarse de un tema con impacto social fuerte, que cambian las dinámicas socioculturales y económicas de las regiones que reciben estas nuevas poblaciones, se verifica la necesidad de diálogo acerca del tema de refugio y sus tópicos relacionados, a niveles sociales. Para que esto suceda, sin embargo, se propone a partir de este trabajo una visión más humanitaria respecto a estas nuevas poblaciones, lo que se da por medio del debate, de la discusión temática y de la actitud de los países en términos de poner en práctica todo lo que disponen los tratados y convenciones en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos.

REFERENCIAS

ACNUR. Alto Comisario de las Naciones Unidas para Refugiados: Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 28 de julio de 1951. Disponible en: <<https://www.refworld.org/es/docid/47160e532.html>>.

ACNUR. “Refugiados” e “Migrantes”: Perguntas Frequentes. Disponible en: <<https://www.acnur.org/portugues/2016/03/22/refugiados-e-migrantes-perguntas-frequentes/>>.

BRASIL, 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. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19474.htm>.

BRETT, Rachel & LESTER, Eve. Refugee law and international humanitarian law: parallels, lessons and looking ahead – A non-governmental organization’s view. In *International Review of the Red Cross*. Geneva: September 2001. Vol. 83, núm. 843, p. 714.

92 Ma. Teresa Ponte Iglesias, “Un Marco Normativo e Institucional para los Desplazados Internos en el Derecho Internacional,” *Revista Española de Derecho Internacional* 52, no. 1 (January - June 2000): 49-82. Pág. 80.

Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId Ficha=376>

División de Servicios de Protección Internacional. Nota del ACNUR sobre las garantías diplomáticas y la protección internacional de los refugiados, 2006, pág. 1-22. Disponible en: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7130.pdf>>.

DUDH. Declaración Universal de Derechos Humanos. Disponible en: <<https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>>

Ma. Teresa Ponte Iglesias, “Un Marco Normativo e Institucional para los Desplazados Internos en el Derecho Internacional,” *Revista Española de Derecho Internacional* 52, no. 1 (January - June 2000): 49-82.

Naciones Unidas. (2017). Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes. Resolución Aprobada Por La Asamblea General El 19 de Septiembre de 2016, 4 (1), 1-27. <https://doi.org/10.18268/bsgm1908v4n1x1>.

Naciones Unidas. (2017). Tendencias Globales: Desplazamiento forzado en 2017. Disponible en: <<https://www.acnur.org/5b2956a04.pdf>>.

Organización de las Naciones Unidas. (2008). Fundamento De Las Normas Internacionales De Derechos Humanos.

Disponible en: <<http://www.un.org/es/events/humanrightsday/2008/ihtml.shtml>>.

Tratado Sobre Asilo Político y Refugio de Montevideo. (1939). In , 1-3. Montevideo, Uruguay.

UNIDAS, Naciones. La Declaración Universal de Derechos Humanos. Disponible en: <<https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>>.

UNIVERSIDAD NACIONAL, Periódico Digital. Refugiados, desplazados, asilados: ¿cuál es la diferencia? (2018). Bogotá, Colombia. Disponible en: <<http://unperiodico.unal.edu.co/pages/detail/refugiados-desplazados-asilados-cual-es-la-diferencia/>>.

UNHCR. (2019). Desperate Journeys - Refugees and migrants arriving in Europe and at Europe's borders, (December), 1-36. Disponible en: <https://data2.unhcr.org/en/documents/download/67712#_ga=2.254364495.618840998.1550701619-305019919.1544779305>.

VIEIRA DE PAULA, Bruna. O Princípio do Non-Refoulement, Sua Natureza Jus Cogens e a Proteção Internacional Dos Refugiados. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, [S.l.], n. 7, p. 51-68, dez. 2006. ISSN 1677-1419. Disponible en: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/94>>.

A NACIONALIZAÇÃO DOS REFUGIADOS NO BRASIL

Lia Batista Martins Maia

Denison Melo de Aguiar

Adriana Almeida Lima

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como abrangência principal a questão da situação da nacionalidade dos refugiados no Brasil. Para que seja entendido isso é necessário o entendimento de conceitos como o de nacionalidade, cidadania, naturalidade, além da diferença entre refúgio e asilo. O Direito internacional dos Refugiados proveniente dos Direitos Humanos é fundamental para cada ser humano, em que se refugia em outro país, e não deve ser ignorado. Sendo destacado uma série de atribuições e determinações para que seja esclarecida a situação dos refugiados no país. Considerando ainda a situação dos Haitianos refugiados no Brasil nos últimos anos.

Neste sentido, o objetivo deste artigo é descrever a situação da nacionalização dos estrangeiros refugiados no Brasil. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica e documental, pesquisou-se o conteúdo sobre refugiados no Brasil, em doutrina jurídica e legislação. O problema de pesquisa é: Como a doutrina, a legislação e a jurisprudência descrevem a relação entre a nacionalização dos Refugiados no Brasil?

Buscando averiguar a situação perante o respeito e atuação por parte do Estado Brasileiro ao mínimo de direitos humanos fundamentais reconhecidos aos refugiados e aos mecanismos de defesa dos refugiados, bem como no que se refere a definição de refugiados, as regras de acesso e de

exclusão desse status jurídico. Com base em princípios e normas internacionais e nacionais, baseando-se na Constituição Federal de 1988 e no Direito Internacional dos Refugiados – Direito Internacional dos Direitos Humanos. Além de destacar os direitos e deveres dos Estrangeiros no Estado brasileiro, que se encontra no Estatuto do Estrangeiro de 1980, a relação do Brasil com o Direito ao Asilo. E por fim análise da influência do acolhimento institucional do governo na integração social dos refugiados ambientais, dando atenção especial no caso dos haitianos, identificando, também os problemas resultados. Contudo, os refugiados não podem ser discriminados ou esquecidos pois são possuidores de dignidade da pessoa humana- direito assegurado pela Constituição Federal Brasileira aos nacionais e aos estrangeiros.

2. NACIONALIZAÇÃO DOS REFUGIADOS NO BRASIL

2.1. NACIONALIDADE, CIDADANIA E NATURALIZAÇÃO

Para início de análise é importante a ciência de alguns termos importantes do estudo do Direito Internacional Privado. Como a diferenciação entre nacionalização, cidadania e naturalização.

Segundo Del’Omo (2010) nacionalidade é o que identifica a relação jurídica entre a pessoa e o Estado, criando direitos e obrigações recíprocas. Possuidora de dois critérios para que ocorra aquisição da nacionalidade originária: o vínculo familiar – jus sanguinis; e o local do nascimento, jus soli.

A nacionalidade identifica o liame jurídico fundamental entre o ser humano e o Estado, constituindo-se no elo que cria para ambos direitos e obrigações recíprocas. Esses elos os manterão unidos, mesmo na eventualidade de afastamento da pessoa do espaço geográfico do país, onde continuará recebendo proteção estatal e respeitando as diretrizes emanantes da sua soberania. Trata-se de vínculo jurídico-político, social e moral que segue princípios instituídos pelo Estado, mas admitidos pelo Direito Internacional. Pela nacionalidade a pessoa passa a pertencer juridicamente à população constitutiva de um Estado. (Del’Olmo, 2010, pág.73).

É determinada na Constituição Federal Brasileira e em referências do Direito Internacional Privado. Bem como no artigo 12 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), nos artigos 111 a 124 da Lei 6.815 de 1980

(BRASIL, 1980) e nos artigos 119 a 134 do Decreto lei 86.715, de 1981 (BRASIL, 1981).

Analisando o artigo 12 da CRFB/88 (BRASIL, 1988), o Brasil apesar de ter como critério o jus soli, reconhece o jus sanguinis, ou seja, a pessoa nascida no estrangeiro, de pai ou mãe brasileiros, a serviço do país no exterior. Podendo ocorrer ainda o caso da pessoa nascida no estrangeiro, de pai ou mãe brasileiros, que venha a residir no Brasil e opte pela nacionalidade brasileira a qualquer tempo. (LOEBLIEIN, Marcelo, 2011).

O critério jus soli adotado pelo Brasil é visto como um critério democrático de nacionalidade, pois não discrimina pessoas que seriam consideradas estrangeiras em função de seus pais serem oriundos de outros países. Para Mazzuoli nacionalidade - elemento de conexão - guarda grande relevância para o DIPr em geral, quer para resolver conflitos de leis no espaço relativos ao gozo, ao exercício ou ao reconhecimento de direitos. (MAZZUOLI, 2015).

A Cidadania, apesar de em muitas vezes confundida, é diferente da nacionalidade. Encontra-se disposta nos artigos 14 a 16 da CRFB/88, e é um conteúdo adicional, de caráter político, facultando à pessoa certo direitos políticos, como votar e ser votado. Há, portanto, nacionais que não possuem cidadania. Não esquecendo que até mesmo o nacional pode perder seus direitos políticos, estabelecidos no artigo 15 da Constituição, sem perder a nacionalidade, entretanto, a perda da nacionalidade implica perda dos direitos políticos, de acordo com o artigo 12, § 4º combinado com artigo 15, I, da Constituição Federal. (LOEBLIEIN, 2011).

A naturalização consiste na forma de nacionalidade secundária que pode ser tácita ou expressa. Consiste em um ato personalíssimo, não sendo necessário a abrangência de seus familiares, de acordo com artigo 123 do Estatuto do Estrangeiro. Segundo Del'Olmo (2010),

consiste no ato pelo qual o estrangeiro ou o anacional se investe juridicamente da condição de nacional de país que adotou para viver e trabalhar e que agora o admite como tal. Trata-se de nacionalidade derivada ou secundária, uma vez que adquirida após o nascimento. Na atualidade, não implica necessariamente a perda da nacionalidade originária, dependendo das regras internas de cada ordenamento jurídico. É ato gracioso, faculdade do poder Exe-

cutivo, uma vez que nenhum Estado está obrigado a naturalizar qualquer pessoa.

É indispensável o entendimento de que é facultativo para o Estado a concessão da nacionalidade, ainda que o requerente preencha todos os requisitos estabelecidos pelo Estatuto do Estrangeiro, pela Lei 6.815/80, afinal, em seu artigo 121 assevera que “A satisfação das condições previstas nesta lei não assegura ao estrangeiro o direito à naturalização”.

2.2. A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS

O refugiado é definido pela Convenção da ONU relativa ao Estatuto dos Refugiado como a pessoa que, em razão de fundados temores de perseguição devido à sua raça, religião, nacionalidade, associação a determinado grupo social ou opinião política, encontra-se fora de seu país de origem e que, por causa dos ditos temores, não pode ou não quer regressar ao seu Estado.

Os refugiados encontram proteção à luz do direito internacional. Da condição de refugiado decorrem violações de direitos humanos básicos que se encontram consagrados na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. A todos é assegurado, com base na Declaração de 1948, o direito fundamental de não sofrer perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, participação em determinado grupo social ou opiniões políticas.

A Carta das Nações Unidas fundamenta-se no princípio da proteção e respeito dos direitos do homem e como corolário desse princípio o direito de asilo apresenta-se como forma de garantir as liberdades fundamentais a todos sem distinção.

Ocorre que, em diversas situações, o direito de asilo passa a ser considerado um problema de ordem pública, ou seja, um direito do Estado, e não encarado como integrante do elenco dos Direitos Humanos; nessa visão o Estado não estaria obrigado a conceder o asilo, só o faria se assim desejasse. Tal situação pode ser claramente verificada na posição atual dos Estados Unidos e de países da União Europeia que estão restringindo a entrada de estrangeiros, principalmente dos países considerados de terceiro mundo, sem nenhum critério ou distinção.

A Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 surge como um instrumento internacional e específico de proteção dos direitos dos refugiados enquanto pessoa humana e dispõe de forma universal sobre a questão dos refugiados, sobre seus direitos e sobre seus deveres.

Segundo Amaral vale ressaltar que o Direito Internacional dos Refugiados tem reflexos diretos da internacionalização dos direitos humanos, declarando uma vez que:

A internacionalização dos direitos humanos se materializa em uma pletora de tratados e convenções, transformando o indivíduo em sujeito do Direito Internacional. A formação de um espaço público internacional dos direitos humanos alimentado pelos meios de comunicação enfraqueceu o apelo político ao conceito de soberania para encobrir a prática de perseguições, massacres e torturas contra minorias étnicas e opositores políticos (AMARAL JR, 2001).

Com isso, é perceptível que a pessoa humana conta com um grande sistema de proteção, denominado de Direito Internacional dos Direitos Humanos *lato sensu* (ou Direito Internacional de Proteção da Pessoa Humana), que se divide em três vertentes de proteção: o Direito Internacional dos Direitos Humanos *stricto sensu*, o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Refugiados.

O que pode ser afirmado por Fábio Comparato, quando aponta como base do Direito Internacional dos Refugiados os Direitos Humanos, verifica-se que é ela também a base de criação do refúgio, sendo os critérios apresentados os mesmos utilizados na definição legal das hipóteses de reconhecimento do status de refugiado o fato de que:

Todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais”.

(COMPARATO, 2001).

De fato, ambos partem do mesmo fundamento, mas se distinguem quanto à abrangência de suas proposições, pois o Direito Internacional dos Refugiados apenas protege o ser humano enquanto perseguido em função de sua raça, religião, nacionalidade, etnia, opinião política e pertencimento a grupo social, enquanto o Direito Internacional dos Direitos Humanos objetiva também assegurar condições mínimas para que o homem sobreviva e possa buscar a felicidade, englobando assim a base de atuação daquele.

É assim que Flávia Piovesan afirma que:

A proteção internacional dos refugiados se opera mediante uma estrutura de direitos individuais e responsabilidade estatal que deriva da mesma base filosófica que a proteção internacional dos direitos humanos. O Direito Internacional dos Direitos Humanos é a fonte dos princípios de proteção dos refugiados e ao mesmo tempo complementam tal proteção”. (PIOVESAN,1996).

Em sendo parte do cotidiano da sociedade internacional, devido ao caráter multicultural desta, e sendo indispensável para a convivência pacífica entre as diferenças, a tolerância se configura em um princípio importante da proteção dos direitos humanos e, conseqüentemente, do Direito Internacional dos Refugiados. Desse modo, verifica-se que, quer por questões religiosas, quer por questões morais, ou, ainda, por questões humanistas, a proteção do ser humano e o dever dos Estados de garanti-la para seus nacionais ou para estrangeiros sob sua jurisdição sempre é justificada, e sendo os refugiados uma categoria de ser humano que depende dessa proteção, conta o refúgio com ampla fundamentação filosófica (JUBILUT, 2007).

3. PROTEÇÃO AOS REFUGIADOS NO BRASIL

3.1. SITUAÇÃO DOS ESTRANGEIROS NO BRASIL

Os estrangeiros no Brasil possuem, assim como todos os outros cidadãos brasileiros, direitos e deveres dentro do território nacional, porém de forma limitada. Estes podem ser encontrados os deveres nos artigos 96,

102 e 103 e os direitos estão nos artigos 95, 97, 99, § único, e 108, da lei 6.815/80. Além dos artigos 111 a 118 do Decreto Lei 86.715/91.

Portanto pode-se dizer que no âmbito privado, os estrangeiros possuem as mesmas bases de proteção pela lei brasileira. O que será limitado são as ressalvas referentes a atividades políticas e a ocupação de cargos específicos. Atividades estas que influenciam na direção do país. Assim como também não podem exercer o ato de voto, com exceção apenas dos portugueses (artigo 14, §2º, CF/88). Importante destacar que a situação especial dos portugueses no Brasil e dos brasileiros em Portugal, foi estabelecida pela Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres em brasileiros e portugueses de 1971, encontrada no artigo 12, II, “a” c/c §1º da CF/88):

II— naturalizados: a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;

§ 1º 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”.

De acordo com Del’Olmo (2010), ainda tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 5.655/2009, que visa a alterar o atual Estatuto do Estrangeiro, especialmente no que se relaciona ao respeito ao humanismo da imigração, à garantia dos direitos humanos, interesses socioeconômicos e culturais do Brasil, defesa do trabalhador nacional, segurança da sociedade e à preservação das instituições democráticas (SANTOS, 2011).

3.2. BRASIL E O DIREITO AO REFÚGIO: ASILO VERSUS REFÚGIO

Primeiramente é necessário destacar a diferença entre Asilo e Refúgio. O asilo se caracteriza pelo acolhimento, por determinado Estado, de pessoa estrangeira que o requerer quando perseguido em seu país de origem pela prática de crimes de opinião, por motivo de dissidência ideológica ou ainda de convicção religiosa. Podendo ser diplomático ou territorial.

Segundo Seitenfus (1997) o aliso diplomático poderá ser concedido ao estrangeiro alvo de perseguição política, com o asilo ocorrendo no recinto de uma missão diplomática ou de uma repartição consular.

O asilo diplomático não assegura ao estrangeiro o direito ao asilo territorial, pois este consiste num ato discricionário do Estado. O estrangeiro refugiado deve requerê-lo ao Ministério da Justiça, que o concede mediante termo de compromisso assinado perante o diretor do Departamento de Estrangeiros, após as sindicâncias que investigam as causas determinantes do asilo. Uma vez concedido, procede-se ao registro na Polícia Federal, que emite documento de identidade. Se as condições alegadas para o asilo, a juízo do governo brasileiro, não ficarem suficientemente caracterizadas, configura-se o impedimento a sua entrada ou permanência no território nacional (LOEBLEIN, Marcelo, 2011).

O refúgio diferentemente do asilo, tem característica apolítica, universal e visa à proteção de pessoas que temem a perseguição por motivos étnicos, religiosos ou ideologia política, como no caso dos refugiados da Palestina. Portanto o asilo geralmente ocorre em situações particulares, é o exercício de um ato soberano do Estado, decisão política cujo cumprimento não se sujeita a nenhum organismo internacional, ou seja, é necessária a relação de indivíduo perseguido como o Estado que o acolhe.

Diferentemente o refúgio atinge um número maior de pessoas e tem um aspecto mais generalizado, operando-se em massa, sendo oriundo de um abalo estrutural de um país ou região, gerando vítimas ameaçadas em seus direitos humanos (LOEBLEIN, 2011).

O Brasil, por haver a possibilidade de regulamentação interna sobre o refúgio, adequou o rol trazido pela Convenção de 1951, reconhecendo a violação aos direitos humanos a qual, justifica o reconhecimento de refúgio. Observa-se que o Brasil, visando regras mais claras, aprovou sua própria lei, respeitando as regras impostas na Convenção de 1951 (BARRETO, 2010).

Com isso, o instituto refúgio, no Brasil, é regrado pela Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 (BRASIL, 1951) e pela Lei brasileira no 9.474/97 (BRASIL, 1997). Estabelece o art. 1º da referida Lei quem pode ser reconhecido como refugiado no território brasileiro:

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Portanto nota-se com clareza que é considerado no Brasil refugiado todo o indivíduo que, devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, concentra-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se a proteção a tal país, ou aquele que, não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função de perseguição odiosa já mencionada.

Além disso, dispõe a lei que será considerado refugiado todo aquele que devido a grave e generalizada violação de direitos humanos é obrigado a deixar seu país para buscar refúgio em outro (ARAÚJO & ALMEIDA, 2011 apud CASELLA; ACCIOLY e SILVA, 2012).

Chegando ao país de refúgio e já concedido o referido status, essas pessoas devem receber proteção humanitária. Entretanto, devem cumprir com a legislação pátria, tendo direitos como qualquer outro cidadão, porém, com deveres de estrangeiro em território nacional. É importante destacar ainda que nos casos em que a família do refugiado (com o devido reconhecimento) depende economicamente do mesmo, quando em território nacional, os efeitos são extensivos àqueles.

A unidade familiar possui proteção na Declaração Universal de Direitos Humanos e a maioria das legislações internacionais relacionados aos direitos humanos, abarcam proteção à família. Apesar da Convenção de 1951 não trazer o princípio da unidade familiar a Ata Final da Conferência

que adotou a Convenção de 1951, recomenda que os países protejam a família do refugiado, o que foi observado pela maioria dos Estados.

O princípio da unidade familiar, no instituto refúgio, permite estender a condição de refugiado do chefe de família aos seus dependentes, desde que haja compatibilidade do dependente com sua condição jurídica pessoal. Esse princípio nem sempre precisa ser aplicado de forma simultânea, uma vez que pode ocorrer que os integrantes do grupo familiar se afastem uns dos outros durante a fuga. Tal princípio ainda comporta eventual modificação da unidade familiar, seja pela morte, separação ou afins, sustentando a ideia de que não termina a condição de refúgio, ressalvada a hipótese de existência de uma cláusula de cessação (ACNUR, 2013).

4. HAITIANOS NO BRASIL: REFUGIADOS AMBIENTAIS

Para melhor análise perante o assunto estudado, o caso dos Haitianos no Brasil é grande referencial de refugiados no Brasil. A partir de 2010, após o terremoto de 12 de janeiro de 2010 que destruiu grande parte do território haitiano, atingindo diretamente a capital Porto Príncipe, e as cidades de Leogane e Jacmel, deixando marcas inigualáveis: “222.570 homens, mulheres e crianças morreram, por volta de 300.572 foram feridos, e estima-se que 3.5 milhões de pessoas foram de alguma forma afetadas pelo evento” (DE GODOY, 2011).

O terremoto provocou 200.000 mortes e levou cerca de 1.6 milhões de pessoas a se deslocarem e perderem suas habitações. (World Report, 2011).

Em relatório realizado pelo ACNUR, no mesmo ano em que o terremoto se deu, mostra-se que mais ou menos 1.800 casas desabaram e/ou foram danificadas e 105.000 foram completamente destruídas; 60% da infraestrutura econômica e governamental foi destruída, 4992 escolas, 23%, de todo o Haiti foram atingidas e 80% das escolas de Porto Príncipe foram destruídas.

Informações da Human Rights Watch, através do relatório de 2011, apontam que 3 milhões de pessoas foram afetadas de alguma forma pelo terremoto em questão; desses, 222.000 foram mortos, 300.000 feridos, incluindo 4.000 a 5.000 amputados, e pelo menos 1.600.000 acabaram desalojadas.

Com isso percebe-se que a degradação ambiental, bem como desastres naturais, são fatores reconhecidamente influentes no aumento das migrações forçadas ou, até mesmo, casos de refúgios ambientais. Com o Brasil não foi diferente, muitos haitianos se refugiaram no Brasil em busca de uma nova chance para vida.

Os haitianos que emigraram não são refugiados convencionais, mas são, sim, refugiados ambientais porque foram forçados a migrar em decorrência de um fator ambiental (neste caso, ocorrido sem a interferência antrópica no meio); tampouco essas pessoas podem ser consideradas deslocados ambientais, protegidos pelos princípios dos IDPs, pelo simples fato de que migraram internacionalmente, enquanto os IDPs são protegidos por migrarem internamente ao país de origem (CLARO, 2012).

Ao chegarem no Brasil, os haitianos acabavam por solicitar refúgio, pois com a solicitação de refúgio poderiam receber Cadastro da Pessoa Física (CPF) e Carteira de Trabalho, não serem devolvidos para seu país de origem, não sofrer discriminação por parte das autoridades locais, bem como ter os mesmos direitos e assistência de quaisquer outros estrangeiros legais no Brasil, entre eles os direitos econômicos, civis e sociais.

Após 2 (dois) anos do terremoto no Haiti, o governo brasileiro instituiu vistos de permanência para haitianos no Brasil baseados em critérios humanitários. No caso dos haitianos, a residência permanente foi concedida por meio da Resolução Normativa no 97, de 12 de janeiro de 2012, expedida pelo Conselho Nacional de Imigração (CNIG), que determina:

Art. 1º Ao nacional do Haiti poderá ser concedido o visto permanente previsto no art. 16 da Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980, por razões humanitárias, condicionado ao prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 18 da mesma Lei, circunstância que constará da Cédula de Identidade do Estrangeiro.

Parágrafo único. Considera-se razões humanitárias, para efeito desta Resolução Normativa, aquelas resultantes de agravamento de condições de vida da população haitiana em decorrência do terremoto ocorrido naquele país em 12 de janeiro de 2010.

Art. 2º O visto disciplinado por esta Resolução Normativa tem caráter especial e será concedido pelo Ministério das Relações Exteriores, por intermédio da Embaixada do Brasil em Porto Príncipe.

Parágrafo único. Poderão ser concedidos até 1.200 (mil e duzentos) vistos por ano, correspondendo a uma média de 100 (cem) concessões por mês, sem prejuízo das demais modalidades de vistos previstas nas disposições legais do País.

Inicialmente, como observado acima, o número máximo de vistos humanitários concedidos era de 1.200 por ano; porém com o aumento do número dos haitianos que estavam chegando no Brasil, esse limite foi revogado em abril de 2013 com a resolução 102 do CNIg: “Art. 2º. Fica revogado o parágrafo único do art. 2º da Resolução Normativa no. 97, de 2012”.

O Brasil, então, recebe os haitianos, que entram em solo nacional como pedintes de refúgio, porém, após o CONARE enviar seus pedidos ao CNIg, é emitido o seu “visto humanitário”. Esse visto é uma forma do Brasil dar uma resposta perante esses deslocados, refugiados, por motivos de desastres naturais.

Mesmo recebendo uma grande leva de haitianos que estão chegando, existe uma importante dificuldade, por parte do governo brasileiro, de contabilizar o número desses imigrantes em território nacional; segundo o Ministério da Justiça (MJ), em 2010, 459 haitianos foram contemplados com visto humanitário; já em 2013, este número cresceu para 13.669 (site do Ministério da Justiça: Polícia Federal). Segundo a pesquisadora Marília Pimentel, que realizou um estudo acerca dos haitianos em diferentes partes do Brasil,

Os Desafios do Aprendizado Cultural e Linguístico e as Novas Migrações Internacionais no Sul do Brasil, em palestra feita na Universidade Federal do Rio Grande do Sul em 2014, o número estimado de haitianos no Brasil já havia passado de 30 mil.

De acordo com dados evidenciados em um relatório de pesquisa publicado pelo Conselho Nacional de Imigração, Ministério do Trabalho e Emprego do Brasil e Organização Internacional para a Migração em fevereiro de 2014, no final de 2011 havia mais de 4.000 haitianos no País, “sendo que ao final de 2013 estimava-se que o montante já teria ultrapassado a casa dos 20.000 imigrantes, com indicações de que o número total poderia chegar a 50.000 ao final de 2014”.

Segundo uma pesquisa por meio de conversas com haitianos nas Oficinas realizadas no bairro Sarandi, com iniciativa do Grupo de Assessoria

a Imigrantes e a Refugiados (GAIRE/UFRGS), bem como com alguns dos haitianos que procuraram a Defensoria Pública da União procurando apoio judicial. As Oficinas surgiram com a chegada de alguns haitianos que foram procurar o posto de saúde Esperança Cordeiro, localizado no bairro Sarandi, com a demanda de informações referentes à saúde logo que chegaram em território nacional. (DUTRA, Luiza. Monografia, pág.46 2014)

Integração social dos Haitianos resulta em dificuldades e problemas relatados pelos próprios refugiados por meio do trabalho realizado pelo GAIRE. Como:

Eu agradeço tudo que vocês fazem por todos nós. Mas eu quero voltar pro Haiti, o Haiti vai se recuperar, sabe?! E as vezes é difícil aqui (Haitiano, residente em Porto Alegre, Brasil, desde 2012).

Em Tabatinga, quando eu cheguei no Brasil, o homem perguntava se eu falava português e eu disse que não. Eles disseram: ‘então acha outro que fala e deixa esse aí’. Agora eu tô trabalhando, mas eu ganho muito pouco, tendeu?! Eu tenho família no Haiti, eu tenho que manda dinheiro pra eles. E eu tenho que compra perfume, desodorante, roupa pra mim aqui. Se o haitiano não tem esposa e não tem filho, tudo bem, tendeu?! Trabalha e ganha 600 pila” (Haitiano, residente em Porto Alegre, Brasil, desde 2011).

Através das conversas travadas com diferentes haitianos, todos homens moradores dos bairros Sarandi e Rubem Berta, em Porto Alegre, fica evidente que os mesmos demonstram grande dificuldade de se integrar em solo nacional: não possuem ideia ou orientações referentes às leis e funcionamento do governo brasileiro. A maioria relata que veio para o Brasil para trabalhar; todos vieram após o terremoto que ocorreu em Porto Príncipe, em 2010

Os relatos dos haitianos, através das conversas realizadas com os mesmos, mostram essa falta de laços sociais entre o “estranho” e o nacional; o nacional sempre se vê como merecedor de julgar aquele “estranho” que entrou em seu país, julgar seu modo de se vestir, sua cor de pele, seu idioma e seus costumes, excluindo-o assim de um mundo considerado pelo nacional como “só seu”.

A dificuldade de comunicação devido, muitas vezes, ao encontro com um idioma diferente, assim como a falta de moradia e a difícil tarefa de encontrar um emprego. Foram e são uns dos grandes problemas enfrentados cotidianamente pelos haitianos no Brasil. O que nos leva a indagação de que será que existe realmente a integração social dos refugiados no Brasil?

Segundo Schnapper (2007), apesar de o debate acerca da integração não ser algo novo, ele assume novas vertentes e certo destaque nos debates contemporâneos. O termo integração social será utilizado como uma questão central na sociedade moderna como forma de tratamento de igualdade entre todos os indivíduos, estabelecendo entre esses laços de solidariedade.

Além disso para Schnapper, a integração vista como um “problema” surgiu a partir de diferentes formas de vida social vistas na modernidade; surge assim uma discussão acerca das formas de vida coletiva que existem nessa modernidade tardia. A modernidade tardia seria entendida, como explica José Vicente Tavares de Santos em sua publicação *Violência e Dilemas do Controle Social nas Sociedades da ‘Modernidade Tardia*, como marcada por laços de interação social orientadas por modos violentos de sociabilidade (2004); para Tavares dos Santos, “as características da ‘modernidade tardia’ seriam a repetição da exclusão social, a disseminação das violências, a ruptura de laços sociais e a ‘desfiliação’ de algumas categorias sociais (...)” (TAVARES DOS SANTOS, 2004).

Falar em deficiências da integração social na atualidade, significa falar das dificuldades que as sociedades contemporâneas encontram para produzirem laços sociais que permitam os indivíduos reconhecerem-se como partes necessárias para o todo (NEVES, 2011).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto a humanidade preocupada com a sua própria existência, começou a se mobilizar em prol da defesa dos Direitos Humanos de forma geral. Mas no tocante aos refugiados, mais do que qualquer outra categoria, muito ainda há de ser feito.

O Brasil, apesar de alguns entraves jurídicos e conceituais, desponta, no contexto da América Latina, como sendo um dos Estados que possui a legislação mais avançada no tocante a questão dos refugiados. Nesse

particular, o Estado brasileiro é um dos membros fundados do comitê executivo do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, (ACNUR) e ratificou desde 1960 a Convenção relativa ao estatuto dos refugiados de 1951.

Porém mesmo com todos esses meios acolhedores os próprios nacionais ainda tratam os refugiados com desprezo, algo que foi destacado no decorrer da pesquisa por meio de uma entrevista realizada com os haitianos residentes em Porto Alegre, por exemplo. Boa parte do povo brasileiro, assim como todas as pessoas do mundo, ainda precisa aprender a ser mais acolhedor, ser menos preconceituoso, e adquirir o espírito de solidariedade, pois nunca sabemos quando poderemos necessitar do refúgio de outras nações.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, G. A. e ARAÚJO, N. O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- AMARAL JR., A. do. O direito de assistência humanitária. Tese apresentada à Faculdade de Direito da USP para obtenção do título de Livre-docente. 2001.
- ARAÚJO & ALMEIDA, 2011 apud CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento. Manual de direito internacional público. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, 164.
- BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas. Brasília: ACNUR, Ministério Justiça, 2010, p. 16. Disponível em: <http://caminhosdorefugio.com.br/wpcontent/uploads/2014/11/Refugio_no_Brasil.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2019.
- BRASIL. Conselho Nacional de Imigração, Ministério do Trabalho e Emprego do Brasil e Organização Internacional para a Migração. Relatório da fase brasileira da pesquisa “Migração dos Haitianos ao Brasil e Diálogo Bilateral”. Belo Horizonte, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 08 out. 1988. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 02 fev. 2019.

BRASIL. Lei 9.474 de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951 e determina outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474 .htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm)>. Acesso em: 20/06/2017.

CLARO, Carolina de Abreu Batista. Refugiados Ambientais: mudanças climáticas, migrações internacionais e governança global. Tese de Dissertação defendida pelo Centro de Desenvolvimento Sustentável da Universidade de Brasília, 2012.

CNIg prorroga concessão de visto humanitário aos haitianos. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A350AC8820135687F345B412D /RE SOLU%C3%87%C3%83O%20NORMATIVA%20N%C2%BA%2097.pdf>. 2015. Acesso em: 05 abr. 2019.

COMPARATO, F. K. A afirmação histórica dos Direitos Humanos. 2. ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2001

DE GODOY, Gabriel Gualano. O Caso dos haitianos no Brasil e a via da proteção humanitária complementar. In: 60 Anos de ACNUR: Perspectivas de Futuro. São Paulo, 2011.

DUTRA, Luiza Corrêa de Magalhães. Acolhimento Institucional dos Refugiados e Migrantes no Brasil: um estudo de caso sobre a integração social dos haitianos residentes em Porto Alegre/RS. Monografia. Porto Alegre, 2014 Disponível em: <https://www.lumeufrg.s.br/bitstream/handle/10183/115946/000954447.pdf?sequence=1>. Acesso em: 05 abr. 2019.

GARCIA, Cristiano Hehr. Direito Internacional dos Refugiados: História, Desenvolvimento, Definição e Alcance. A busca pela plena e efetivação dos Direitos Humanos no plano Internacional e seus reflexos no Brasil. Campos dos Goytacases, Rio de Janeiro, 2007. UNIFLU-FACULDADE DE DIREITO DE CAMPOS. PROGRAMA DE MESTRADO.

- HUMAN RIGHTS WATCH. World Report 2011: Haiti. Nova Iorque, ano 2011. Disponível em: <http://www.hrw.org/world-report-2011/haiti>. Brasil: <http://www.acnur.org/t3/portugues/>. Acesso em: 20/06/2017.
- JUBILUT, Liliana Lyra. O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro. São Paulo: Método, 2007.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional público. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direito internacional privado. Rio de Janeiro Forense, 2015.
- NEVES, Maira de Farias. O Trabalho entre o “Eu” Instrumentalizado e a Integração Social: Um Estudo Sobre os Executivos do Setor de Tecnologias da Informação e Comunicação. UFRGS, Porto Alegre, 2011.
- PIOVESAN, F. O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. In: PIOVESAN, F. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- SANTOS, Marcelo Loeblein dos. Direito internacional privado. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011.
- SCHNAPPER, Dominique. Qu’est-ce l’intégration? Paris, 2007.
- SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. PC Editora Ltd. São Paulo, 2014.
- SOARES, G. F. S. Curso de Direito Internacional Público. São Paulo: Atlas, 2002.
- TAVARES DOS SANTOS, José Vicente. Violências e Dilemas do Controle Social nas Sociedades da “Modernidade Tardia”. São Paulo em Perspectiva, São Paulo, 2004.

UNHCR - ACNUR. Manual de procedimentos e critérios para a determinação da condição de refugiado: de acordo com a Convenção de 1951 e o protocolo de 1967 relativos aos Estatuto dos Refugiados. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/Manual_de_procedimentos_e_criterios_para_a_determinacao_da_condicao_de_refugiado.pdf?view=1>. Acesso em: 05 abr. 2019.

DEPORTAÇÃO NA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO

Lucas Mangolin Alves

Marcelo Agamenon Goes de Souza

1. INTRODUÇÃO

Em certas ocasiões ocorre no ordenamento jurídico grandes mudanças que trazem grandes inovações, porém também apresentam problemáticas, não por imperícia do legislador, mas dada às próprias características inovadoras, competindo aos operadores do direito, juristas e magistrados entendê-las e bem aplicá-las.

Ocorre desse modo, com as inovações, novos modos de dever agir e por serem inovadores é novo, desconhecido e cheio de tropeços pelo caminho da busca do acerto jurídico.

É sob este aspecto de inovar o direito que este presente estudo debruçasse sobre a Nova Lei de Migração, a Lei nº 13.445/17, a qual revogou o antigo Estatuto do Estrangeiro e trouxe novas sistemáticas, e caso não analisadas poderão gerar graves violações a direitos fundamentais dos sujeitos alvo desse ordenamento.

Buscando, nesse aspecto, evitar lesões ao direito pela má aplicação da legislação vigente que procura esclarecer este estudo como está a Deportação disposta nesta Nova Lei de Migração e como é operada, além de entender família como seu limite de ocorrência.

Nessa linha de raciocínio, o de esclarecimento da legislação atual frente a deportação, inicia-se o presente trabalho levantando as principais distinções que entende haver entre a Nova Lei de Migração para a legislação anterior.

2. APONTAMENTOS ÀS MUDANÇAS

Em 24 de maio de 2017 tornou-se vigente a Lei nº 13.445/17, acarretando ao pátrio ordenamento jurídico uma inovação jurídica, ao que tange aos direitos migratórios.

A edição desta nova legislação veio substituir o Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80) sancionada ainda no período ditatorial brasileiro, sendo regido sob ideais de segurança nacional e proteção aos interesses socioeconômicos do Brasil e do trabalhador nacional, por este escopo é essencial ilustrar os ideais presentes na revogada legislação pela leitura do artigo 1º:

Art. 1º Em tempo de paz, qualquer estrangeiro poderá, satisfeitas as condições desta Lei, entrar e permanecer no Brasil e dele sair, resguardados os interesses nacionais.

Torna-se perceptível que vem a nova legislação estabelecer ao ordenamento jurídico novas, e melhores, diretrizes migratórias, as quais, encontram-se alinhadas juridicamente com a Constituição Federal de 1988, de igual modo com os Tratados e Convenções de Direito Internacional, dos quais o Brasil é signatário.

A título de exemplo o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, Decreto nº 592/92, ilustra a necessidade de tratamento igualitário a todos os indivíduos que se achem em território nacional.

ARTIGO 2 1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.

É perceptível que o citado pacto, assim como o posicionamento legal internacional é o de tratamento isonômico entre o nacional e o migrante, desse modo o antigo Estatuto do Estrangeiro ao possibilitar tratamento

diferenciado ao estrangeiro violava tais diretrizes de direito internacional que foram ratificados pelo Brasil.

Destoa ainda mais a nova roupagem jurídica da Lei de Migração, a de seguir as linhas internacionais e de romper com os preceitos trazidos pelo Estatuto do Estrangeiro, o apresentado logo no artigo 3º da mencionada lei, estando o diploma legal melhor enquadrado com a legislação internacional, cita-se incisos deste artigo:

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;

(...)

VIII - garantia do direito à reunião familiar;

IX - igualdade de tratamento e de oportunidade ao migrante e a seus familiares;

(...)

XVIII - observância ao disposto em tratado;

XIX - proteção ao brasileiro no exterior;

(...)

XXII - repúdio a práticas de expulsão ou de deportação coletivas.

É por bem mencionar que o artigo 3º da Lei nº 13.445/17 estabelece os princípios que a regem, não devendo deixar de ter em mente a obrigatoriedade da observância dos próprios princípios constitucionais pertinentes ao tema e dos Tratados e Convenções Internacionais, sendo evidente a evolução normativa, que abandonar posicionamentos nacionalistas e de pouco teor científico-jurídico passou-se de um diploma normativo muito mais político, que o era o revogado Estatuto, para um posicionamento verdadeiramente jurídico e atento às evoluções desta ciência, que nos é então apresentado na nova Lei de Migração.

Em outras palavras, além dos próprios princípios norteadores presentes na nova legislação, hão de ser observados os princípios constitucionais e internacionais que são pertinentes ao tema e de forte posicionamento jurídico-científico.

Nesse escopo, é a nova legislação bem mais enquadrada nas diretrizes normativas, acompanhando, por consequência, a evolução natural das Ciências Jurídicas, rompendo com uma legislação que possuía teor eminentemente político e por consequência lógica, baixo conteúdo jurídico.

Pelo todo elencado neste trabalho, é perceptível que a Nova Lei de Migração nos trouxe transformações consideráveis, não podendo doutro modo o ser no que tange ao tema em debate, deportação.

3. DEPORTAÇÃO

3.1. Diferenças entre as Legislações

É a deportação tratada pelo artigo 50 da Lei nº 13.445/17 o qual a entende como procedimento, e não processo, administrativo de retirada compulsória de estrangeiro (por estar alocada no capítulo da lei que trata das retiradas compulsórias), proveniente de entrada ou estada irregular em território brasileiro e não por ter ele cometido qualquer delito, em outras palavras, é o procedimento administrativo que intenta contra o estrangeiro que não observou determinados requisitos legais para sua permanência no Estado brasileiro.

O dicionário jurídico online DireitoNet apresenta um conceito de deportação semelhante ao apresentado por este trabalho, embora o tenha formulado ainda sob a égide do então revogado Estatuto do Estrangeiro, é útil ainda (PORTAL DIREITONET, 2017):

Trata-se da determinação de saída compulsória de estrangeiro que ingressou de modo irregular no território nacional ou que, apesar da entrada regular, sua estadia passou a ser irregular, seja por expiração do prazo de permanência, desempenho de atividade vedada, etc.

E ainda que seja oriundo o conceito apresentado acima de um diploma não mais vigente ainda segue aplicável, pois nos termos do próprio artigo 50 da citada lei é deportação:

Art. 50. 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.

Isto posto é entendido deportação como ato de retirada compulsória de estrangeiro que pelos mais variados motivos legais entra e permanece irregular no território nacional, sendo imprescindível que o estrangeiro seja notificado administrativamente do procedimento de deportação e siga as diretrizes estabelecidas pela atual legislação.

Consta positivado no § 1º do artigo 50 da Lei de Migração a necessidade de estar expresso todas as irregularidades ao estrangeiro imputadas e o prazo para a regularização delas em comunicado feito por escrito ao sujeito alvo da deportação, que conforme está no §1º o prazo concedido para todo o trâmite não poderá ser inferior a 60 (sessenta) dias e superior a 120 (cento e vinte) dias.

Imperativo se faz ressaltar que ao estrangeiro alvo da deportação será concedido também o direito ao contraditório e a ampla defesa como também ao recurso com efeito suspensivo, nos termos do artigo 51, caput da Lei nº 13.445/17.

Art. 51. Os procedimentos conducentes à deportação devem respeitar o contraditório e a ampla defesa e a garantia de recurso com efeito suspensivo.

Todos estes pontos elencados destoam do que antes havia no revogado Estatuto do Estrangeiro, porém estava naquele diploma legal previsto sim, como está no atual, ser a deportação o ato de retirar do território nacional do estrangeiro que deixa de observar determinados requisitos legais para sua permanência no Estado brasileiro.

Enfatiza-se, entretanto, haver distinções nos demais pontos da deportação do Revogado Estatuto, que se não levados em consideração podem acarretar em falhas administrativas graves, haja visto que promove a deportação a saída compulsória (contra a vontade) de estrangeiro que está no Brasil.

Um dos principais pontos distintos da atual legislação para a anterior é ao que tange ao prazo do procedimento administrativo de deportação,

como anteriormente demonstrado é agora de no mínimo 60 (sessenta) dias, todavia, antes o prazo era de no máximo oito dias e mínimo de três, isto quando não fosse conveniente ao interesse nacional que antes fosse feita a deportação deste estrangeiro.

Pode assim afirmar ao fazer a leitura do artigo 57 do Revogado Estatuto do Estrangeiro, este diploma legal estabelecia que o estrangeiro alvo da deportação seria deportado dentro do prazo legal, por seu turno era, e ainda o seria aplicado o artigo 98 do Decreto nº 86.715/81, este sim que estabelecia o prazo ínfimo de no máximo oito dias para a saída de estrangeiro do Brasil.

Pelo todo o exposto quanto da legislação anterior e do Decreto nº 86.715/81, assim como da nova legislação é cabal demonstrar que deportação trata da saída do estrangeiro que permanece no território brasileiro por ignorar as regras de permanência, ou seja, os vistos para sua estada regular, não é ele, estrangeiro, um indivíduo nocivo ao Estado brasileiro a tal ponto que necessite ser imediatamente extirpado do país, de tal forma a necessitar desrespeitar os princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal.

Desse modo a disposição presente no artigo 98 do Decreto nº 86.715/81 não é compatível com a atual Lei de Migração (mais especificamente o §1º do artigo 50, da Lei nº 13.445/17), e sendo a Lei de Migração posterior a previsão constante no Decreto nº 86.715/81 (ao artigo 98), entende-se por ser incompatível esta norma e sua decorrente inaplicabilidade no atual ordenamento jurídico.

Torna-se evidente as diferenças e inovações trazidas pela nova legislação e seu melhor enquadramento para as disposições legais internacionais, como também as próprias diretrizes constitucionais.

3.2. Entendendo Nacionalidade e Aplicação da Deportação

É fundamental realizar o entendimento de quem é estrangeiro, apenas com a devida compreensão de a quem é aplicável a deportação que é possível aprofundar-se na discussão dos limites existentes para este instituto.

Para tanto é necessário compreender nacional, para isto basta saber da disposição do artigo 12 da CF, na qual elenca quem é brasileiro nato e

naturalizado e em linhas gerais é adotado como critério para reconhecer um nacional o jus solis e o jus sanguinis, desse modo aquele que nasce no Brasil ou de brasileiro será nacional.

Não bastasse os dizeres da Constituição Federal há ainda os de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2009, p. 228) que auxilia em muito na realização da compreensão de nacionalidade ao dizerem que:

Nacionalidade é o vínculo jurídico que se estabelece entre um indivíduo e um Estado. O conceito, com efeito, é de suma importância, visto que aqueles reconhecidos como nacionais integram o povo do respectivo país e, somados aos estrangeiros residentes, formam a população do país.

Desse modo tem que nacional é a população que integra o país e que possui vínculos jurídicos reconhecidos por este (o país) por lei, no caso a constituição federal, a qual reconhece como nacionais aqueles que aqui nasçam ou de brasileiros sejam filhos, ainda que nascidos no estrangeiro.

Nesse escopo Francisco Xavier da Silva Guimarães, explana como nacionalidade (2009, p. 229):

A nacionalidade, como vínculo jurídico-político que o indivíduo ao Estado, resulta de emanção de soberania, sendo originariamente atribuída e, secundariamente, concedida, a teor da competente legislação.

Ocorre de ser nacional aqueles quem a lei atribua assim o ser; ainda que resida no país o indivíduo, caso a lei não o reconheça como nacional, nos termos do artigo 12 da Constituição Federal será então estrangeiro, ou apátrida.

Entendendo também ser nacionalidade um reconhecimento legal dado pelo Estado ao indivíduo, é estrangeiro, por exclusão, todo aquele a quem a lei não reconheceu com status de nacional.

Diante do exposto quanto a nacionalidade é por óbvio que a deportação não é aplicada ao nacional, seja ele nato ou naturalizado, já que deportação é o meio de retirar compulsoriamente do país aquele que não é nacional.

Quanto ao que expressa o inciso VI do artigo 1º da Lei de Migração, é necessário entender que a deportação se presta a entregar o estrangeiro (aquele que não é nacional) para seu país.

3.3. Há Impedimentos para a Deportação?

Foi, até o momento, apresentado a existência de alterações significativas na legislação competente à regulamentação do migrante, sua entrada, estada e retirada compulsória pela modalidade deportação.

Com a mudança legislativa ocorre uma nova estruturação da aplicação da deportação e de como dever ser operada, com isso surgem também fatores novos impeditivos da deportação, dentre eles há a família, que é enfoque neste trabalho.

Faz-se, entretanto, necessário de igual modo apresentar os motivos que impedem a ocorrência da deportação, em um sentido amplo, para tendo ciência de outros motivos poder aprofundar-se no desejado.

É imprescindível iniciar por um breve retorno ao conceito, ou melhor dizendo, aos fatores que dão causa à deportação, para tanto basta a leitura do artigo 50 da Lei nº 13.445/17, este artigo tem por função essencial estipular a ocorrência da deportação que é quando o estrangeiro se encontra irregular no território nacional.

Nos termos do artigo 50:

Art. 50. 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.

A mencionada irregularidade é oriunda da falta de visto, principalmente, ou visto vencido (o estrangeiro continua no território nacional além do tempo autorizado pelo Estado brasileiro) ou ainda realiza condutas diversas das permitidas pelo visto a ele concedido, p.ex. ao estrangeiro foi concedido visto de visita e ele passa a residir no país, no mencionado exemplo é perceptível que o visto concedido não permite que ao estrangeiro realize tal conduta, pois para que as fizesse, necessário seria autorização de residência, em tais casos tem-se a deportação nos termos da lei.

Em primeira instância é analisado os fatores genéricos que impedem a deportação, para iniciar este assunto é preciso ver a disposição do artigo 53 da Lei nº 13.445/17, o qual estipula não ser iniciado o procedimento administrado da deportação quando configurar caso de extradição não admitido pelo pátrio ordenamento jurídico.

Desse modo não poderá ser operada a deportação nas hipóteses em que não é permitida a extradição, sobre o tema a Lei de Migração trata nos artigos 81 ss.

Ressalta ainda quando o estrangeiro possui visto regularmente emitido pela autoridade brasileira e pratica os atos permitidos pelo visto ou possui autorização de residência não há que ser deportado. Conclui-se como fatores impeditivos da deportação:

- I. Estrangeiro possuir visto regularmente concedido e válido;
- II. Estrangeiro possuir autorização de residência;

A grande problemática nos motivos que impedem a ocorrência da deportação está correlacionada ao fator reunião familiar, este fator está presente como motivo de concessão tanto na autorização de residência quanto na concessão de vistos, noutras palavras, a Reunião Familiar não impede diretamente a deportação, mas é causa para concessão de visto ou autorização de residência.

Sobre a presença da Reunião Familiar tanto na concessão de vistos como na autorização de residência menciona-se os artigos da Lei de Migração: art. 12 (o qual elenca os tipos de vistos existentes), art. 14, caput e inciso I, alínea “i” (este sim trata do Visto Temporário e em seu inciso I alínea “i” elenca a hipótese de reunião familiar), art. 30, inciso I, alínea “i” (artigo este que trata da autorização de residência a qual pode ser concedida, nos termos da alínea i inciso I por reunião familiar).

É neste ponto que se chega ao que fora mencionado como inovador, e dada sua própria característica inovadora nela reside uma grande problemática, como mencionado e exemplificado ao elencar no parágrafo anterior os artigos 12, 14 e 30, foi então na Nova Lei de Migração constituída a Reunião Familiar como meio de concessão seja de visto ou autorização de residência, ambos entendidos como fatores impeditivos ao procedimento administrativo da deportação.

3.3.1. Reunião familiar a adequação da Lei de Migração ao texto Constitucional

Como mencionado no tópico anterior, os artigos 14 e 30, ambos da Lei de Migração trazem em seu texto que Reunião Familiar é fator para a concessão de visto temporário e autorização de residência, respectivamente:

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 pelo menos uma das seguintes hipóteses:

I - o visto temporário tenha como finalidade:

i) reunião familiar;

Art. 30. A residência poderá ser autorizada, mediante registro, ao imigrante, ao residente fronteiriço ou ao visitante que se enquadre em uma das seguintes hipóteses:

I - a residência tenha como finalidade:

i) reunião familiar;

Ocorre, portanto, inovação jurídica e adequação do texto legal para com a Constituição Federal, dado ao fator dela própria defender a família, sua unidade e continuidade, assim o pode ser dito (de a Magna Carta brasileira defender a família) por simples e boa leitura do artigo constitucional “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. (grifo nosso).

É perceptível no citado artigo da Constituição Federal a presença da defesa da família no trecho grifado quando da citação, isso dá-se pelo entendimento de ser a família uma célula fundamental na composição da sociedade brasileira.

Nesse escopo, da defesa da família pelo texto constitucional o julgado do Superior Tribunal de Justiça, abaixo citado, reflete em suas linhas a ideia da proteção da família como fundamental ao Estado do Brasil e o coloca como princípio jurídico constitucional.

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SEVIDOR PÚBLICO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 128, 458, II, 535, I E II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. REDISTRIBUIÇÃO POR RECIPROCIDADE. ART. 37 DA LEI 8.112/90. AUSÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. PROTEÇÃO À FAMÍLIA. ART. 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INAPLICABILIDADE. SITUAÇÃO FÁTICA CRIADA POR EXCLUSIVA RESPONSABILIDADE DO SERVIDOR. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

(...)

3. Hipótese em que o princípio de proteção à família, insculpido no art. 226 da Constituição Federal, não socorre ao recorrente, porquanto seu afastamento da família deu-se por sua exclusiva responsabilidade, na medida em que optou por se transferir voluntariamente de Manaus/AM para a cidade de Porto Alegre/RS.

4. Recurso especial conhecido e improvido. (STJ – Resp 529833 RS 2003/0067608-6, Órgão Julgador 5ª TURMA. Data da Publicação 14/11/06. Relator Min. Arnaldo Esteve Lima). (grifos nossos e dê especial ênfase a eles).

Não bastasse o julgado do Superior Tribunal de Justiça, há também na doutrina posicionamentos nessa linha, como ocorre com Kroth, Silva e Rabuske (2002, p.99) ao dizerem que:

A CF/88, no seu artigo 226, prevê que a família é base da sociedade, tendo o Estado o dever de provê-la especial proteção. Além de estabelecer o caráter civil e gratuito do casamento (§ 1º), a efetividade civil ao casamento religioso (§ 2º), a igualdade dos direitos e dos deveres aos homens e às mulheres na sociedade conjugal (§ 5º), a possibilidade de dissolução do casamento civil pela separação judicial e pelo divórcio (§ 6º), a livre decisão do planejamento familiar⁴ pelo casal, fundada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável⁵ (§ 7º), e a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, a fim de criar mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações intrafamiliares (§ 8º), encontra-se, no referido artigo, a previsão de como se estrutura uma família.

Desse modo vem a Reunião familiar apenas reforçar estes posicionamentos de defesa e amparo estatal na proteção familiar.

3.3.2. Reunião Familiar sua Ocorrência e Previsão Legal

Reunião Familiar está prevista nos artigos 14 e 30 da Lei nº 13.445/17, como meio para concessão de visto ou autorização de residência.

O artigo 37 da Lei de Migração prevê quando é reunião familiar e ela ocorrendo deverá a autoridade administrativa conceder o visto ou a autorização de residência, dada a intenção legislativa de proteção familiar:

Art. 37. O visto ou a autorização de residência para fins de reunião familiar será concedido ao imigrante:

I - cônjuge ou companheiro, sem discriminação alguma;

II - filho de imigrante beneficiário de autorização de residência, ou que tenha filho brasileiro ou imigrante beneficiário de autorização de residência;

III - ascendente, descendente até o segundo grau ou irmão de brasileiro ou de imigrante beneficiário de autorização de residência; ou

IV - que tenha brasileiro sob sua tutela ou guarda.

Deve ser observado que na legislação anterior havia a previsão de Reunião Familiar, todavia estabelecida sob outros requisitos para concessão, nesse aspecto o Ministério da Justiça (PORTAL DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014) conceituava quando na vigência do Estatuto do Estrangeiro a Reunião Familiar como:

A reunião familiar é uma modalidade de permanência que visa à aproximação da família, mantendo a unidade de seus membros. Assim, um estrangeiro registrado como permanente, ou um brasileiro, assume a qualidade de chamante de um ente familiar que se enquadre na condição de dependente legal (chamado), conforme previsto na Resolução Normativa nº 108/14 do Conselho Nacional de Imigração.

A permanência com base em reunião familiar só será concedida ao estrangeiro que se encontrar com estada regular no País.

Torna-se notório que a Reunião Familiar servia tão unicamente para a concessão de permanência do estrangeiro em território nacional e seus requisitos para concessão eram distintos dos atuais, na mesma página do portal do Ministério da Justiça são elencados como requisitos para reconhecimento de Reunião Familiar, “ser dependente legal de cidadão brasileiro ou de estrangeiro registrado no País, e estar com estada regular à época do pedido” (PORTAL DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014).

Desse modo ocorre algumas problemáticas no artigo 37 da mencionada lei, não por falha legislativa, mas por possibilidade de má aplicação da legislação pela autoridade administrativa.

3.3.2.1. Reunião Familiar: A problemática que inova

Em análise do inciso I é entendido que quando o estrangeiro está legalmente casado com cidadão brasileiro ou com estrangeiro que no Brasil resida poderá ter concedido o visto temporário ou autorização de residência, não competindo à autoridade administrativa aferir ser ou não o casamento válido.

Esta discussão da validade do casamento do estrangeiro faz-se imprescindível, pois a não concessão de visto pelo não reconhecimento do motivo de reunião familiar interfere diretamente no direito do estrangeiro, isto por ter a autoridade administrativa o entendimento de não estar presente qualquer dos motivos que dê margem a concessão por reunião familiar descrito no artigo 37 da Lei nº 13.445/17, por casamento inválido.

Deve-se, para poder atacar o entendimento da autoridade administrativa de ser o casamento do estrangeiro inválido, saber perfeitamente quando é ou não o é válido o casamento.

Inicialmente o casamento é previsto no art. 226 da Constituição Federal sendo reconhecido como direito fundamental, e suas regras estão devidamente regulamentadas na legislação Civil.

Assim, não cabe ao ramo do Direito Administrativo, mas ao Direito Civil regulamentar todas as questões referentes ao casamento, restando assim ao Direito Administrativo apenas analisar quanto ao casamento fraudulento frente a legislação civil, vedado elencar outras vedações que não as previstas pelo Código Civil.

Noutras palavras, o Direito Administrativo em obediência legal das disposições quanto ao casamento no Código Civil deve sobre suas disposições analisar ser ou não válido o casamento e como fora o Código Civil o diploma que especificou de forma textual quais os casos impeditivos para o casamento, e ainda que caso ocorram poderão ser considerados nulos ou inválidos, conforme assim se depreende dos artigos 1521, 1548, II e 1550, a saber:

Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Art. 1.548. É nulo o casamento contraído:

II - por infringência de impedimento.

Art. 1.550. É anulável o casamento:

I - de quem não completou a idade mínima para casar;

II - do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal;

III - por vício da vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558;

IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento;

V - realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges;

VI - por incompetência da autoridade celebrante.

Ao ser tratado acima dos impedimentos e anulações está o presente trabalho fazendo a análise de que apenas a lei é quem pode descrever e especificar as situações em que o casamento é declarado nulo ou fraudulento e não simplesmente por ato administrativo, não compete a autoridade administrativa realizar a análise de que é o casamento inválido e por esta invalidade não ser possuidor o estrangeiro do disposto no artigo 37, inciso I da Lei nº 13.445/17.

É sabido que o agente público administrativo deve cumprir ou não cumprir ao que consta ou determina na lei, não competindo a ele praticar ativismo, é dever dele agir em estrita legalidade.

Desta forma, se houvesse interesse do legislador, haveria ele incluído na Nova Lei de Migração dispositivo específico dizendo ser fraudulento e passível de nulidade o casamento de estrangeiro com brasileiro para fins unicamente de se obter visto de residência, bem como, exigir que o indivíduo fale bem ou mal a língua portuguesa. Não o fez. Se não o fez, por lógica não poderá sê-lo feito pelo agente policial, que extrapolará os limites permissivos e impeditivos da lei, criando nova figura jurídica, algo completamente vedado.

A fraude que leva ou levaria à nulidade do casamento é ato jurisdicional, ou seja, deve ser declarado pelo JUIZ COMPETENTE e não por ato administrativo, mesmo assim deve o juiz ater-se aos casos específicos da lei, uma vez que é inadmissível interpretação extensiva, de tal modo a prejudicar direito fundamental, como o casamento.

Já pela análise dos incisos II, III e IV do artigo 37 da Lei nº 13.445/17 a qual estabelece que haverá Reunião Familiar quando o estrangeiro é casado com estrangeiro que possua autorização de residência ou com brasileiro, também o será quando o estrangeiro tenha algum grau de parentesco.

Não havendo desse modo, nos requisitos para reconhecimento da Reunião Familiar pela nova lei os que são elencados pelo Portal do Minis-

tério da Justiça, (“ser dependente legal de cidadão brasileiro ou de estrangeiro registrado no País, e estar com estada regular à época do pedido”).

E retoma-se ao que foi dito sobre casamento durante a análise do inciso I, do artigo 37 da Lei nº 13.445/17, que a autoridade administrativa não tem competência para julgar válido ou inválido as relações familiares, principalmente quando há documento administrativo que ateste a relação familiar válida, quando esta declaração for necessária.

Desse modo, invalidar casamento de estrangeiro com brasileiro sem os motivos constantes no diploma legal, os quais são elencados nos artigos 1521, 1548 e 1550, todos do Código Civil, como também desconhecer qualquer das relações elencadas nos demais incisos do artigo 37 por arbítrio da autoridade e aplicar os requisitos que não mais são necessários é ferir o ordenamento jurídico, bem como a Constituição Federal em seus artigos 5º, caput e 226, e por tabela o Princípio da Isonomia, também constitucional, em outras palavras, é agir ilegalmente, inconstitucionalmente e discriminatoriamente.

4. CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, buscou analisar, sem a pretensão de esgotar o assunto, as modificações apresentadas pela nova Lei de Migração, sendo entendido deste o início que a nova lei rompe com os antigos paradigmas existentes até então no Estatuto do Estrangeiro, o qual primava por ideias de proteção dos interesses nacionais e do cidadão brasileiro, pondo em uma subcategoria os direitos do estrangeiro, em outras palavras, entendia o estatuto ser o estrangeiro um cidadão menor que o brasileiro e portanto, merecedor de direitos restritos, por haver nele potenciais ameaças para a segurança nacional.

Sendo perceptível que os tratados internacionais assim como o posicionamento legal internacional é o de tratamento isonômico entre nacional e estrangeiro, como restou da análise feita por este estudo, nesse escopo o antigo Estatuto do Estrangeiro ao possibilitar um tratamento diferenciado para o estrangeiro violava diretrizes internacionais.

Diante de tais fatos evidenciados, é notório que vem a nova legislação romper com estes antigos preceitos normativos existentes no direito brasileiro, para estar devidamente enquadrado com o direito internacional e

com os tratados assinados pelo Brasil, em mesma medida em que adequa a legislação com os princípios esculpido pela Constituição Federal de 1988.

Fica notório o anseio do legislador em romper com o antigo e desse modo inova, porém não se deve deixar de ponderar haver problemáticas na Nova Lei de Migração cujos temas não foram alvos do presente trabalho, ainda assim a Lei nº 13.445/17 alicerça-se em novos ideais para este tipo legislativo, principalmente ao que tange a deportação.

Dada nova roupagem jurídica, é imprescindível à análise da Reunião Familiar como meio de concessão de visto e autorização de residência e impossibilidade da autoridade administrativa usar critérios não jurídicos para impedir sua ocorrência, ou seja, a nova lei dá elementos objetivos para a concessão na hipótese de Reunião Familiar e tendo o indivíduo direito a ela não deverá ser deportado quando estiver em território nacional.

Competindo ao estrangeiro alegar em seu prazo de defesa, que agora é mais amplo e possível de ampla defesa, alegar ser merecedor desse fator de concessão de visto e autorização de residência.

Devendo a autoridade administrativa federal analisar tão somente os critérios objetivos para a concessão quando na hipótese em análise, não competido a autoridade analisar e decidir minúcias que fogem de sua alçada de competência, pois agir a autoridade em ilegalidade, inconstitucionalidade e discriminatoriamente, podendo beirar ao xenofobismo.

Portanto, a nova legislação rompe com atitudes retrógradas de tratamento desigual, delimita a abordagem de concessão e deportação para ser clara e objetiva, retirando das autoridades a análise de critérios pessoais ou que possam possibilitar subjetivismos que venham a gerar tratamento não isonômico.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 13 ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL, Lei nº 6.815/80, Estatuto do Estrangeiro. 15 ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL, Lei nº 10.406/02, CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. 25 ed., São Paulo: Saraiva, 2018

BRASIL, Decreto nº 592/92, PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. Câmara dos Deputados. Disponível em << <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1992/decreto-592-6-julho-1992-449004-publicacaooriginal-1-pe.html>>> acesso em 01 de agosto de 2018

BRASIL, Lei nº 13.445/17, Lei de Migração. 25 ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO. 25 ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

DEPORTAÇÃO, Dicionário Jurídico; Portal DireitoNet, publicado em 15 de agosto de 2017. Disponível em << <https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1803/Deportacao>>> acesso em 08 de agosto de 2018;

GOVERNO FEDERAL, Portal Ministério da Justiça. Permanência ao dependente legal de brasileiro ou de estrangeiro permanente ou temporário residente no País – Reunião Familiar. Disponível em <<<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/migracoes/permanencia/permanencia-ao-dependente-legal-de-brasileiro-ou-de-estrangeiro-permanente-ou-temporario-residente-no-pais-2013-reuniao-familiar>>> acesso em 08 de agosto de 2018.

GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva; NACIONALIDADE – aquisição, perda e a reaquisição. 1ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

KROTH, Vanessa Wendt; SILVA, Rosane Leal da; RABUSKE, Michelli Moroni; As Famílias e os seus Direitos: o artigo 226 da Constituição Federal de 1988 como rol enumerativo. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, 2007.

STJ – Resp 529833 RS 2003/0067608-6, Órgão Julgador 5ª TURMA. Data da Publicação 14/11/06. Relator Min. Arnaldo Esteve Lima.

MULHERES EM MOVIMENTO: OS DIREITOS HUMANOS E A FEMINIZAÇÃO DAS MIGRAÇÕES

Luiz Rosado Costa

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O recente aumento da participação de mulheres nos fluxos migratórios internacionais transformou a feminização das migrações em uma importante característica dos fluxos migratórios contemporâneos.

Visa-se, desta maneira, a analisar se (e como) os instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos no sistema global tratam dos problemas específicos enfrentados pelas mulheres no contexto das migrações internacionais.

Quanto à metodologia, toma-se como base para classificação da pesquisa o critério proposto por Vergara (1998) que a qualifica quanto aos fins e quanto aos meios. Quanto aos fins, a pesquisa é descritiva e exploratória. Descritiva pois pretende descrever como o sistema internacional de direitos humanos lida com as migrações sob uma perspectiva de gênero. Exploratória porque visa a verificar se os instrumentos normativos vigentes mostram-se adequados para lidar com as especificidades das mulheres migrantes. Quanto aos meios a pesquisa é bibliográfica e documental

A pesquisa divide-se em três partes: inicialmente apresenta-se o fenômeno da feminização das migrações com seu conceito para. Em seguida analisa-se como (ou se) os instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos no sistema global tratam das mulheres no contexto das

migrações internacionais. Por fim, analisa-se, sob uma perspectiva de gênero, a legislação migratória brasileira em vigor

1 A FEMINIZAÇÃO DAS MIGRAÇÕES

A feminização das migrações é definida no glossário da Organização Internacional para as Migrações (OIM, 2009) — agência da ONU dedicada às migrações — como:

Crescente participação da mulher na migração. A mulher desloca-se actualmente de forma mais independente e sem ser em função da posição que tem na sua família ou sob a autoridade de um homem (cerca de 48% de todos os migrantes são mulheres).

Essa expressão que alcunha o fenômeno do aumento da participação de mulheres nos fluxos migratórios internacionais é recente e data, conforme apontam Fontoura e Almeida (2017), da última década do século XX e começo do século XXI:

“Uma das principais causas das migrações femininas é a reagregação familiar, mas há um movimento crescente de mulheres que migram com um projeto individual ou como chefe de família, ou seja, como primeiro provedor de renda familiar. Neste caso, a feminização é mais qualitativa, que quantitativa” (FONTOURA; ALMEIDA, 2017, p. 192).

Apesar de a participação das mulheres nas migrações internacionais ser um fenômeno classificado como recente, insta salientar, todavia, que:

As mulheres sempre foram um aspecto dos fluxos migratórios internacionais, na medida como trabalhadoras recrutadas legal e ilegalmente. No entanto, elas têm sido geralmente negligenciadas na literatura ou, na melhor das hipóteses, têm sido vistas como dependentes de trabalhadores migrantes do sexo masculino reunindo-se passivamente a seus cônjuges no estado de recepção ou igualmente de maneira passiva esperando no estado remetente até

os cônjuges retornarem (HUNE, 1991, p. 802)⁹³.

Para Roberto Marinucci (2007, p. 6):

A expressão “eminização da migração” começou a ser utilizada, com maior frequência, para apontar, de forma genérica, as mudanças pelas quais as mulheres passaram nas últimas décadas em relação ao contexto migratório⁹⁴.

O aumento dos fluxos migratórios de trabalhadoras migrantes indica um empoderamento feminino e uma crise do modelo patriarcal hegemônico de homem como provedor e a mulher como responsável unicamente pelos afazeres domésticos e cuidado com os filhos:

Ainda que as migrações realizadas por mulheres possam ser motivadas pela reunificação familiar e/ou até mesmo forçadas (por conflitos armados e catástrofes sócio-ambientais), contemporaneamente as migrações de mulheres também podem ocorrer simplesmente porque motivadas pelo desejo de independência e autonomia de suas protagonistas (STOLZ, 2017, p. 399)

De acordo com Peres (2012, p. 55), os fluxos migratórios femininos antes eram encarados sob uma outra perspectiva:

A condição de acompanhante ou migrante tardia, em função da trajetória migratória de um homem da família – pai, marido, irmão –, para recomposição familiar, foi a posição ocupada pelas mulheres na maioria das perspectivas de análise até o fim do século 20.

93 Tradução livre de: Women have always been an aspect of international migration flows as workers recruited legally and illegally. However, they have been generally neglected in the literature or, at best, have been viewed as the dependents of male migrant workers passively joining their spouses in the receiving state or equally passively waiting in the sending state for spouses to return (HUNE, 1991, p. 802).

94 Tradução livre de: the expression “feminization of migration” started to be used, more frequently, to point out, in a generic way, the changes that women went through in the last decades concerning the migratory context. (MARINUCCI, 2007, p. 6).

A feminização das migrações torna-se uma importante característica dos fluxos migratórios contemporâneos, todavia, as migrações, ao mesmo tempo em que empoderam economicamente as mulheres, sujeitam-nas a riscos maiores de violações de direitos e abusos. Nesta linha, relatório da ONU aponta que 71% das pessoas traficadas são meninas e mulheres (AGÊNCIA BRASIL, 2018).

Neste contexto de mulheres inseridas em fluxos migratórios internacionais, Serpa e Félix (2018, p. 406) destacam ainda que “entre as principais preocupações informadas por mulheres em condição de refúgio no Brasil, estão as dificuldades em encontrar abrigo adequado quando chegam ao país, problemas de acesso ao mercado de trabalho, discriminação no ambiente laboral e obstáculos no acesso a serviços e na integração”.

2 AS MULHERES MIGRANTES NOS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Apesar de as questões de gênero estarem imbricadas na questão migratória, pois mulheres em mobilidade enfrentam problemas específicos (como por exemplo a discriminação laboral e a maior sujeição a exploração sexual).

No caso das migrações internacionais indocumentadas, amplia-se a vulnerabilidade e a necessidade de proteção pelos Direitos Humanos, pois essas migrantes sofrem uma dupla exclusão –a primeira, social, no país de origem, onde a falta de oportunidades e/ou direitos lhes faz migrar e a segunda, de cidadania, no país de destino, onde vivem “sem existir” nos números oficiais. Sofrem ainda uma dupla discriminação: como migrantes e como mulheres.

Não raro ainda, essas migrantes deixam-se explorar devido a sua situação irregular e o empregador sente-se livre para explorá-lo por essa mesma razão, amparando-se no medo que têm de serem deportadas e mantendo-as sob controle com a ameaça de entregá-las, por exemplo, à Polícia Federal, que no Brasil é o órgão fiscalizador das migrações: no caso das migrantes que sejam mães, a situação se agrava pelo medo de serem deportadas e, assim, serem afastadas de seus filhos.

Neste sentido a Assembleia Geral das Nações Unidas em sua Resolução (RES 44/166) sobre “Proteção dos Migrantes de 24 de fevereiro de 2000 reiterou:

A necessidade de que todos os Estados protejam plenamente os direitos humanos universalmente reconhecidos dos migrantes, em particular das mulheres e das crianças, independentemente de sua situação jurídica, e que os tratem com humanidade, sobretudo em relação à assistência e proteção

Teresa Lisboa (2007, p. 820) ainda chama a atenção de que:

O movimento de mulheres deve permanecer atento aos fluxos migratórios de mulheres desencadeados pelo processo de globalização da assistência e continuar incentivando a luta por equidade de gênero nas políticas públicas que levem em conta a emancipação das mulheres no sentido de tirá-las da condição de servas e transformá-las em sujeitos políticos

A Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias (CPDTM)⁹⁵, principal tratado internacional de direitos humanos sobre migrações no sistema global, não tratou dos fluxos migratórios sob uma perspectiva de gênero: apesar de já em seu preâmbulo mencionar a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e em seu artigo 1 vedar a discriminação por sexo, a Convenção não levou em consideração ao longo de seu texto as diferenças laborais entre os homens e mulheres migrantes e de acesso a direitos a elas específicos como, por exemplo, o acompanhamento pré-natal e a estabilidade em caso de gestação. Neste sentido, há que se destacar que:

Em especial em situação de migração, existe um conjunto de rituais em torno da gravidez, do parto e do recém-nascido que se rompe e que desempenhava um papel protector e uma função psi-

95 O Brasil é o único país da América do Sul, junto com a República do Suriname, que não ratificou a CPDTM (ONU, 2016), embora a tenha assinado em 2009.

cológica importante. O universo anônimo, isolado, tecnológico e estranho das instituições de saúde e práticas médicas consideradas pelas mães, violentas, traumatizantes e impúdicas não respeitando modos de proteção tradicionais vêm aumentar a vulnerabilidade destas mães, reforçar a situação de isolamento, de stresse e de angústia para a mulher oriunda de outro universo cultural. (RAMOS, 2010, p. 2)

Na mesma linha, para Roberto Marinucci (2007, p. 20):

A maior visibilidade da migração feminina, embora incipiente, representa um apoio importante para as políticas públicas e sua elaboração focada em assistir mulheres migrantes em situações específicas, também promovendo sua protagonista. Uma avaliação ampla deve considerar também a situação familiar, especialmente as crianças que moram no local de origem, longe de suas mães⁹⁶.

De lege ferenda, a fim de atender à vulnerabilidade específica das mulheres migrantes e garantir-lhes os direitos, sugere-se a revisão da Convenção⁹⁷ a fim de que contemple as migrações sob uma perspectiva de gênero e de proteção à maternidade. Observe-se que a Convenção da ONU de proteção aos trabalhadores migrantes e membros de suas famílias permanece como o tratado de direitos humanos com o menor número de ratificações, assim, mostra-se mais adequada sua revisão que a elaboração de um tratado específico para as mulheres migrantes, o que poderia esvaziar ainda mais seu alcance.

Neste sentido, o *Comitê* sobre Eliminação da Discriminação contra *Mulheres – CEDAW*, reconhecendo que há violação de direitos específicas de gênero, editou sua Recomendação Geral nº 26 sobre as mulheres

96 Tradução livre de: the major visibility of feminine migration, although incipient, represents an important help for public policies' elaboration focused in assisting migrant women in specific situations, promoting their protagonist. A broad evaluation must consider also the family situation, specially the children that live in the original place, far from their mothers. (MARINUCCI, 2007, p. 20).

97 A revisão da CPDTM, conforme prevê seu art. 90, pode ser proposta a qualquer momento por via de notificação dirigida ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas.

trabalhadores migrantes. A Recomendação aborda minuciosamente as circunstâncias que contribuem para a vulnerabilidade de direitos das mulheres migrantes e propõe que as migrações sejam tratadas sob uma perspectiva de gênero e que os Estados elaborem políticas públicas inclusiva e que combatam a discriminação e violência.

A maioria das mulheres migrantes no país de destino emprega-se em serviços domésticos e de cuidados, desta maneira, a Convenção 189 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre trabalho doméstico amplia a proteção às mulheres migrantes. Essa condição foi reconhecida no preâmbulo da Convenção quando considera que:

O trabalho doméstico continua sendo subvalorizado e invisível e é executado principalmente por mulheres e meninas, muitas das quais são migrantes ou membros de comunidades desfavorecidas e, portanto, particularmente vulneráveis à discriminação em relação às condições de emprego e trabalho, bem como outros abusos de direitos humanos; (OIT, 2011, destaque nosso)

Neste contexto, é mister destacar que:

A majoritária precariedade laboral a que estão submetidas as mulheres migrantes em seus países de origem acaba condicionando, também em muitos casos, a aceitação, por parte destas, de funções laborais normalmente vinculadas ao mercado de trabalho doméstico e de cuidados (STOLZ, 2017, p. 404, destaque nosso)

A referida Convenção 189 contém dispositivos específicos aos migrantes como seu art. 8 que Dispõe que as trabalhadoras(es) que são contratadas(os) em um país para prestar serviços domésticos em outro país “recebam uma oferta de emprego por escrito ou contrato de trabalho, que seja válido no país onde os trabalhadores prestarão serviços” (OIT, 2011).

No âmbito internacional carece-se, no entanto, de instrumentos jurídicos vinculantes que abordem as migrações sob uma perspectiva de gênero, i. e., que reconheçam que as mulheres migrantes têm problemas específicos decorrentes da condição feminina e que devem ser tutelados pelo sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

3 MULHERES MIGRANTES NO CONTEXTO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A lei brasileira de migrações, a Lei 13.445/2017, tal como a Convenção da ONU de 1990 não trata das migrações sob uma perspectiva de gênero, mas trouxe em seu corpo alguns dispositivos que resguardam os direitos das mulheres migrantes⁹⁸ ao possibilitar a autorização de residência a quem “tenha sido vítima de tráfico de pessoas, de trabalho escravo ou de violação de direito agravada por sua condição migratória” (BRASIL, 2017) e também prevê o visto de reunião familiar.

Em que pese tenha avançado bastante em relação à legislação migratória anterior⁹⁹ ao tratar das migrações sob a ótica dos direitos humanos, a Lei 13.445/2017 criou o crime de “promoção da migração ilegal”, mas ao fazê-lo não levou em consideração a maior suscetibilidade das mulheres migrantes à exploração sexual, como será demonstrado a seguir:

O art. 115 da Lei 13.445/2017 cria o tipo penal de “promoção da imigração ilegal”, ao acrescentar o art. 232-A ao Código Penal com a seguinte redação:

Promoção de migração ilegal

Art. 232-A. Promover, por qualquer meio, com o fim de obter vantagem econômica, a entrada ilegal de estrangeiro em território nacional ou de brasileiro em país estrangeiro:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1o Na mesma pena incorre quem promover, por qualquer meio, com o fim de obter vantagem econômica, a saída de estrangeiro do território nacional para ingressar ilegalmente em país estrangeiro.

§ 2o A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço) se:

I - o crime é cometido com violência; ou

⁹⁸ Embora a lei não mencione as mulheres expressamente, os dispositivos lidam com situações recorrentes no contexto das migrações femininas como a reunião familiar e a vitimização por meio do tráfico de pessoas.

⁹⁹ A Lei 6.815/1980, o Estatuto do Estrangeiro, encarava as migrações sob uma perspectiva de segurança nacional e tratava o imigrante como um inimigo em potencial.

II - a vítima é submetida a condição desumana ou degradante.

§ 3o A pena prevista para o crime será aplicada sem prejuízo das correspondentes às infrações conexas.

Esse é o único dispositivo penal da nova Lei de Migração e ele visa a criminalizar a atuação dos “coiotes”, nome pelo qual são conhecidos os agentes que conduzem ou promovem os meios para que imigrantes cruzem as fronteiras de um país de forma clandestina mediante retribuição.

O novo tipo penal, ao vincular a promoção da migração ilegal ao fim de obtenção de vantagem econômica, ao mesmo tempo que, de forma salutar, manteve fora de sua abrangência a migração clandestina promovida pelas redes de migração composta por amigos ou familiares que a fazem de forma solidária, excluiu de sua incidência os coiotes que visem a obtenção de uma vantagem de natureza não econômica, como a sexual, o que destoa do próprio capítulo no qual o novo tipo foi inserido, que é o capítulo V do Código Penal que trata “do lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual” (BRASIL 1940, destaque nosso).

A nova legislação, desta forma, avança no combate à exploração econômica dos/as imigrantes em situação irregular, mas, como o legislador minus dixit quam voluit, o que se infere pelo capítulo no qual o dispositivo foi inserido, e não cabe interpretação extensiva contra o réu, a exploração sexual do imigrante a fim de que se promova sua migração de forma irregular ficou fora de seu âmbito protetivo e permanece como conduta atípica, desde que consensual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar do aumento da participação das mulheres nos fluxos migratórios internacionais, no plano do sistema global de proteção dos direitos humanos ainda não há uma visão das migrações sob uma perspectiva de gênero em seus documentos vinculantes (hard law), i.e., verificou-se que não há ainda um arcabouço jurídico internacional que trate especificamente dos problemas e violações de direitos humanos enfrentados pelas mulheres no contexto das migrações.

As mulheres migrantes possuem necessidades de proteção específicas que os Estados devem se preparar para atender e o sistema internacional de proteção aos direitos humanos deve se adequar, atualizando suas convenções sobre migrações.

A lei brasileira de migrações, a Lei 13.445/2017, tal como a Convenção da ONU de 1990 não tratou das migrações sob uma perspectiva de gênero, mas trouxe em seu corpo alguns dispositivos que protegem direitos das mulheres migrantes ao possibilitar a autorização de residência a quem tenha sido vítima de tráfico de pessoas, de trabalho escravo ou de violação de direito agravada por sua condição migratória e também prevê o visto de reunião familiar. Apesar de seus avanços em relação à legislação migratória anterior, a Lei 13.445/2017 ao criar o crime de “promoção da migração ilegal” puniu apenas o agente que pratica o delito visando a vantagem econômica, não contemplando a vantagem sexual, a que são mais susceptíveis as mulheres.

De lege ferenda, a fim de atender à vulnerabilidade específica das mulheres migrantes e garantir-lhes os direitos, sugere-se a revisão da *Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias* a fim de que contemple as migrações sob uma perspectiva de gênero e de proteção à maternidade.

Até que isso aconteça e os instrumentos normativos internacionais sobre migrações sejam atualizados a fim de contemplar a nova realidade migratória, alterada pelo fenômeno da feminização das migrações, são as migrantes protegidas pelos tratados gerais de proteção às mulheres como a *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. Mulheres e meninas são as principais vítimas de tráfico humano. Publicado em 30 jul. 2018. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2018-07/mulheres-e-meninas-sao-principais-vitimas-de-trafico-humano>>. Acesso em: 27 set. 2018.

BRASIL. _____. **Decreto-lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 jan. 2019.

_____. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso em: 26 fev. 2019

FONTOURA, Flaviany Aparecida Piccoli; ALMEIDA, Luciane Pinho de. Migrações, gênero e políticas públicas: uma discussão no campo da proteção à saúde. In: ALMEIDA, Luciane Pinho de (org.). Migrações, fronteiras e refúgio: Mato Grosso do Sul na rota das migrações transnacionais. Campo Grande: UCDB, 2017. p. 190-214.

HUNE, Shirley. Migrant Women in the Context of the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families Author. International Migration Review, New York, Vol. 25, No. 4, Inverno de 1991. p. 800-817.

LISBOA, Teresa Kleba. Fluxos migratórios de mulheres Fluxos migratórios de mulheres para o trabalho reprodutivo: a para o trabalho reprodutivo: a globalização da assistência globalização da assistência. Estudos Feministas, Florianópolis, 15(3): 000, setembro-dezembro/2007. p. 805-821.

MARINUCCI, Roberto. Feminization of migration? Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana. vol. 14, n. 29, 2007. p. 5-22.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção Internacional sobre a Protecção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, adotada pela Resolução 45/158 da Assembléia Geral da ONU em 18 de dezembro de 1990. Disponível em:

<<http://acnudh.org/wpcontent/uploads/2012/08/Conven%C3%A7%C3%A3o-Internacional-para-a-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Direitos-Humanos-de-todos-os-Trabalhadores-Migrantes-e-Membros-de-suas-Fam%C3%ADlias.pdf>>. Acesso em 19 jun. 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção e Recomendação sobre Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos, de 2011. Disponível em: <<https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-domestico/lang--pt/index.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES.

Glossário sobre migração. S. l.: OIM, 2009.

PERES, Roberta Guimarães. Presença boliviana na construção de Corumbá – Mato Grosso do Sul: espaço de fronteira em perspectiva histórica. In: BAENINGER, Rosana (org.). Imigração boliviana no Brasil. Campinas: Núcleo de Estudos de População–Nepo/Unicamp; Fapesp; CNPq; Unfpa, 2012.p. 35 – 74._____

RAMOS, Natália. Gênero e migração – questionando dinâmicas, vulnerabilidades e políticas de integração e saúde da mulher migrante. In: Fazendo Gênero 9 Diásporas, Diversidades, Deslocamentos 23 a 26 de agosto de 2010, Florianópolis. Anais. Disponível em: <<http://www.fazendogenero.ufsc.br/9/>>. Acesso em: 10MAR2019.

SERPA, Paola Flores; FÉLIX, Ynes da Silva. A efetividade dos direitos humanos sociais das mulheres refugiadas no Brasil. Revista Argumentum, Marília/SP, v. 19, n. 2, Maio-Ago. 2018. p. 397-412.

STOLZ, Sheila. A feminização das migrações e a internacionalização do trabalho reprodutivo e de cuidados. In: MIRANDA, Jorge; IENSUE, Geziela; CARVALHO, Luciani Coimbra -de. A ordem internacional no século XXI: direitos humanos, migração e cooperação jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 387-488

VERGARA, Sylvia Constant. Projetos e relatórios de pesquisa em administração. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MINORIAS

A LIBERDADE DO EXERCÍCIO DA PROSTITUIÇÃO

Alexandre da Silva Vieira

Carla Sendon Ameijeiras Veloso

Larissa Pimentel Gonçalves Villar

1. INTRODUÇÃO:

Em caráter proemial, é importante salientar que ao longo da história geral, vários foram os avanços sociais que ocorreram, trazendo, por consequência, diferentes compreensões a respeito das palavras liberdade, trabalho e prostituição.

Durante anos, a palavra trabalho foi repudiada veemente mente por toda alta classe social (clero e nobreza), visto que se tratava de algo que deveria ser praticado apenas por escravos (coisa) e animais e nunca pela elite social.

Com o decorrer dos anos e o avanço da ideologia social (período pós-iluminismo), a sociedade adquiriu uma nova roupagem. Os pensamentos frívolos, ora impostos pela Igreja Católica, no que tange ao trabalho caíram por terra. Neste período, a sociedade buscava iluminar-se da liberdade de pensamento, de expressão e de cultura, mesmo que ainda um pouco limitado, já que as mulheres continuavam sem o direito a voz.

Conforme se verá adiante, durante muitos anos as mulheres foram impedidas de qualquer direito de liberdade, inclusive sexual, já que deveriam ser virgens até o casamento, sob pena de ser rotulado de imundas, o que traria uma desonra muito grande para sua família, bem como impedidas de se casarem para o resto da vida. Quanto aos homens, cuja prova

de sua masculinidade era medida através do seu primeiro ato sexual com uma prostituta, o sexo era permitido, visto que deveriam satisfazer as suas necessidades masculinas.

É notório que tal desigualdade acarretaria grande consequências sociais. Era constante a prática do crime de estupro nas cidades. As prostitutas eram vistas como profissionais capazes de diminuir determinada quantidade de crime. O serviço prostíbulo nunca foi extinto, ele era disfarçado.

Atualmente, conforme será pormenorizado adiante, com a máxima evolução do pensamento social, no Brasil, a prostituição vem sendo um pouco acolhida pela sociedade, sendo, inclusive, inserido no Cadastro Brasileiro de Ocupações (CBO), que se entende como o primeiro passo para a regularização desta atividade trabalhista.

Assim sendo, o principal objetivo deste estudo é expor que determinada profissão se expande de forma desenfreada, independente de regularização por parte do Estado, bem como defender a formalização desta como forma de labor, visto que se trata de uma prática cediça na sociedade Brasileira, já enraizada na cultura, e sem qualquer possibilidade de extinção.

2. A EVOLUÇÃO DA PROSTITUIÇÃO:

A prostituição pode ser conceituada como a atividade que consiste em proporcionar satisfação sexual a outrem em troca de remuneração. Determinada profissão é conhecida como a profissão mais antiga do mundo, visto que se faz presente na sociedade desde as primeiras civilizações da Mesopotâmia, datados em, aproximadamente, 2.400 a.C.

Entretanto, a prostituição somente adquiriu força de expansão a partir da Idade Média, que, diga-se de passagem, foi um período marcado pelo extremo domínio da Igreja Católica, na qual prezava a castidade das mulheres até o casamento, sob pena de serem impossibilitadas de se casarem, bem como rejeitadas, ridicularizadas e menosprezadas pela sociedade e família.

Por outro lado, apesar da rigidez religiosa quanto ao sexo antes do casamento para as mulheres, aos homens era permitido o sexo casual, a fim de atender as suas necessidades masculinas. Neste sentido, observado alguns parâmetros, a sociedade autorizava o labor da prostituição a fim de evitar os corriqueiros casos de estupros que ocorriam nesta época. O sexo pagotornava-se uma válvula de escape para o apetite sexual masculino.

É curioso o fato de que nesta época as mulheres eram compreendidas como puras, e que o simples fato de se relacionar sexualmente com outras pessoas, mesmo sendo vítimas de estupro, lhe despiado tão sagrado status de pureza. Muitas mulheres vítimas de estupro tornavam-se prostitutas a fim de garantir o seu sustento, e, na maioria das vezes, o da prole, ora gerada pelo crime de estupro em que eram vítimas.

Nestes termos, entre os séculos XIV e XV, operou-se a institucionalização da prática da prostituição, onde segundo o historiador ROS-SIAUD, 1991, havia quatro níveis de prostituição na França medieval: as casas públicas (controladas pelo Estado), os banhos, os bordéis particulares e as meretrizes autônomas.

Além disso, a título de curiosidade, segundo o nobre historiador, as faixas etárias das mulheres indicavam as etapas pelas quais elas haviam passado. Por volta dos 17 anos, as prostitutas trabalhavam nas ruas, sendo que, depois dos 20 anos, tornavam-se camareiras das famosas casas de banho/massagem, vendendo-se nestes locais para os frequentadores. Por volta dos 28 anos, tornavam-se pensionistas dos bordéis. Depois dessa idade, quando a beleza da juventude havia sido perdida, algumas prostitutas se tornavam proxenetas (cafetinas) em bordéis e algumas poucas se casavam, sendo que a maioria se retirava para conventos criados para acolher as mulheres pecadoras e arrependidas de terem laborado dessa forma repugnante, segundo a ideologia propagada na época.

O fator que mais influenciou na história da prostituição, principalmente no Ocidente, foi a transição da sociedade matriarcal para patriarcal. Neste período (início do século XX), ora conhecido como Belle Époque, os cabarés e bordéis eram fervorosamente frequentados. Além disso, nesta época enfatizaram-se as duas funções atinentes as mulheres, ambas, por óbvio, servindo à figura masculina: a de objeto de status, quando casadas, e a de objeto de desfrute, de prazer, quando cortesã de um bordel luxuoso.

Na Belle Époque, as mulheres que almejavam ser independentes, e que não aceitavam a submissão aos homens sendo esposas ou, como na maioria das vezes, que precisavam apenas sobreviver não viam saída, além do meretrício, em tempos de condições precárias e falta de vagas em outras ocupações devido ao gênero. Na maioria das vezes não era possível trabalhar com funções sociais mais “admiráveis”, já que o preconceito com o sexo feminino não lhes permitia. Por outro lado, as cortesãs tam-

bém eram vistas como mulheres poderosas, donas de seus corpos e transgressoras das regras vigentes, já que não eram “dominadas” por ninguém, além de serem livres financeiramente por não dependerem de um marido.

Assim, tendo em vista aos padrões sociais da época, não era estimulado o fim da prostituição, mas sim o seu disfarce. Homens de alta classe e profissionais que movimentavam a atividade dos bordéis lutavam pela sua discricção. Determinada prática ocorria em razão do grande moralismo vigente, que pregava a liberdade sexual do homem e o estereótipo da esposa casada virgem e submissa. Ou seja, se no casamento não havia possibilidade de explorar os desejos mais exóticos, no cabaré, mediante pagamento, tudo se podia, eis que as meretrizes proporcionavam.

Atualmente, em que pese os grandes avanços sociais, bem como diversos programas de inclusão de minorias, a prostituição continua sendo uma profissão moralmente rejeitada pela sociedade, tendo em vista que o trabalhadorequanto profissional do sexo, ao utilizar seu corpo como instrumento de trabalho, continua sendo visto como deformador de sua imagem em face da sociedade, embora a prostituição não seja considerada um desvio de comportamento.

Em ato contínuo é oportuno consignar que atualmente os profissionais do sexo atuam das mais variadas formas. São através de jornais, revistas e sites, entre outros meios de comunicação e propaganda, que se realizam o marketing para o oferecimento dos seus serviços sexuais.

Ressalta-se, ainda, que o contemporâneo mercado prostíbulo abarca homens, transexuais e, principalmente, mulheres das mais variadas classes social, alguns com formação universitária e que dominam mais de um idioma, inclusive. O interessante é que estes profissionais não se consideram prostitutas, mesmo comercializando o sexo. Talvez porque alguns são convidados para participar de festas, convenções na companhia de executivos, empresários, turistas, locais em que se exige uma postura que em nenhum momento os identifique como prostitutas.

Outrossim, é importante salientar que ainda existem profissionais que laboram nas ruas, onde os critérios são outros. Ao invés do segredo em torno da atividade, é preciso deixar bem claro o que fazem, além de escolher um local da cidade reconhecido como local de prostituição, isto porque são através de roupas curtas, gestos excitantes e provocativos que tentam atrair a sua clientela para o consumo dos seus serviços de sexo.

Contudo, apesar de toda expansão e evolução da prostituição, é imprescindível salientar que determinada profissão não é formalizada, tampouco é fiscalizada, o que significa que não há qualquer amparo legal aos profissionais do sexo, como será melhor pormenorizado ao longo deste artigo.

3. DOS ASPECTOS LEGAIS DA PROSTITUIÇÃO NO BRASIL, E A AUSÊNCIA DE CONDOTA CRIMINOSA:

A questão da prostituição sempre foi um tabu para a sociedade, visto a máxima discriminação da sociedade aos profissionais, por usarem o corpo como instrumento de trabalho. Entretanto, é imperioso frisar que atualmente, no Brasil, determinada prática de labor vem sendo acolhida pela sociedade, visto que esta se tornou corriqueira e notória na maioria das cidades, como, por exemplo, no Rio de Janeiro, onde há diversos pontos fixos espalhados pela cidade, tais como: Vila Mimosa, Copacabana, Ipanema, Leblon, Botafogo, Centro, entre outros.

Assim, com o objetivo de encarar os problemas que tal discriminação acarreta na sociedade como um todo, o debate acerca da legalização da atividade da prostituta se faz extremamente importante e necessário, até porque, conforme devidamente preconizado no texto constitucional, é dever do Estado buscar formas de inclusão social a fim de garantir um Estado mais igualitário e justo.

Desta feita, a prática da prostituição não pode ser simplesmente deixada de lado, como se não tivesse importância na costura do tecido social. O árduo caminho na busca de um Estado Democrático de Direito é, também, o de pôr fim aos repúdios sofridos por esses profissionais. E, principalmente, é dever do Poder Público enxergar essas pessoas como profissionais, e incentivar junto à Justiça do Trabalho, formas de regularização da atividade prostituta, até porque a conduta, em si, não é ilícita, nos termos do Código Penal Brasileiro, conforme se explana a seguir.

Hodiernamente, de maneira geral, existem três tipos de sistemas legais para o tratamento da questão da prostituição: proibicionista, regulamentar e abolicionista.

O sistema proibicionista é o mais extremo, pois ele considera a prostituição como uma conduta criminosa. Ademais, neste sistema considera-

-se como sujeitos ativos do crime o agenciador, o profissional do sexo e o próprio cliente. Tal sistema é adotado em alguns estados dos EUA.

Por outro lado, o sistema regulamentar, que é adotado na Holanda, na Alemanha, no Uruguai, Equador, Bolívia e em alguns outros países, por exemplo, consiste na ideia de regularizar a prática da prostituição. O principal argumento defensivo para a adoção deste sistema legalcaminha sob a égide da redução da violência e da exploração sexual. Segundo o entendimento dos países adotantes, ao manter a atividade sob o controle estatal seria possível reduzir os crimes de violência, bem como delimitar zonas de meretrício a fim de desenvolver políticas de saúde capazes de maximizar o controle de doenças sexualmente transmissíveis.

Outrossim, no que tange ao sistema adotado pelo Brasil, o sistema abolicionista. Ele se funda na noção de vitimizar a profissional do sexo, pois ela estaria agindo por coação ou necessidade. Assim, como consequência somente são puníveis aquelas pessoas que exploram as profissionais do sexo auferindo lucros.

Desta feita, sob a égide deste tema, o Código Penal Brasileiro de 1940, ora vigente, prevê uma série de condutas ilícitas relacionadas à prostituição no capítulo V, intitulado “Do Lenocínio e do Tráfico de Pessoa para o Fim de Prostituição ou outra forma de Exploração Sexual”, destacando para o presente estudo os artigos 228 (“Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual”), 229 (“Casa de prostituição”) e 230 (“Rufianismo”).

Os artigos alhures citados visam punir, respectivamente, àquele que favorece ou induz outrem a prática da prostituição; àquele que mantém estabelecimento direcionado à prostituição; e, por fim, aquele que auferir lucros com a prostituição alheia (o rufião). O sujeito passivo de tais crimes, ou seja, a vítima, segundo Fernando Capez (CAPEZ, 2015), seria a própria profissional do sexo.

Além disso, é oportuno salientar, que há um grande debate jurídico em torno da vigência de tais dispositivos legais, uma vez que a prática da prostituição tornou-se cediça e notória em quase todas as cidades brasileiras, existindo, inclusive, algumas casas de prostituição ostensivas sendo toleradas abertamente pelas autoridades policiais. Nesse sentido, parte da doutrina e jurisprudência entende aplicável à hipótese, além de outros entendimentos, a teoria da adequação social da conduta de Hans Welzel, que

preconiza sobre a impossibilidade de aplicar uma punição a um indivíduo se a conduta por ele praticada é aceita pela sociedade, deixando a mesma de ser fato típico.

Consoante se verifica, a conduta denunciada, apesar de estar incriminada no Código Penal, há muito tempo, deixou de ser considerado crime no âmbito da jurisprudência, por ser socialmente aceita. Tanto passou a ser irrelevante para o Direito Penal a manutenção de casa de prostituição, que existem estabelecimentos dessa natureza em praticamente todos os municípios do país, fato que é conhecido da população e das autoridades policiais e administrativas.

Ademais, a penalização da conduta em nada contribui para o fortalecimento do estado democrático de direito ou para o combate à prostituição. Ao contrário, se constituiu tratamento hipócrita apenas de casos isolados, normalmente marcados pela participação de pessoas de baixa renda, diante da prostituição institucionalizada, amplamente anunciada com rótulos como “acompanhantes”, “massagistas” e outros, inclusive pelos meios de comunicação social. (NUCCI, 2009 apud ALMEIDA, 2009).

Ademais, o Supremo Tribunal Federal (STF) também se manifestou sobre determinado tema, quando julgou o Recurso Extraordinário 405/433.

Casa de Tolerância em zona do meretrício: inexistência de crime – STF: Casa de prostituição. Exploração em Zona do meretrício. Inexistência de crime. Concessão de habeas corpus. Inteligência do art. 229 do Código Penal. A exploração de casa de tolerância em zona de meretrício não constitui crime (RT 405/433). (STF, 2002).

Caminhando na mesma direção, ou seja, a favor do reconhecimento e tolerância da atividade, o governo federal, através do Ministério do Trabalho e Emprego, incluiu em 2002, sob o código 51-98-05, a atividade da profissional do sexo como ocupação no Cadastro Brasileiro de Ocupações – CBO (BRASIL), o que possibilitou o acesso a políticas públicas, bem como inclusão da categoria.

Insta salientar, ainda, que também já foram propostos dois projetos de lei visando positivar e garantir os direitos laborais das profissionais do sexo, o que revogaria os artigos do código penal que criminalizam determinada atividade. São eles o projeto de lei 98 de 2003 de autoria do

deputado Fernando Gabeira, e o projeto de lei n.º4244 de 2004 de autoria do deputado Eduardo Valverde.

Entende-se, portanto, que além da prostituição e suas atividades correlacionadas serem práticas cediças e, atualmente, toleradas pela sociedade e pelo Poder Público, atipicidade das condutas e a punição são, no mínimo, incertos, devendo, assim, o Estado investir em programas de inclusão.

4. DA PROSTITUIÇÃO COMO FORMA DE LABOR:

Como devidamente explanado alhures, a prostituição é uma atividade praticada por muitos anos, que, atualmente, no Brasil, auferiu certa tolerância pela civilização. Entretanto, cabe ressaltar que apesar desta aceitação social a prática da prostituição continua sendo reprimida com violência e estigmatizada. O fato é que esta atividade somente existe, pois ao mesmo tempo em que a sociedade a condena, também a mantém. Jamais haveria prostituição se não houvesse clientela.

Assim sendo, como se vê, o único e possível caminho é o de admitir a realidade e disparar as bases para que se reduzam os malefícios resultantes da marginalização a que a atividade está diretamente ligada.

Nestes termos, o passo preambular é admitir que a prostituição é uma forma de labor. Este passo, que já foi realizado pelo Brasil, diga-se de passagem, consiste em classificar os profissionais do sexo no código de Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), de forma a reconhecer a existência de determinada forma de trabalho.

A título de conhecimento, é de suma importância salientar que a CBO pode ser conceituada como um documento que retrata a realidade das profissões do mercado de trabalho brasileiro, sendo ela a que reconhece a existência de determinada profissão/atividade.

Nesta linha de entendimento, o segundo passo a ser dado está substanciado na ideia que as pessoas que prestam serviços de natureza sexual fazem jus ao pagamento pela operação de determinado serviço.

Este passo inspira-se diretamente no exemplo da Alemanha, que ao final de 2001 aprovou uma lei que torna exigível o pagamento pela prestação de serviços de natureza sexual. Esta lei entrou em vigor em 1º de janeiro de 2002. Além disso, a iniciativa germânica também excluiu do Código Penal Alemão os artigos referentes ao crime de favorecimento da

prostituição, pois se a atividade passa a ser lícita, não há porque penalizar quem a favorece.

4.1. Dos Projetos de Lei que Regulamentam a Prática da Prostituição:

Por diversas vezes o tema em debate neste artigo foi pauta de discussão na Câmara dos Deputados. Uma grande divisão entre progressistas e conservadores ficou estabelecida na mesa de votação.

Dessa forma, sob a égide da evolução social, bem como dos avanços da Alemanha em 2002, quando a lei que torna exigível o pagamento pela prestação de serviços de natureza sexual foi publicada, o Deputado Fernando Gabeira (PV), em 2003, criou o projeto de lei nº 98/2003, que visava suprimir os artigos 228, 229 e 231 do código penal, determinando que fosse possível o profissional do sexo exigir o seu pagamento, quando prestar os serviços sexuais. Entretanto, determinado projeto foi arquivado na mesa da Diretoria e rejeitado no parecer fornecido pela Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, a partir da seguinte fundamentação:

Considero a prostituição não só um incentivo aos nossos jovens ao ingresso no submundo da exploração do corpo, mas como uma escravatura da pessoa, incompatível com a dignidade humana, colocando a prostituta na situação de alguém que deve ser incentivada a deixar a prostituição e a inserir-se socialmente, e não o contrário, como quer fazer a proposta em questão.

A prática da prostituição é um produto do subemprego causado pela falta de políticas públicas de inclusão social adequadas. O dever do Estado é o de garantir o pleno emprego.

Se não bastasse tudo isso, a prostituição alimenta o vício a violência doméstica, a violação de direitos individuais, a proliferação de doenças sexualmente transmissíveis, o consumo excessivo de álcool e o acobertamento do tráfico ilícito de estupefacientes aumentando a criminalidade e causando um total desmantelo no seio das famílias.

É de nos causar espanto a defesa que uma minoria faz, quando na verdade deveria buscar soluções para as raízes dos males da sociedade e não exigir que o Estado regulamente tal prática.

Indago: que pais gostariam de ver os seus filhos e filhas optarem por tal prática profissional? Defender a legalização da prostituição é um discurso simplista e vazio, sendo um desserviço a sociedade.

Assim sendo, não vejo como poderíamos absorver como hipótese de relação lícita de trabalho uma relação assim, em que os contratantes pagam, implicitamente, no preço ajustado, além do sexo, o segredo sobre o próprio contrato, elevando ambos contratantes ao plano da indignidade, do ponto de vista do direito, da moral e da religião, razão pela qual minha manifestação é, no mérito, pela rejeição do PL nº 98, de 2003, e pela aprovação do apenso, que reforça, acertadamente, a nosso ver, o juízo de reprovabilidade da conduta em questão, mas na forma do substitutivo que ora apresento. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2010)

No ano seguinte (2004), Eduardo Valverde também apresentou proposta de lei semelhante, contudo sua ideia teve o mesmo destino e foi arquivado.

Entretanto, neste projeto de lei, o deputado visava ir além de permitir com que o profissional do sexo exija o pagamento atinente a prestação dos serviços. Este projeto tornava livre, regular e formal a prática da prostituição no Brasil, bem como reconhecer e estabelecer as formas das prestações dos serviços, garantindo, inclusive os direitos previdenciários dos profissionais.

Determinada regulamentação, inclusive, impunha a necessidade de registro profissional, que seria emitido pela Delegacia Regional do Trabalho e renovado anualmente. Esta e outras medidas previstas neste projeto de lei visam dotar os órgãos competentes de melhores condições para controlar o setor e, assim, conter os abusos.

Art.5º - Para o exercício da profissão de trabalhador da sexualidade é obrigatório registro profissional expedido pela Delegacia Regional do Trabalho.

§1º - O registro profissional deverá ser revalidado a cada 12 meses.

§2º - Os trabalhadores da sexualidade que trabalham por conta própria deveram apresentar a inscrição como segurado obrigatório junto ao INSS, no ato de requerimento do registro profissional.

§3º - Para a revalidação do registro profissional será obrigatório a apresentação da inscrição como segurado do INSS e do atestado de saúde sexual, emitido pela autoridade de saúde pública. (PROJETO DE LEI 4244/2004)

Em ato contínuo, no ano de 2012, o Ex-Deputado Jean Wyllys (PSol), elaborou o projeto de lei nº 4211/2012, conhecido como Gabriela Leite. Este projeto reunia toda ideologia defendida nos projetos apresentados anteriormente, acrescentando a aposentadoria especial de 25 anos, nos termos do art. 57 da lei 8.213/1991, bem como preconizava diretrizes que vedavam a prática da exploração sexual.

Art. 2º - É vedada a prática de exploração sexual. Parágrafo único: São espécies de exploração sexual, além de outras estipuladas em legislação específica: I- apropriação total ou maior que 50% do rendimento de prestação de serviço sexual por terceiro;

II- o não pagamento pelo serviço sexual contratado;

III- forçar alguém a praticar prostituição mediante grave ameaça ou violência.

Art. 5º. O Profissional do sexo terá direito a aposentadoria especial de 25 anos, nos termos do artigo 57 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991 (PROJETO DE LEI 4211/2012).

Contudo, apesar de todos os esforços pelo criador do projeto, este foi arquivado na mesa da Diretoria, bem como e rejeitado pela maioria das comissões. Segundo os pareceres emitidos, o simples fato de uma pessoa ser tratada como mercadoria já é uma condição de afronta ao princípio da dignidade humana, que é o preceito fundamental dos direitos humanos. Ademais, segundo a Comissão dos Direitos Humanos e Minorias, determinada aprovação acarretaria em um grande impacto social, que seria o aumento da procura pelos serviços; que passaria uma mensagem subliminar para as novas gerações de homens e garotos de que as mulheres são mercadorias e que a prostituição é uma brincadeira sem consequências, apenas uma relação comercial. Ademais, segundo os pareceres apresenta-

dos, é defesa determinada forma de labor, uma vez que afronta o art. 104, inciso II do Código Civil, que apenas reconhece como negócio jurídico aqueles que possuem objetos lícitos.

Em face de todo conteúdo explanado neste tópico, é possível observar que há uma dicotomia acerca da regularização da atividade prostibula. De um lado há diversas razões defensivas para implantação imediata dos projetos arquivados, de outro, diversos argumentos em seu desfavor.

Em que pese toda fundamentação jurídica emitida nos pareceres das comissões, no que tange aos direitos humanos e aos direitos trabalhistas, é primordial destacar que determinada forma de labor se expande de forma desenfreada, independente de regularização por parte do Estado, que, diga-se de passagem, falha na tentativa de garantir o pleno emprego, visto a precária remuneração que diversos profissionais qualificados auferem mensalmente, bem como a grande massa de desempregados existentes no Brasil, que recorrem a outros meios, como a prostituição, para garantir a quitação das contas mensais.

Em pesquisa empírica foi possível compreender que as profissionais do sexo nem sempre realizam programas porque optaram por este trabalho, mas sim porque o Estado falha em garantir o pleno emprego, que seja capaz de um indivíduo se manter dignamente.

O relato de Luana (nome de guerra), de 28 anos, que possui um filho de 6 (seis) anos, corrobora inteiramente com o presente raciocínio, quando afirma: “Eu tentei fazer outras coisas. Fui secretaria, empregada, até faculdade eu comecei a fazer. A vida não ta fácil. Eu Prefiro ser acompanhante”; “Não consigo emprego que me ofereça mais de 800 reais. Sendo assim, é melhor me prostituir e ganhar dois mil em um dia. Eu tenho criança pra alimentar”. “Você trabalha 8h por dia, estuda, se especializa... pra que? Para ganhar R\$2.000,00, sendo que o aluguel da sua casa é mil reais e o gasto com roupa e comida é quase o dobro do salário. É por isso que estou nessa vida”.

É perfeitamente compreensivo que os direitos humanos precisam ser preservados, bem como a moralidade da sociedade. Contudo, partindo da premissa de que as normas (o direito) sempre devem evoluir em conjunto com a sociedade; que a prática da prostituição é uma forma de trabalho que cada dia se expande no Brasil, seja nas ruas, nos meretrícios, seja na internet; que atual sociedade se despiu de todo conservadorismo e aceitou

determinada prática como forma de labor, entende-se que ao regularizar a prostituição nos termos dos projetos apresentados, o Brasil apenas estará regulamentando uma prática cediça, e que não tem previsão de término.

É como diz o jargão popular: trata-se descer do salto, e inserir o pé na atual realidade do país. A defesa aos direitos humanos é imperiosa, sem dúvidas, entretanto, não se pode simplesmente fechar os olhos para o atual cenário do Brasil, onde milhares de pessoas, mesmo com nível superior, estão desempregadas e laboram comercializando o sexo, sem qualquer amparo legal, podendo ser vítimas de diversas atrocidades e violências, ora rechaçadas pelos direitos humanos e punidas pelo código penal.

5. A LIBERDADE DO EXERCÍCIO DE QUALQUER TRABALHO:

Preconiza no texto Constitucional de 1988, que também versa sobre os direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros, os valores essenciais e necessários para vida digna do indivíduo, como, por exemplo, os valores do trabalho e da livre iniciativa, a igualdade perante a lei, a liberdade de trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer, a cidadania, a vida, segurança, liberdade, igualdade, moradia, entre outros direitos.

Inobstante, na forma do art. 3º, inciso IV do texto constitucional, são objetivos da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Em ato contínuo, no que tange aos direitos de liberdade e do cidadão, é de grande importância despir-se acerca de alguns pensamentos retrógrados, mas que ainda persistem na sociedade, como, por exemplo, o conceito de discriminação, que consiste na conduta pela qual se nega à pessoa, em face de critério injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada. (DELGADO, 2004, p.49).

Nesta esteira de raciocínio, em conjunto com todo conteúdo em apreço neste estudo, ficou consignado que se tem negado o reconhecimento de direitos trabalhistas aos profissionais do sexo em razão da aplicabilidade do art. 104, inciso II do Código Civil (dispositivo que apenas torna eficiente

os negócios jurídicos quando são realizados com objetos lícitos). No mais, fundamenta-se a determinada negativa sob a ótica conservadora de que tal reconhecimento são atos contrários aos bons costumes, à ordem pública, a moral, e, acima de tudo, aos direitos humanos, não havendo, portanto, como reconhecer os direitos trabalhistas aos profissionais de sexo, seja em contrato de emprego, seja em contrato de prestação de serviços.

Contudo, em que pese à moral, os bons costumes, e os direitos humanos, torna-se imperioso salientar que determinada fundamentação utilizada (moral e os bons costumes) a fim de rechaçar o reconhecimento de direitos e garantias trabalhistas aos profissionais do sexo, não se encontra abarcada por qualquer dispositivo legal, seja no Código Civil, seja no Código Penal; que a redação do art.5º, II da CRFB/88 estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Assim sendo, tendo como base o conceito de discriminação supra mencionado, é perfeitamente possível afirmar que determinada negativa do Estado em garantir direitos trabalhistas aos profissionais do sexo, eivava-se de critérios discriminatórios, sendo, portanto, de forma axiológica, uma afronta ao princípio da não-discriminação, ora pormenorizado em todo ordenamento jurídico brasileiro. Não é papel de o Estado intervir e determinar as atitudes íntimas das pessoas, a ponto de estabelecer um grupo de pessoas destituídas de direitos fundamentais, sociais e trabalhistas. Pelo contrário, é dever do Estado garantir todas as formas de inclusão social, bem como garantir, efetivar e proteger o livre exercício do trabalho.

Por outro lado, quando se fala na proteção e garantia dos direitos trabalhistas, invoca-se o princípio da proteção, que consiste em estruturar todas as bases do direito do trabalho sob a perspectiva da condição hipossuficiente do trabalhador em face do sistema capitalista, buscando proporcionar a defesa deste trabalhador, bem como estabelecer e garantir patamares mínimos de direitos a serem observados pelos empregadores.

Neste sentido, através da simples análise conceitual do princípio da proteção, é possível realizar uma análise crítica acerca da relação deste princípio no reconhecimento dos direitos trabalhistas aos profissionais do sexo, bem como na punição na conduta de exploração ao trabalho destes profissionais.

Como devidamente explanado alhures, os profissionais do sexo são consideradas comovítimas, punindo todas as condutas consideradas como

exploração do seu trabalho, ou seja, como se vê, o direito penal busca a proteção da incolumidade destes profissionais. Indaga-se, portanto, o motivo pelo qual o Direito do Trabalho, fundado também na idéia de proteção, não regulariza os direitos trabalhistas aos profissionais do sexo.

Portanto, através de uma simples interpretação lógica do ordenamento jurídico, nesse aspecto, é cristalina a idéia de que o Direito Penal e o Direito do Trabalho devem caminhar juntos, a fim de garantir e tutelar a proteção dos profissionais do sexo, uma vez que ao não reconhecer os direitos trabalhistas para determinado grupo de profissionais, o Estado estaria afrontando ferozmente ao princípio da proteção, bem como diversos outros princípios já suscitados neste estudo.

Desta feita, em face da vulnerabilidade destes profissionais, ora reconhecida tanto pelo Direito Penal quanto pelo Direito do Trabalho, a lógica do sistema seria a de prevalência do princípio justtrabalhista da proteção das profissionais do sexo, reconhecendo-se os direitos trabalhistas pelos trabalhos realizados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Em observância a todo conteúdo exposto no presente estudo, que colide diretamente ao entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência, conclui-se que a prostituição é uma prática de labor não regulamentada que se expande de forma desenfreada, sem qualquer previsão e possibilidade de se encerrar.

Outrossim, é oportuno consignar que o primeiro passo para a regulamentação dos profissionais de sexo no Brasil já foi realizado, visto que a prostituição consta como uma ocupação no cadastro nacional. Portanto, ao se discutir sobre determinado tema, é imperioso que os pés venham ser postos na atual realidade do país, e que retrógrados pensamentos discriminatórios venham ser despiçiosos.

Corroborando para o presente estudo, ficou demonstrado que diversos projetos de leis foram criados para regularizar uma questão que é cediça e não fiscalizada no Brasil, que é a prostituição. Contudo, estes projetos de lei foram arquivados, visto que a sociedade ainda compreende que determinada prática afeta dos bons costumes, a moral, e aos direitos humanos; que é dever do Estado garantir o pleno emprego.

Em caráter conclusivo vale ressaltar que a regulamentação, bem como a liberdade do exercício da prostituição não é um estímulo ao crescimento de profissionais do sexo, tampouco uma ofensa aos bons costumes. Muito pelo contrário, determinada atitude corroborará com a redução dos riscos danosos desta atividade de labor, até porque esta prática jamais irá se encerrar. Assim, ao regularizar formalmente esta profissão, o Estado estaria efetivando a dignidade humana, bem como se despidendo de toda hipocrisia que priva pessoas de direitos elementares, como, por exemplo, possuir um trabalho desembaraçado de discriminação.

Por fim, insta salientar que determinado estudo necessita de maiores pesquisas, visto que determinada regulamentação ocasionará não somente impactos sociais, previdenciários e trabalhistas, mas também impactos na administração pública, como, por exemplo, a diminuição da elevada taxa de desemprego, recolhimento de ISS, entre outras consequências que futuramente serão estudadas.

REFERÊNCIAS:

ALMEIDA, Mario Victor Assis. O Trabalho da Prostituta à luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro. Realidade e Perspectivas, 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13963/o-trabalho-da-prostituta-a-luz-do-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 15/03/2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 4244/2004. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=266197>> Acesso em 28/03/2019.

_____, Projeto de Lei nº 4211/2012. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=551899>>. Acesso em 28/03/2019.

_____, Projeto de Lei nº 98/2003. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104691>> Acesso em: 28/03/2019.

DALLOSSI, Bruno Manfrin. Direitos Trabalhistas das Profissionais do Sexo: Uma Questão de Princípios. Disponível em: <<https://www.sinait.org.br/arquivos/artigos/artigo058d1efcf493c911af975631d1f-5feb2.pdf>> Acesso em: 12/03/2019.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 2004, p. 49

JUSBRASIL. RT405/433, Exploração em Zona de Meretrício. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=EXPLORA%C3%87%C3%83O+EM+ZONA+DE+MERETR%C3%8D-CIO>>. Acesso em: 29/03/2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual do Direito Penal, 2009

PORTAL EMPREGA BRASIL, Classificação Brasileira de Ocupações. Disponível em: <<https://empregabrasil.mte.gov.br/76/cbo/>>. Acesso em: 16/03/2019.

QUILOMBO, O QUÊ MODIFICOU? ANÁLISE HISTÓRICO SOCIAL DAS COMUNIDADES QUILOMBOLAS

Francineide Marinho Santos

Introdução

Em 1988, com a Constituição Brasileira, há a consagração da igualdade como direito fundamental (art. 5º, caput, da CRFB) e também a valorização da cultura afro-brasileira nos artigos 215 e 216 da Carta Magna. Com o artigo 68 do Ato Das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988, foi reconhecida a propriedade definitiva aos remanescentes das comunidades quilombolas que estivessem ocupando suas terras. Neste mesmo ano foi criada a Fundação Cultural Palmares, com a finalidade de promover e preservar a cultura afro-brasileira. No entanto, a regulamentação do procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades quilombolas só se deu a partir do Decreto nº 4.887 no ano de 2003.

Atualmente em todo o território nacional existem cerca de 3.000 (três mil) comunidades tradicionais quilombolas certificadas pela Fundação Cultural Palmares, de acordo com nota publicada pelo Portal Brasil em 2018. A razão da escolha do tema vem da necessidade de trabalhar a pauta quilombola que está tão presente na realidade brasileira, mas que aparentemente é esquecida. O fato de escolher as comunidades quilombolas como objeto de intervenção vem do forte conceito cultural que elas representam no Brasil. E que, devido a essas comunidades serem mais

afastadas do centro urbano, acabou atrasando seu desenvolvimento, em virtude disso há a possibilidade que os mesmos tenham seus direitos violados por falta de conhecimento.

Diante do exposto, adentramos ao objetivo principal do trabalho que é as dificuldades de acesso aos direitos fundamentais pelas comunidades remanescentes de quilombos. A hipótese que orienta a pesquisa é que apesar da inauguração da Constituição Cidadã de 1988 que formalmente implicou na ampliação social, econômica, política e cultural de direitos, as Comunidades Quilombolas ainda enfrentam dificuldades operacionais, funcionais e processuais para desfrutar destes direitos. Em particular, o Estado junto com os diferentes governos desde a inauguração da Constituição Cidadã tem sido ausente não apenas no aspecto do reconhecimento e da efetivação de posse legal das terras quilombolas bem como na provisão de infraestruturas básicas que facilitam a vida e convivência digna entre as quilombolas e entre estas e a sociedade em geral.

As reflexões apresentadas são baseadas em pesquisas bibliográficas e análises documentais. Onde partiremos do conceito e da história de como surgiu os quilombos no Brasil, os registros históricos da formação das comunidades e também a trajetória dos mesmos, desde a escravidão até o momento atual. Após, serão levantada a luta dos movimentos negros juntamente com os quilombos para efetivação dos direitos, a consagração dos direitos sociais e das comunidades quilombolas e o levantamento das dificuldades com base no monitoramento do programa Brasil Quilombola.

1. Conceito e memória dos quilombos

Com a chegada dos Portugueses no Brasil, tivemos início ao sistema escravocrata. No primeiro momento, a tentativa foi de utilizar a mão de obra indígena nos engenhos, porém, os mesmos não se submetiam à escravidão. Isto posto, tivemos um número considerável de mortes da população nativa. As doenças também contribuíram para o fracasso do trabalho indígena, de acordo com Pinsky (2011). Diante disso, tem-se o início do comércio de negros africanos trazidos para que trabalhassem nos engenhos. Sobre o assunto, afirma Pinsky, que vários argumentos contribuíram para isso: “a fraca densidade demográfica da população indígena no Brasil; o fato de as tribos ficarem cada vez mais arredias, a partir da

percepção do interesse dos brancos em escravizá-los; a dizimação dos indígenas; dentre outros”. (PINSKY, 2011)

O Brasil, portanto, vivia uma economia que era sustentada pela escravidão negra, a mesma era a principal força de trabalho. Esses negros africanos escravizados foram obrigados a viver sob o sistema escravista e mesmo assim tentaram continuar com a sua cultura e seus valores.

Em 1740, segundo definição do Rei de Portugal em resposta à consulta do Conselho Ultramarino, tivemos a primeira definição de quilombo: “toda habitação de negros fugidos que passem de cinco, em parte despovoada, ainda que não tenham ranchos levantados nem se achem pilões neles.” (ALMEIDA, 2002, p. 47)

Para os africanos que foram escravizados a única saída era a fuga, e os quilombos trazem essa ideia de liberdade, pois, quando aconteciam essas fugas, causavam tantos danos materiais como também derrubavam as barreiras da impossibilidade de ocorrer mudanças.

Quilombos são considerados grupos sociais que, segundo a história, são descendentes de africanos que foram sequestrados e trazidos ao Brasil durante o período colonial, sendo que sua identidade étnico-racial os distingue do resto da sociedade. Os quilombos foram movimentos dos escravos, tornando-se umas das formas coletivas de resistência à escravidão mais forte no Brasil, sendo também denominados de mocambos.

Nos quilombos, os negros construíram uma nova sociedade alternativa e livre, que eram formados através de revoltas e fugas individuais de escravos, além também de outros grupos que estavam buscando refúgio.

Para o pesquisador da Diáspora Africana, Nei Lopes (2008), quilombo é um conceito dos próprios africanos derivado de quicongo lombo, ou sociedade, grupo, exército, assim eram denominados os acampamentos militares em Congo e Angola. (LOPES, 2008)

Segundo o INCRA (2010), “quilombos são grupos étnicos, rurais ou urbanos, predominantemente constituídos pela população negra, que se auto definem como tal a partir das relações com a terra, o parentesco, o território, a ancestralidade, as tradições e práticas culturais próprias”.

Para alguns escritores, o quilombo representa a reprodução da cultura africana, segundo Edson Carneiro: “O quilombo por sua vez, era uma reafirmação da cultura e do estilo de vida africanos, os quilombos foram

um fenômeno de rebeldia contra os padrões de vida impostos pela sociedade oficial e de restauração dos valores antigos (Carneiro, 1988, p. 14).

No contexto da exclusão e opressão territorial, os quilombos, tiveram que desenvolver várias práticas para resistir e manter os seus territórios e suas práticas culturais. Segundo Moura (1997), as comunidades de fugitivos tinham como objetivo manter e valorizar as tradições culturais de seus antepassados.

Alguns quilombolas para sobreviver, assaltavam viajantes nas estradas e também faziam ataques a povoados e fazendas e, nesses locais, praticavam o roubo de dinheiro e de outros bens, além de recrutar escravos para fortalecer o grupo cada vez mais. Mas, apesar disso tudo, costumavam constituir famílias. (REIS, 1995/1996). Com toda essa organização, os quilombos começaram a ser uma das maiores preocupações dos senhores de engenho, pois conseguiam impulsionar e convencer novos escravos a se rebelar e fugir.

O quilombo dos Palmares foi um dos mais importantes quilombos do Período Colonial da História do Brasil. O local resistiu aos ataques e emboscadas de expedições militares, e conseguiu existir por um período de quase cem anos, entre 1600 e 1695. Em 1675, segundo relatos da expedição do comandante Carrilho, o mesmo relata a proporção de Palmares: “uma grande cidade de mais de 2 mil casas, fortificadas de estaca de pau-a-pique e defendida com três forças e com soma grande de defensores, prevenidos com todo gênero de armas”. (GOMES, 2005, p.113)

Uma das figuras de grande destaque dentro do quilombo de palmares foi Zumbi, cujo nome nos remete ao “Dia da Consciência Negra“, comemorado, em 20 de novembro, em alusão ao dia da morte desse líder. Oficialmente instituído, em âmbito nacional, mediante a lei nº 12.519 de 10 /11/ 2011, a data foi reconhecida devido à mobilização do Movimento Negro e outras lideranças. (BRASIL, 2011)

Em 1994 houve uma recriação do conceito de quilombo, com o intuito de conseguir assegurar a posse das terras pelas comunidades negras rurais, envolvendo uma grande gama de sujeitos que foram envolvidos nesse processo, ganhando assim uma nova abordagem, referindo-se a comunidades de segmentos negros que possuíam práticas de resistências coletivas.

Com essa recriação do conceito de quilombo, tem-se um deslocamento do modelo palmares para ser descrito como uma ampla variedade

de situações concretas, que foram historicamente documentadas. Propondo, com isso a reconstrução de outro conceito. (ARRUTI, 2000)

Os antigos quilombos mantiveram-se mesmo após a abolição da escravatura, estes vivem em espaços que hoje são denominados Comunidades Remanescentes de Quilombolas. Os fatores de identificação desse novo conceito é a identidade social e étnica somada ao histórico de permanência no mesmo território e à reprodução de um modo de vida.

Antes, os quilombolas lutavam pela liberdade, agora, as lutas são mais evidenciadas, conforme o parecer da CNE/CEB nº 16/2012, onde se afirma que as comunidades quilombolas de hoje vivem por meios de várias estratégias de luta, sendo elas contra o racismo, por territórios, pela vida, para que sejam efetivadas as políticas públicas existentes e até mesmo por respeito. (BRASIL, 2012)

Ainda nos dias de hoje, por parte dos parlamentares, se tem o entendimento de que as comunidades quilombolas vivem no isolamento. Segundo Almeida: “fuga, isolamento, quantidade mínima, estavam na cabeça de nossos legisladores da Constituição Federal de 1988, que imaginavam os quilombos, na redação do artigo 68, um instrumento excepcional e algo isolado”. (ALMEIDA, 2003, p.231). No ínterim, os quilombolas começaram a fazer ouvirem suas vozes, e cada vez mais vem se fortalecendo com outros movimentos negros.

2. A luta dos movimentos negros juntamente com os quilombos para efetivação dos direitos

Por volta de 1823, tivemos a primeira iniciativa de direitos para a população negra brasileira quando José Bonifácio redigiu um projeto para ser apresentado à primeira Assembleia Constituinte brasileira, no documento era solicitado o fim do tráfico negreiro e a progressiva emancipação dos escravos. No entanto, antes que pudesse fazê-lo, a assembleia foi dissolvida por Dom Pedro I e José Bonifácio, exilado. (BRASIL, SENADO FEDERAL, 2012)

Após inúmeras discussões, em 1885, se deu o resquício de direitos da população escravizada com a Lei dos Sexagenários, na qual previa liberdade aos escravos que tivessem mais de sessenta anos de idade e estabelece também normas para libertação gradual dos cativos, mediante indeniza-

ção. Anos depois tivemos a Lei do Ventre Livre e somente em 1888 tivemos a homologação do fim da escravidão com a Lei Áurea. Apesar das leis supracitadas, em nenhum momento foram dadas condições para o escravo liberto viver com dignidade, diante disso, era quase impossível conseguir construir uma vida fora daquele ambiente. Uma das percepções mais robustas sobre a questão foi feita pelo sociólogo Fernandes (2008, p. 28): “a desagregação do regime escravocrata e senhorial se operou, no Brasil, sem que se cercasse a destituição dos antigos agentes de trabalho escravo de assistência e garantias que os protegessem na transição para o sistema de trabalho livre”.

No período pós-abolição, o discurso de superioridade branca, somado à condição precária da maioria da população negra, aproximou a luta pelos direitos quilombolas das lutas da população negra de modo geral, sendo uma forte bandeira dos movimentos sociais negros durante os séculos XX e XXI. (SKIDMORE, 2012)

No final da década de 1970, a luta dos quilombolas pelo fim das desigualdades raciais fica mais forte, repercutindo nacionalmente quando se articula bandeiras de redemocratização no país. Nas décadas de 1980, nasce o Movimento Negro Unificado Contra a Discriminação Racial, após um jovem negro ter sido violentamente morto por um policial militar. Os jornais e revistas começaram uma campanha pelas Diretas Já, apoiando a luta para a libertação dos países africanos. (GARCIA, 2008).

Neste mesmo período, pouco antes a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, foi criada a Fundação Cultural Palmares (FCP), com a finalidade de promover e preservar a cultura afro-brasileira. No entanto, a regulamentação do procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades quilombolas, só se deu a partir do Decreto nº4.887/2003.

Após cem anos da abolição da escravidão, foi elaborada a Constituição Federal de 1988 onde o Estado brasileiro mencionou os quilombos e seus ocupantes, conforme artigo 68 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias. Sendo este o primeiro documento que reconheceu o direito à propriedade de terra a comunidades quilombolas.

Nos artigos 215 e 216 foi estabelecida a base legal para se definir o desenho das políticas étnicas, instituíram-se também direitos sociais como

os direitos à propriedade de terra, educação formal diferenciada, e também à saúde, orientados, pela primeira vez, por princípios éticos. (BRASIL, 1988)

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o ativismo orientou-se por buscar aplicar o marco legal, reconhecendo direitos referentes a vários grupos étnico-raciais que formam o Estado Brasileiro.

No aniversário de 300 anos da morte de Zumbi dos Palmares, no dia 20 de novembro de 1995, aconteceu uma manifestação que conseguiu influenciar os rumos da luta contra o racismo no país, a Marcha Zumbi dos Palmares, que reuniu cerca de 30 mil pessoas em Brasília, tinha o intuito de denunciar o preconceito, o racismo e a ausência de políticas públicas para a população negra. Essa manifestação deu fruto ao decreto que instituiu o Grupo de Trabalho Interministerial para a Valorização da População Negra, assinado pelo presidente Fernando Henrique Cardoso. Pela primeira vez a pauta foi escrita na agenda política de um governo. (Memorial da Democracia, 1995)

Ainda nos anos 90, foi constituído a Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas (CONAQ), uma organização que possui âmbito nacional, nascendo de uma circunstância de exaltação política das bandeiras dos movimentos negros brasileiros. A CONAQ possui uma rede de organizações que existe para que se consiga dialogar com as instituições e essas possam passar a conhecê-la, buscando se legitimar com novas adesões, e, com isso, conseguindo aumentar a sua abrangência. Inclusive muitos líderes comunitários passaram a conhecer seus direitos a partir da CONAQ.

Com esse cenário, aproximadamente um ano após a Marcha Zumbi dos Palmares, o Ministério da Justiça levou à Brasília alguns pesquisadores e várias lideranças negras do Brasil para a organização do seminário “Multiculturalismo e racismo: o papel da ação afirmativa nos estados democráticos contemporâneos”. Como informa Guimarães: “Foi essa a primeira vez que o governo brasileiro admitiu discutir políticas afirmativas voltadas para a ascensão de negros no Brasil”. (GUIMARÃES, 2009, p. p.235)

Neste contexto, as ações afirmativas destinadas à população negra comecem a ser criadas. Ao Governo Federal incumbe-se a responsabilidade de promoção da igualdade racial, e assume a questão escravocrata vivenciada pelos negros no período colonial. Todavia, ainda temos um sistema

muito burocrático e vagaroso. A garantia da efetividade do direito à terra das comunidades remanescentes de quilombos foi assinada somente em 2003 com o Decreto nº 4887 que, apresenta um novo caráter fundiário.

No referido Decreto, o INCRA passa a ser o Órgão responsável pela execução de todos os procedimentos, com a participação do Ministério da Cultura, representado pela Fundação Cultural Palmares. Os procedimentos também são baseados no Decreto Nº 6.040 de 2007 que estabelece a política nacional de desenvolvimento sustentável dos povos e comunidades tradicionais e a Portaria n.º 98 da Fundação Cultural Palmares que institui o cadastro geral de remanescentes das comunidades quilombolas e o regulamenta.

Entretanto, apesar de todo arcabouço histórico ainda existem vários movimentos que são contrários aos direitos das comunidades remanescentes de quilombos, podemos até citar o livro intitulado “A revolução Quilombola: Guerra Racial, Confisco Agrário e Urbano Coletivismo” no qual o autor, Nelson Barretto, traz na descrição do livro, que o decreto presidencial começaria a agitar muitas regiões do Brasil, provocando divisão e conflito racial, ao mesmo tempo em que resultaria em mais um golpe contra o direito de propriedade de terras devidamente escrituradas e em plena produção. Menciona, ainda, que toda essa pauta parece indicar uma orquestração partida de mentes alienadas contra-valores. (BARRETTTO, 2009)

É importante salientar, que tal livro foi apoiado pelo movimento “Paz no Campo”, que atualmente é coordenado e tem como seu porta voz o Príncipe Dom Bertrand de Orleans e Bragança, herdeiro da família real no Brasil. (Casa Imperial do Brasil, 2018).

A luta pelo direito e pela titulação das terras que são travadas pelas comunidades também possuem cenas de violência, inclusive de discriminação racial. De um lado dessa luta tem-se os movimentos sociais negros e quilombolas, os quais compreendem que a luta pela terra caberia ao INCRA, o qual fica com o processo de titulação, e de outro lado os ruralistas, insistindo que o direito à terra deveria ser passado para o campo da cultura.

As terras de remanescentes de quilombos são para a sobrevivência coletiva, porém, nos conflitos pela terra, os grupos de latifundiários querem lhe tirar essas terras, tentando eliminar a sua população.

Mesmo possuindo vários direitos, os povos quilombolas ainda sofrem inúmeras formas de exclusão, portanto a luta não acabou, está apenas no começo, conforme cita Silva:

“A territorialização e a desterritorialização ora se ligam com a exclusão, ora com a liberdade sonhada e buscada pelas comunidades quilombolas. Mais recentemente, pelo modelo de expansão do capitalismo no campo e a conseqüente valorização das terras e, ainda, pela sua disputa e apropriação. Lamentavelmente, as características das pressões e opressões vividas no passado se repetem em outros moldes nos dias atuais. Dentre elas, destaca-se um dos resultados negativos da violência e das desigualdades vividas por várias comunidades quilombolas no meio rural, como a busca das cidades como abrigo e possibilidade de trabalho com melhor remuneração. Somadas a isso, a necessidade de conclusão dos anos finais do Ensino Fundamental e a realização do Ensino Médio e da Educação Superior também levam jovens quilombolas a abandonar o campo.” (SILVA, 2011)

Com isso, cada vez mais existem e são impulsionadas novas lutas das comunidades para que se consiga valorizar e também perpetuar costumes, tradições e culturas, além de garantir os direitos mínimos.

4. A consagração dos direitos sociais e das comunidades quilombolas

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, bem como pela Constituição da República de 1988, são documentos que consagram a inserção dos direitos sociais. A Declaração e o pacto supracitado ergueram os Direitos Sociais ao nível de Direitos Humanos, de vigência universal.

De acordo com Moraes (2002) “Direitos Sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes...”.(p.202) Tais direitos são colocados por Bonavides (2006) como os que mais se aproximam do princípio da dignidade da pessoa humana e da cidadania, pois visam a reduzir as desigualdades entre as pessoas.

Na constituinte de 1988, houve a preocupação da garantia do mínimo existencial. Os direitos abrangidos pelo mínimo existencial na Constituição Cidadã são aqueles que estão relacionados com os direitos sociais, econômicos e culturais. Tais Direitos são tratados no Capítulo II do Título I e II, destinado aos Direitos e Garantias Fundamentais. No qual inclui o direito à educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a PINSKY segurança, a previdência social, à propriedade, dentre outros.

A principal mudança para a sociedade que a Constituição Federal de 1988 buscou foi que fossem solucionados os conflitos agrários, de moradia e também de terras que fossem envolvidas comunidades tradicionais. Porém, a primeira regulamentação administrativa foi apenas no ano de 2001, com o Decreto presidencial nº 3912/2001, o qual exigia que fosse comprovada a ocupação das terras desde 1888, para que fossem garantidos os direitos das comunidades. Entretanto, essa legislação era inconstitucional.

O direito à propriedade de terra para os remanescentes das comunidades de quilombos foi determinado pelo art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (BRASIL 1988). A regulamentação do artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, segundo Hebe Mattos, vem com mais de cem anos de atraso, para reparação, contemplando com terras os que foram descendentes dos últimos escravos. (MATTOS, 2006)

Contudo, em 1995, o artigo 68 ainda continuava sem aplicabilidade, portanto, os negros e os quilombolas fizeram algumas exigências para que se tivesse aplicabilidade do referido artigo. Para tanto, foram apresentados dois projetos de lei na Câmara dos Deputados e no Senado.

O artigo 68 possui algumas indefinições, como por exemplo, traz remanescentes como sendo algo que está em processo de desaparecimento, ficando no subentendido que cultura é algo parado, por este motivo, este artigo foi contestado por alguns representantes da elite econômica.

O primeiro projeto de Lei, nº 129/1995, apresentado pela Senadora Benedita da Silva, apresenta uma perspectiva que evidencia e dinamiza as organizações coletivas. Para tanto, foram estabelecidos dois critérios para que se tivesse direito à propriedade, apresentar características étnicas e raciais e histórico da ocupação e outros elementos de posse. (SILVA, 1997)

Já o segundo projeto de Lei, nº 627/1995, apresentado pelo Deputado Alcides Modesto, utiliza os direitos culturais, e não o direito à propriedade. Definem os sujeitos de direito, remanescente das comunidades de quilombos, como sendo “aquelas populações que guardem vínculo histórico e social com antigas comunidades formadas por escravos fugidos, que lograram manterem-se livres durante a vigência das leis escravistas do país”. (SILVA, 1997)

Em 2003 foi promulgado o Decreto 4.887 para finalmente regularizar as disposições constitucionais dos quilombos, passando a incumbência de delimitar o território ao INCRA. Em 2004 estivemos perto de um retrocesso, o Partido Democrata moveu a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), tal ação tem por finalidade declarar que uma lei ou parte dela é inconstitucional, ou seja, contraria a Constituição Federal. A ADI nº 3239/2004 foi proposta contra o Decreto nº 4887/2003, que regulamenta os procedimentos de terras ocupadas por remanescentes de quilombos. A alegação do referido partido foi que os quilombolas atuais já não são mais os mesmos de antigamente. (BRASIL, STF, 2004)

Os autores do projeto acima entendiam que os remanescentes das comunidades de quilombos, mesmo que não estivessem vivendo em comunidades, poderiam vir a requerer o título de propriedade individual e com essa regulamentação, surgiriam várias comunidades negras rurais como remanescentes de quilombos, porém a maioria não seria de origem quilombola, mas agiriam assim para conseguir propriedade à terra. Com base nisso, os opositores apresentaram uma Ação Direta de Inconstitucionalidade. Porém, o Ministério Público Federal deu parecer favorável e declarou a constitucionalidade do Decreto. ((BRASIL, STF, 2004))

O julgamento do caso teve início em abril de 2012, quando o relator votou pela inconstitucionalidade do Decreto 4.887/2003, no ínterim, o julgamento foi interrompido por um pedido de vista da ministra Rosa Weber. Em março de 2015, reabriram a sessão para a Ação Direta de Inconstitucionalidade ser votada no Supremo Tribunal Federal e foi reiterado pela ministra Rosa Weber o Artigo 68 e o Decreto, reafirmando a constitucionalidade, porém, foi solicitado vistas pelo Ministro Dias Toffoli e a votação foi suspensa. Após aproximadamente dois anos, em agosto de 2017, a sessão foi retomada, no entanto foi adiada. No ano de 2017 três audiências foram marcadas para decidir acerca do assunto, mas,

somente em 8 de fevereiro de 2018 o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a validade do Decreto 4.887/203, garantindo, com isso, a titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades quilombolas. (BRASIL, STF, 2004))

Nos últimos 15 anos, segundo a Agência Brasileira de Comunicação (ABC), o Incra publicou 272 relatórios de identificação e publicou 149 portarias de reconhecimento para esses povos. Neste período, a Presidência da República publicou 84 decretos de interesse social para fins de regularização de áreas quilombolas situadas em terras públicas. (ABC,2018)

4. Levantamento das dificuldades com base no monitoramento do programa Brasil Quilombola

As políticas para as comunidades quilombolas, teve como marco inicial, o Programa Brasil Quilombola (PBQ), criado por volta de 2004 com o objetivo de consolidar os marcos da política de Estado para as áreas quilombolas, a partir deste programa em conjunto com Ministério do Desenvolvimento Social foi levantado que, pelo menos 74,7% famílias quilombolas situam-se abaixo da linha da extrema pobreza. A partir do programa algumas políticas governamentais também foram remanejados e direcionados a esse público, tais como o Luz para Todos, Fome Zero e Bolsa Família. Ao analisar políticas destinadas às comunidades quilombolas, Arruti (2009) afirma que o propósito do Programa Brasil Quilombola foi coordenar ações dispersas por vários ministérios e setores do governo.

Diante disso, foi instituído o Decreto nº 6261/2007, que tange acerca da Agenda Social Quilombola, tendo quatro pautas como eixos principais: Acesso à Terra; Infraestrutura e Qualidade de Vida; Inclusão Produtiva e Desenvolvimento Local e; Direitos e Cidadania. Com essa agenda e com programa foi possível o levantamento de dados e monitoramento de como está a situação das comunidades remanescentes de quilombos no século XXI. Conforme gráficos a seguir:

Acesso à Terra;

Figura 1: Comunidades certificadas por ano (Brasil Quilombola, 2018)



Figura 2: Territórios titulados por ano (Brasil Quilombola, 2018)



Com base nos gráficos expostos é possível identificar a precariedade e as dificuldades enfrentadas por essa população. Segundo dados da Fundação Cultural Palmares, atualmente temos aproximadamente 3.524 comunidades existentes, sendo que 2.401 já possuem suas certificações. Esse quantitativo em números de pessoas com base em informação divulgada no “Guia de políticas públicas para as comunidades

quilombolas” elaborada em 2013, chegava à 1,17 milhão de quilombolas em todo o Brasil.

Nas Figuras 1 e 2 trazemos o eixo relacionado ao acesso à terra, que para Rodrigues (2010) é o eixo estruturante, uma vez que perpassa a maior parte dos interesses e conflitos envolvendo as comunidades quilombolas por comportar um caráter de redistribuição da estrutura fundiária. Nos gráficos mencionados temos a sondagem das comunidades certificadas e titularizadas por ano. Se faz necessário expor a diferença de ambos os dados. A certificação de comunidades quilombolas é o documento que reconhece a comunidade como remanescente de quilombos emitida pela Fundação Cultural Palmares (FCP), processo este que ocorre após a auto-atribuição pela comunidade.

A titulação é o processo que confere à comunidade a propriedade da terra que habita. Atualmente a titulação é emitida pelo INCRA e pelos Institutos de Terra (ITERRAs) estaduais. E segundo diagnósticos trazidos por Brandão, Jorge e Da Dalt (2016) sobre o programa e políticas destinadas a comunidades quilombolas, foi evidenciado inclusive baixos índices de acesso a políticas públicas e sociais por comunidades quilombolas, incluindo nas que foram tituladas. Temos que destacar que a titularização foi uma grande avanço, no entanto, o procedimento depende de múltiplos atores para sua efetiva consecução, tais como a identificação, a delimitação e o levantamento ocupacional e cartorial; a consulta a órgãos federais; o julgamento das contestações; a análise da situação fundiária; o reassentamento dos ocupantes não quilombolas; o registro do imóvel; entre outras etapas. (Sistema de Monitoramento da SEPPIR, 2018)

Diante do apresentado é possível notar que ainda há poucas comunidades que possuem o título de suas terras. Ainda de acordo com Rodrigues (2010) as principais questões na regularização dos territórios estão condensados na gestão eficiente dos recursos orçamentários, nas representações dos interesses das comunidades e na política fundiária, o que ajuda a explicar o descompasso entre o número crescente de comunidades reconhecidas pela Fundação Cultural Palmares e o baixo número de comunidades que obtiveram a titulação de suas terras.

Infraestrutura e Qualidade de Vida;

Figura 3: Abastecimento de água (Brasil Quilombola, 2018)

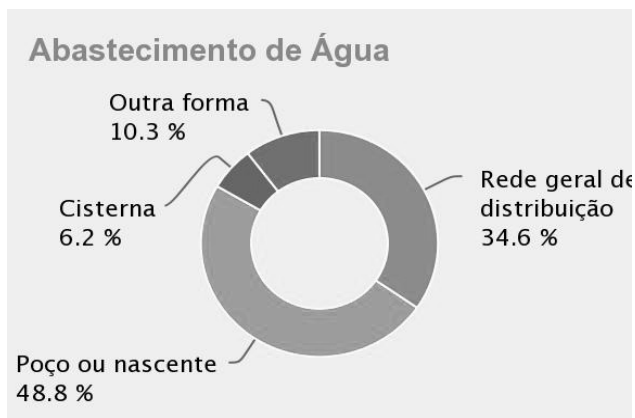


Figura 4: Escoamento sanitário (Brasil Quilombola, 2018)

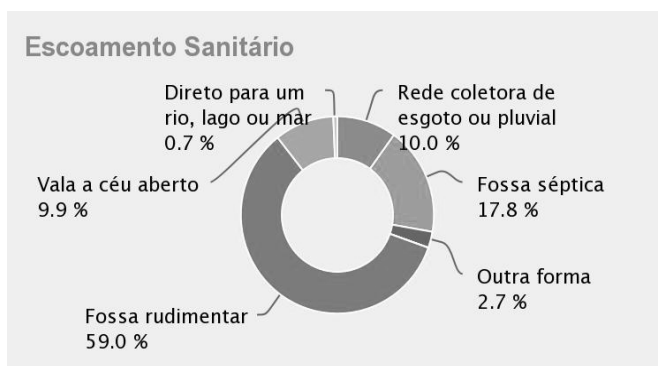
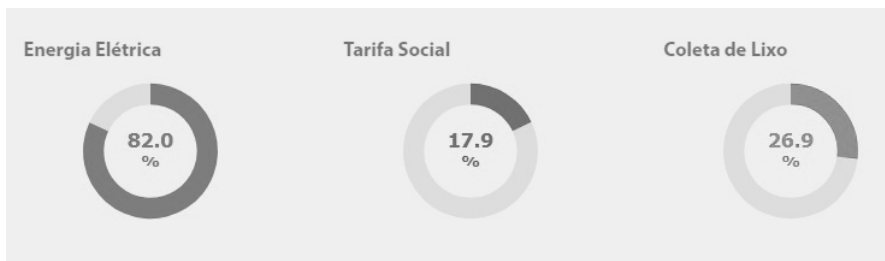


Figura 5: Dados elementares(Brasil Quilombola, 2018)



O eixo Infraestrutura e Qualidade de Vida, apresentadas nas figuras 3, 4 e 5 versam acerca da infraestrutura das comunidades. Em alguns Estados, como por exemplo o Maranhão, dentro deste eixo foi proposto , como o programa de Educação Quilombola, o Programa Saúde Quilombola, bem como ações na área de infraestrutura, como a melhoria de estradas vicinais, construção de moradias, barragens, cisternas, pontes etc. (MARANHÃO, 2012). Concernente às ações propostas, de acordo com os dados apresentados pelo próprio programa, é perceptível que as comunidades ainda detém modelos de estrutura rudimentar e que o Estado ainda não consegue atender às condições de assistência básica. Podendo, assim, constatar, a não efetivação das estratégias planejadas no eixo.

De acordo com o estudo Quilombos do Brasil: Segurança Alimentar e Nutricional em Territórios Titulados, lançado em 2014 pelo governo federal, 55% dos adultos quilombolas estão em situação de insegurança alimentar no Brasil. O percentual fica em 41% quando incluídos as crianças e os adolescentes. Isso está relacionado com a baixa infraestrutura nas comunidades, destacando o saneamento básico.

Inclusão Produtiva e Desenvolvimento Local

Figura 6: Aquisição de alimentos (Brasil Quilombola, 2018)

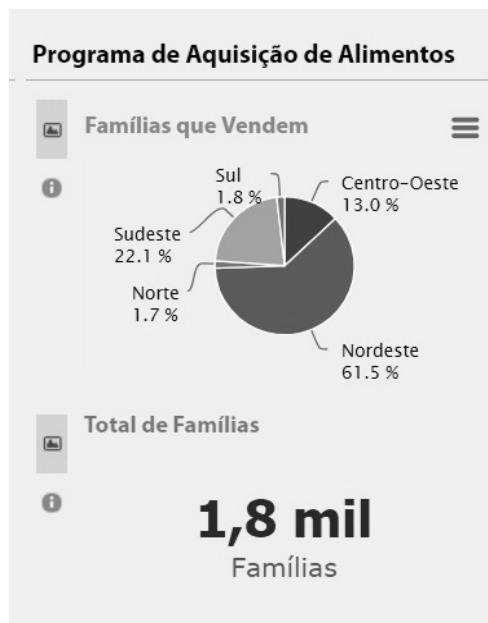


Figura 7: Assistência técnica (Brasil Quilombola, 2018)



Na figura 6 e 7 adentramos no eixo sobre inclusão produtiva e desenvolvimento local que é proposto em apoio ao desenvolvimento produtivo local e autonomia econômica. As atividades do eixo foram separadas em fomento e apoio à produção agrícola e não agrícola, com ações previstas para investimentos na cadeia produtiva, apoio à comercialização dos produtos da agricultura familiar, implantação de sistemas produtivos, assistência técnica e extensão rural, além da implantação do Selo Quilombola, instituído pela Portaria SEPPIR/PR nº 22, de 14 de abril de 2010.

O selo é uma ferramenta importante para identificar os produtos agrícolas, artesanais e alimentícios oriundos de Comunidades Quilombolas. Outro ponto importante, é que essa ação promove a valorização étnico cultural e abre novas possibilidades de comercialização, como feiras, compras públicas e rede de mercados. Segundo informação disponibilizada pela Secretaria Especial de Agricultura Familiar e do Desenvolvimento Agrário em 31 Julho, 2017, o estado com maior números de selos é o baiano, com 30 beneficiários. O Rio Grande do Sul vem logo atrás, com

12, o Goiás, com 11 e os demais estados têm entre 2 a 8 selos. (Ministério do Desenvolvimento Agrário, 2018)

O gráfico trazidos na figura 6 nesta seção demonstra a faixa de quantas de família que comercializa seus produtos, no qual notamos, uma margem grande no Nordeste, e com menor porcentagem, temos o Norte do país. Já no gráfico trazido na figura 7, percebemos que somente três estados foram contemplados com assistência técnica, e notamos que o sudeste que é o segundo maior estado com famílias que vendem seus produtos, não tiveram uma assistência técnica.

Direitos e Cidadania

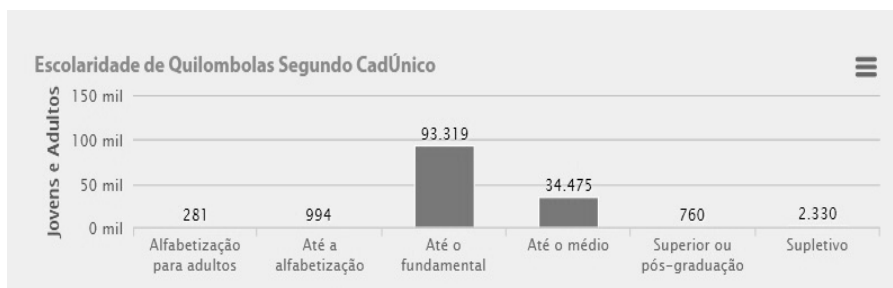


Figura 8: Escolaridade de Quilombolas (Brasil Quilombola, 2018)

Este eixo foi pensado como um fomento de iniciativas de garantia de direitos promovidas por diferentes órgãos públicos e organizações da sociedade civil, junto às comunidades quilombolas considerando critérios de situação de difícil acesso, em conflitos agrários, sem acesso à água e/ou energia elétrica e sem escola.

A partir deste eixo temos um dos mais preocupantes números, que trata acerca da escolaridades dos quilombolas, o percentual mais alto é de ensino fundamental, em seguida temos o ensino médio e o supletivo. Em todo o país, consoante a pesquisa divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, em 2017 a porcentagem é de 7,2%, que em números reais são 11,8 milhões de analfabetos. Enquanto para pretos ou pardos a taxa foi de 9,9%, branco representam menos da metade, com 4,2%.

Esses dados são cruciais para o fortalecimento de pautas das comunidades remanescentes de quilombolas. Contudo, em virtude conjuntura política iniciada em 2015, se tem poucos dados da situação atual do pro-

grama. E os dados apresentados, são bastante imprecisos e subestimados. Segundo a Secretaria Nacional de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, em 2017 estava sendo realizando diagnósticos e pesquisas em parceria com outros programas, como exemplo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), porém até a data do referido artigo não houve publicação desses levantamentos.

Considerações Finais

Juntamente com a herança da formação dos quilombos, têm-se hoje em dia, as comunidades remanescentes de quilombos, espaços estes que são para manter as tradições e costumes dos seus antepassados, mantendo viva a luta para buscar os direitos que estão elencados na Constituição Federal de 1988. É importante ressaltar que os territórios negros de resistência são parte fundamental nossa cultura ancestral africana. Com isso, cada vez mais são impulsionadas novas lutas das comunidades juntamente com outros movimentos negros para que se consiga valorizar e também perpetuar costumes, tradições e culturas, além de garantir os direitos mínimos da população negra. Por isso, o levantamento da pauta quilombola e as análises das condições dessa população são de suma importância e contribuem, para uma reestrutura e avanço da formulação e execução de políticas sociais e afirmativas.

O Decreto nº 4887/2003 foi um grande avanço para determinar como seria o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras, apesar de ser um progresso institucional sem precedência, define longas etapas que tornam complexo e demorado o processo de regularização, dependendo de vários agentes para sua efetiva consecução. Neste momento, após aproximadamente 14 (quatorze) anos, a Ação Direta de inconstitucionalidade 3239 contra do referido decreto foi declarado constitucional pelo STF. Diante disso, surge a oportunidade para de repensar da estrutura das etapas para a titulação das terras ocupadas.

Acerca das questões estruturais, como vimos brevemente, há índices que algumas dessas comunidades vivam em situações precárias. Não há dúvidas quanto importância do acesso à terra para as comunidades quilombolas para a garantia de sua reprodução física, ancestral

e cultural, mas, a partir da titulação não há solução imediata de todos os problemas. Outra percepção tange acerca principalmente da questão da escolaridades dos quilombolas, pois reforçam a noção de que a garantia de acesso à educação básica nas referidas comunidades ainda é um grande desafio para os sistemas público, bem como as questões de saneamento básico. Dessa forma, o Brasil ainda carece de um processo de desenvolvimento que distribua a infraestrutura capaz de gerar qualidade e educação para a população.

Referencial bibliográfico

AGÊNCIA Brasileira de Comunicação. Menos de 7% das áreas quilombolas no Brasil foram tituladas. Brasília, 29 de maio de 2018. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-05/menos-de-7-das-areas-quilombolas-no-brasil-fo-ram-tituladas>. Acesso em 30.06.2018.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Os quilombos e as novas etnias. In: O'DWYER, Eliane Cantarino (org.). Quilombos: identidade étnica e territorialidade. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002.

ALMEIDA, A. W. B. de e PEREIRA, D. D. de B. As populações remanescentes de quilombos: direitos do passado ou garantia para o futuro? In: RIOS, A. V.; COSTA, F. D. de C. (Org.). As minorias e o Direito. Seminário Internacional. Brasília, DF: Conselho de Justiça Federal: Centro de Estudos Jurídicos, 2003.

ARRUTI, José Maurício. Direitos Étnicos no Brasil e na Colômbia: Notas Comparativas sobre Hibridação, Segmentação e Mobilização Política de Índios e Negros. Horizontes Antropológicos, ano 6, nº 14, novembro, 2000.

ARRUTI, José Maurício, Políticas Públicas para Quilombos: Terra, Saúde e Educação. In: PAULA, Marilene de; HERINGER, Rosana. (Orgs.). Caminhos Convergentes: Estado e Sociedade na Superação das Desigualdades Raciais no Brasil. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Boll / Action AID, 2009.

BARRETTO, Nelson Ramos. *A revolução Quilombola: guerra racial, confisco agrário e urbano, coletivismo*. Ed. Paz no campo, São Paulo, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20.06.2018.

BRASIL. Decreto nº 4887 de 20 de novembro de 2003. *Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm. Acesso em: 20.06.2018.

BRASIL. Instrução Normativa n.º 49 do Instituto Nacional De Colonização E Reforma de 29 de setembro de 2008. *Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação, desintrusão, titulação e registro das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que tratam o Art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988 e* http://www.incra.gov.br/sites/default/files/uploads/institucional/legislacao--/atos-internos/instrucoes/in49_290908.pdf. Acesso em: 20.06.2018.

BRASIL. Portaria n.º 98 da Fundação Cultural Palmares de 26 de novembro de 2007. *Institui o Cadastro Geral de Remanescentes das Comunidades dos Quilombos da Fundação Cultural Palmares e o regulamenta*. Disponível em: <http://www.palmares.gov.br/file/2010/11/legis21.pdf>. Acesso em: 20.06.2018.

BRASIL. Portaria SEPP/PR n.º 22 de 14 de abril de 2010. *Institui o selo de certificação de origem de produtos oriundos das comunidades quilombolas denominado “SELO QUILOMBOLA”*. Disponível em: <https://www.diariodasleis.com.br/legislacao/fede>

ral/213979--selo-quilombola-institui-o-selo-de-certificauuo-de-origem-de-produtos-oriundos-das-comunidades-quilombolas-denominado-selo-quilombola-e-du-outras-providencias.html. Acesso em: 20.06.2018.

BRASIL. Lei nº 12.519, de 10 de novembro de 2011. Institui o Dia Nacional de Zumbi e da Consciência Negra. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/L12519.htm. Acesso em 13.07.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3239.. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 25 de junho de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2227157>. Acesso em: 11.07.2018.

BRASIL. Ministério da Educação. Parecer CNE/CEB Nº: 16/2012, de 5 de junho de 2012. Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Escolar Quilombola. Disponível em:http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=11091-pceb016-12&category_slug=junho-2012-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 11.07.2018.

BRASIL. Senado Federal. A abolição no parlamento: 65 anos de luta, (1823-1888) Brasília: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/PC/Downloads/ABOLI%C3%87%C3%83O%20NO%20PARLAMENTO%20VOL%20I.pdf>. Acesso em: 11.07.2018.

CARNEIRO, Edison. O Quilombo dos Palmares. 4ª ed. São Paulo: Editora Nacional, 1988.

CASTILHO, Ricardo. Filosofia do Direito. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERNANDES, Florestan. A integração do negro na sociedade de classes. Vol. II. São Paulo: Globo, 2008.

GARCIA, J. 25 anos 1980-2005: movimento negro no Brasil. Brasília: Fundação Cultural Palmares, 2008.

GOMES, Flávio. *Palmares: escravidão e liberdade no Atlântico Sul*. São Paulo: Ed. Contexto, 2005.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. *Racismo e antirracismo no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo, 2009.

INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA (INCRA). Instrução Normativa Nº 57, de 20 de Outubro de 2009. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.palmares.gov.br/wp-content/uploads/2010/11/legis12.pdf>. Acesso em 16.06.2018.

JORGE, André L.; BRANDÃO, Amanda; DALT, Salete. Faz diferença estar na agenda? Lideranças comunitárias quilombolas e percepções sobre acesso às políticas sociais nos anos recentes. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 40., 2016, Caxambu. Anais... Caxambu: ANPOCS, 2016.

LOPES, Nei. *História e cultura africana e afro-brasileira*. São Paulo: Barça Planeta, 2008.

MARANHÃO (Estado). *Plano de Ações Integradas do Programa Brasil Quilombola/Maranhão*. São Luís: Governo do Estado, 2012.

MATTOS, Hebe. Remanescente das Comunidades dos Quilombos: memória do cativo e políticas de reparação no Brasil. In *Revista USP*, n. 68, 2006.

MEMORIAL da Democracia. *Marcha Zumbi Contra o Racismo, pela Igualdade e a Vida*. 20 de novembro 1995. Disponível em: <http://memorialdademocracia.com.br/card/marcha-zumbi-reune-30-mil-em-brasilia/docset/910>. Acesso em: 11.07.2018.

MINISTÉRIO do Desenvolvimento Agrário. *Bahia é campeã na emissão de Selo quilombola brasileiro*. Brasília, 31 Julho, 2017. Disponível em: <http://www.desenvolvimentoagrario.gov.br/sitemda/sitemda/noticias/bahia-%C3%A9-campe%C3%A3-na-emiss%C3%A3o-de-selo-quilombola-brasileiro>. Acesso em: 26.06.2018.

- MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- MOURA, Maria da Glória V. Ritmo e Ancestralidade na força dos tambores negros – o currículo invisível da festa. 1997. 292 f. Tese (Doutorado em Educação) – Programa de Pós-Graduação em Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1997.
- NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. São Paulo: Editora Método, 2009, 3 ed., 362/364.
- PINSKY, Jaime. A escravidão no Brasil. 21^a ed. São Paulo: Contexto, 2011.
- REIS, João José. Liberdade por um fio: história dos quilombos no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- RODRIGUES, Vera. Programa Brasil Quilombola: um ensaio sobre a política pública de promoção da igualdade racial para comunidades de quilombos. Cadernos Gestão Pública e Cidadania, Brasil, 15, dez. 2010. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cgpc/article/view/3258/2121>. Acesso em: 29.06 2018.
- SILVA, Dimas Salustiano. da. Apontamentos para compreender a origem e propostas de regulamentação do Art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988. In Regulamentação de Terras de Negro no Brasil. Boletim Informativo NUER / Fundação Cultural Palmares, 1997, Disponível em: <http://nuer.ufsc.br/files/2014/04/m-mgpefhgnff_boletim_nuer__1.pdf>. Acesso em 16.06.2018.
- SILVA, Givânia Maria da. O processo educativo de Conceição das Crioulas: Uma experiência de educação “diferenciada”. Brasília, Ed. UNB, 2011 (relatório de qualificação).
- SKIDMORE, T. Preto no branco: raça e nacionalidade no pensamento brasileiro. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2012.

SISTEMA de Monitoramento da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. Programa Brasil Quilombola. Disponível em: <http://monitoramento.seppir.gov.br/paineis/pbq/index.vm?eixo=4>. Acesso em 25.06.2018

WERNECK, Jurema. Racismo, Racismo Institucional e Gênero. In: Geledés. Racismo Institucional: uma abordagem conceitual. Rio de Janeiro: Trama Design; Ibraphel Gráfica, s/d. Disponível em: file:///C:/Users/User/Documents/Racismo%20Institucional%20uma%20abordagem%20conceitual_Werneck.pdf. Acesso em 15.06.2018.

ANÁLISE DO CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO DIANTE DA VULNERABILIDADE DE POVOS INDÍGENAS NO CONTEXTO DAS PESQUISAS CIENTÍFICAS

Itanaina Lemos Rechmann

1 INTRODUÇÃO

A realização de pesquisas científicas envolvendo seres humanos, sobretudo na área da genética, deve conciliar a proteção à vida humana com o fomento ao progresso científico, preservando a dignidade dos participantes das pesquisas, o que inclui, quando se tratar de povos e comunidades tradicionais, o respeito às práticas, informações sobre recursos naturais, organização social, conhecimentos e tradições.

A regulamentação nacional das pesquisas científicas envolvendo seres humanos procura, justamente, conciliar o progresso da ciência e da tecnologia com a promoção do bem-estar e da qualidade de vida do ser humano, bem como a defesa e a preservação do meio ambiente, sendo importante estabelecer uma cronologia dessa regulamentação, a qual se dá notadamente por meio de resoluções do Conselho Nacional de Saúde – CNS.

As diversas e sucessivas resoluções do CNS sobre a temática ora em comento, após considerarem o respeito pela dignidade humana, conferindo especial proteção aos participantes das pesquisas, destacam a existência de grupos vulneráveis que podem ser convidados a participar dessas pesquisas, inclusive no âmbito da genética.

Especialmente quanto aos povos indígenas participantes de pesquisas científicas realizadas no Brasil, a vulnerabilidade exsurge diante da diversidade cultural e linguística e da dificuldade em se obter o consentimento informado ou de delinear a extensão deste, podendo ser citados os exemplos dos índios brasileiros Yanomami, na década de setenta, e Karitianas, noticiado em 1996, ano em que aprovada a Resolução CNS n.º 196 sobre pesquisas científicas envolvendo seres humanos.

Diante da vulnerabilidade dos povos indígenas participantes de pesquisas científicas, analisar-se-á se o consentimento livre e esclarecido é um instrumento para a efetiva proteção dos direitos desses povos, prestigiando, assim, por exemplo, a preservação do patrimônio genético, a diversidade cultural, as práticas comunitárias e a identidade dos povos indígenas, em consonância com as normas e diretrizes que tratam especificamente da proteção desses povos no contexto das pesquisas científicas.

2 A REGULAMENTAÇÃO NACIONAL DAS PESQUISAS CIENTÍFICAS ENVOLVENDO SERES HUMANOS

No Brasil, o primeiro documento oficial a consolidar diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas científicas envolvendo seres humanos foi a Resolução n.º 196, de 10 de outubro de 1996, do Plenário do CNS. Neste documento já se observava certa dose de preocupação acerca das pesquisas realizadas com povos indígenas, na medida em que exigia a anuência antecipada da comunidade, por meio de seu líder, para a realização das pesquisas, bem como o empreendimento de esforços no sentido de obter individualmente de cada indígena o consentimento livre e esclarecido (item IV.3, “e”) e a obrigatoriedade de participação de consultor familiarizado com os costumes e tradições da comunidade (item VII.7).

Anteriormente a esta resolução, o Decreto n.º 98.830, de 15 de janeiro de 1990, ao dispor sobre a coleta, por estrangeiros, de dados e materiais científicos no Brasil, apenas mencionava os povos indígenas isoladamente em seu artigo 4º, ao prescrever que dependerão de anuência prévia do Ministério do Interior – MINTER, por meio da Fundação Nacional do Índio – FUNAI, as autorizações relativas à permanência ou trânsito por áreas indígenas.

Também anteriormente à Resolução CNS n.º 196/1996 havia a Instrução Normativa n.º 01/PRESI, de 29 de novembro de 1995, do Presi-

dente da FUNAI, aprovando normas que disciplinam o ingresso em terras indígenas com finalidade de desenvolver pesquisas científicas.

Retomando a normativa acerca das pesquisas científicas envolvendo seres humanos, especificamente no que tange aos povos indígenas, apenas nos anos 2000 é que a Resolução CNS n.º 196/1996 foi complementada pela Resolução CNS n.º 304, de 09 de agosto de 2000, esta fundamentada, especialmente, na Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, a qual só veio a ser promulgada em 2004, por meio do Decreto n.º 5.051, de 19 de abril.

A Resolução CNS n.º 304/2000 adotou em seu texto importantes definições, como a de povos indígenas, índios e índios isolados, ao tempo em que, incorporando as diretrizes já previstas na Resolução CNS n.º 196/1996, impôs a observância dos referenciais bioéticos na realização das pesquisas científicas envolvendo povos indígenas, de modo que os benefícios e as vantagens resultantes do desenvolvimento dessas pesquisas revertam para os povos indígenas envolvidos, atentando-se às particularidades de cada povo, não sendo admitida qualquer exploração dos povos indígenas, tampouco sejam estes colocados em situações de risco.

Além disso, afirmando o respeito aos direitos dos povos indígenas relativos à vida, aos territórios, às culturas e aos recursos naturais, a Resolução CNS n.º 304/2000, no que se refere ao desenvolvimento de pesquisas científicas com participação de índios, determina que sejam respeitados a visão de mundo, os costumes, as atitudes estéticas, as crenças religiosas, a organização social, as filosofias, as diferenças linguísticas e as estruturas políticas da pessoa do índio ou da sua comunidade.

Haja vista que a Resolução CNS n.º 196/1996 impõe revisões periódicas a ela própria, foi publicada em 12 de dezembro de 2012 a Resolução CNS n.º 466 revogando aquela ao tempo em que aprova as diretrizes e as normas regulamentadoras de pesquisas científicas envolvendo seres humanos nela dispostas, visando assegurar os direitos e os deveres dos participantes de pesquisa, da comunidade científica e do Estado a partir dos referenciais bioéticos da autonomia, não maleficência, justiça e equidade.

A Resolução CNS n.º 466/2012 destaca documentos internacionais reflexos de descobertas científicas e tecnológicas deste século e do século passado, a saber: Código de Nuremberg (1947); Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); Declaração de Helsinque (1964 e versões de

1975, 1983, 1989, 1996 e 2000); Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966); Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (1997); Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos (2003); e Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (2004).

Lidos conjuntamente, estes regulamentos visam conciliar a autonomia privada do participante de pesquisa e a proteção à vida humana com o fomento ao progresso científico, sobretudo diante da existência de grupos vulneráveis participantes de pesquisas científicas, dentre os quais estão inseridos os povos indígenas.

A Resolução CNS n.º 196/1996 previa no item IV.3, nos casos em que houvesse qualquer restrição à liberdade ou ao esclarecimento necessário para o adequado consentimento (livre e esclarecido), a observância de determinadas exigências, notadamente quando as pesquisas envolvessem crianças e adolescentes, portadores de perturbação ou doença mental, estudantes, militares, empregados, presidiários, internos em centros de readaptação (casas-abrigo, asilos, associações religiosas e semelhantes), pessoas com diagnóstico de morte encefálica e comunidades culturalmente diferenciadas, inclusive indígenas.

Em sentido semelhante, a atual Resolução CNS n.º 466/2012, ao dispor sobre o processo de consentimento livre e esclarecido, também adota determinadas exigências visando à proteção de pessoas que se encontrem em situação de liberdade restrita ou com limitação dos esclarecimentos que seriam necessários para o adequado consentimento.

A Resolução CNS n.º 466/2012, item IV.6, menciona possíveis participantes vulneráveis, reproduzindo, nesse ponto, as pessoas indicadas na Resolução n.º 196/1996, exceto a menção expressa a comunidades culturalmente diferenciadas, inclusive indígenas.

Não obstante a supressão da referência às comunidades culturalmente diferenciadas, inclusive indígenas, entende-se, quanto a este grupo específico, que a atual resolução não ignorou a vulnerabilidade desses, em especial dos povos indígenas, na medida em que exige a obtenção de autorização do líder ou do coletivo sobre o indivíduo cuja autoridade seja reconhecida pela comunidade, sem prejuízo da obtenção do consentimento individual, quando assim for possível e desejado.

Também como forma de proteger os povos e comunidades tradicionais, particularmente os indígenas, e, reflexamente, o conhecimento tradicional associado, a atual resolução impõe a autorização antecipada da FUNAI para a realização da pesquisa, bem como atribui à Comissão Nacional de Ética em Pesquisa – CONEP a análise dos protocolos de pesquisa envolvendo seres humanos, inclusive estudos com populações indígenas, de modo que a CONEP avaliará eticamente de que forma foi obtida a anuência dos povos indígenas envolvidos, atentando para as particularidades culturais e linguísticas dos participantes.

Quanto à atribuição da CONEP no sentido anteriormente referido, a Resolução CNS n.º 340, de 8 de julho de 2004, ao aprovar as diretrizes para a análise ética e tramitação dos projetos de pesquisa da área temática especial de genética humana, igualmente reconhecendo a vulnerabilidade dos povos indígenas, determina que o protocolo da pesquisa contenha “[...] justificativa para a escolha e tamanho da amostra, particularmente quando se tratar de população ou grupo vulnerável e de culturas diferenciadas (grupos indígenas, por exemplo)”.

A vulnerabilidade dos povos indígenas também foi evidenciada anteriormente por meio da Resolução CNS n.º 304/2000 quando esta determinou expressamente a garantia da igualdade de consideração dos interesses envolvidos nas pesquisas científicas levando em consideração a vulnerabilidade da pessoa do índio e/ou de seu povo participante da pesquisa, recomendando, inclusive, que não fossem realizadas pesquisas com povos indígenas isolados, posto que estes evitam ou não têm contato com a sociedade envolvente, o que inviabilizaria necessário consentimento livre e esclarecido para fins, por exemplo, de concordância ou não com a formação de bancos de material biológico indígena.

Ainda como forma de proteger os povos indígenas participantes de pesquisa científica, a resolução citada no parágrafo anterior dispôs que a pesquisa científica poderá ser suspensa a qualquer tempo se: i) solicitada pela própria comunidade indígena; ii) causar conflitos ou mal-estar no interior da comunidade; ou iii) houver violação dos direitos das comunidades indígenas, em especial quanto à sua forma de organização, sobrevivência, tradições e expressões artísticas, também no que diz respeito à vida, aos recursos humanos e fitogenéticos e ao conhecimento tradicional acerca do solo, do subsolo, da fauna e da flora.

Portanto, diante da possibilidade de as pesquisas científicas terem a participação de povos indígenas, as diversas resoluções e regulamentos acerca das pesquisas científicas prestigiam a proteção daqueles em virtude da sua constatada vulnerabilidade, além de promoverem o respeito às suas informações e práticas, sejam elas individuais ou coletivas, associadas ao patrimônio genético.

3 A VULNERABILIDADE DE POVOS INDÍGENAS PARTICIPANTES DE PESQUISAS CIENTÍFICAS NO BRASIL

A Resolução CNS n.º 466/2012, item II.25, define vulnerabilidade como sendo o “[...] estado de pessoas ou grupos que, por quaisquer razões ou motivos, tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida ou impedida, ou de qualquer forma estejam impedidos de opor resistência, sobretudo no que se refere ao consentimento livre e esclarecido”.

Esta definição deve ser interpretada a partir da constatação da existência de grupos sociais mais frágeis perante outros, o que leva, inclusive, as pesquisas científicas com comunidades indígenas serem abordadas em “área temática especial”, em atenção ao direito de cidadania desses povos (GUSMAN; RODRIGUES; VILLELA, 2016, p. 937)

Em consonância com os referenciais bioéticos, deve ser promovida uma seleção justa de participantes, sendo condições para a pesquisa com populações vulneráveis i) a importância da pesquisa para a saúde e bem-estar da população envolvida; ii) a adequação cultural e social da metodologia do estudo à população; iii) a condução da pesquisa com vistas à segurança física, emocional e psicológica da população; e iv) a disponibilização à população dos benefícios advindos da pesquisa, como intervenções, produtos ou conhecimentos (ROGERS; BALLANTYNE, 2008, p. 39).

A vulnerabilidade de participantes de pesquisas científicas pode se dar por diversos fatores: sexo, idade, classe social, etnia, religião, cultura e escolaridade, por exemplo. Também a falta ou o precário acesso a saneamento básico e políticas públicas de saúde, além de condições precárias sociais, econômicas e políticas, podem levar a uma sujeição dos participantes de pesquisas científicas a situações de risco físico, social e moral (ALMEIDA, 2009, p. 18).

Nas pesquisas científicas da área temática da genética, a vulnerabilidade dos povos indígenas pode ser vista também a partir do contexto sanitário, em virtude da marginalidade social; da segregação geográfica; da invisibilidade demográfica; e da discriminação étnico-racial, ignorando-se a identidade coletiva e seus conhecimentos tradicionais (SCHIOCCHEIT, 2013, p. 164-167).

Em populações vulneráveis, tais como os povos indígenas, a realização da pesquisa científica, portanto, deve se dar de forma protetiva dos direitos desses, a fim de evitar possíveis manipulações, bem como garantir que os participantes da pesquisa compreendam e assimilem os riscos e os benefícios para si e para a coletividade que podem decorrer da pesquisa, sobretudo quando esta for realizada em sociedades empobrecidas cujas pessoas dificilmente teriam condições de decidir pela participação ou não (ALMEIDA, 2009, p. 18-19).

Como forma de mitigar a vulnerabilidade dos participantes de pesquisas científicas, estes devem ser observados não apenas a partir da perspectiva socioeconômica, mas, também, a partir da sua história de vida e cultural, considerando, inclusive, a relação que possuem com os recursos naturais e o seu processo de construção de identidade (ALMEIDA, 2009, p. 20).

Esse entendimento encontra amparo nas normas constitucionais (artigos 231 e 232) que reconhecem “[...] aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam [...]”, em respeito à diferença cultural dos vários povos indígenas e de suas diferentes vulnerabilidades, que exorbitam as esferas social, econômica e cultural (GUSMAN; RODRIGUES; VILLELA, 2016, p. 938).

Algumas pesquisas científicas realizadas com a participação de povos indígenas evidenciam a vulnerabilidade destes, como foi o caso Havasupai, nos Estados Unidos, em meados da década de noventa. Alguns índios Havasupai doaram sangue para pesquisadores (médicos e antropólogos) para fins de pesquisas científicas genéticas em virtude da ocorrência de inúmeros casos de diabetes na tribo, mas, posteriormente, segundo alegaram os índios, suas amostras foram utilizadas para outras pesquisas cuja autorização não havia sido expressamente dada por eles. Inclusive, uma das pesquisas, independente dos interesses materiais ou econômicos porventura envolvidos, concluiu que a tribo tinha origem em local diverso

dos cânions, contrariando, assim, a história e a cultura da tribo passada de geração para geração (SCHIOCCHET, 2013, p. 161-162).

No Brasil, na década de setenta, a tribo Yanomami participou de pesquisas genéticas, sendo que apenas em 2001 tiveram ciência de que suas amostras de sangue – cerca de doze mil amostras haviam sido coletadas – estavam armazenadas em biobancos universitários e de pesquisas nos Estados Unidos. Registre-se que o povo Yanomami é considerado um dos povos mais isolados do mundo, com diversidade linguística e social no interior da própria comunidade, o que, por si só, revela a sua vulnerabilidade, dificultando a existência de consentimento adequado (livre, esclarecido, informado) e de sua extensão, sobretudo diante do recebimento de presentes, vacinas ou medicamentos pela participação na pesquisa, a qual confundiu-se com prática clínica desprestigiadora do valor simbólico do sangue desse povo indígena (SCHIOCCHET, 2013, p. 162-163).

Outrossim, pode ser citado o caso noticiado em 1996 envolvendo os índios Karitianas (e também os Suruí) cujas amostras de DNA – Ácido Desoxirribonucléico – e culturas de células foram comercializadas na internet pela empresa Coriell Cell Repositories, com sede nos Estados Unidos e vinculada ao National Institute of Health. Tal como na situação envolvendo os Yanomami, os índios Karitianas receberam doces, balas, chocolates para serem ludibriados a permitirem a coleta do sangue. Quanto às amostras – recolhidas também após ameaças de doenças perigosas –, estas foram empregadas, basicamente, para análise da variabilidade biológica da espécie humana, sem que se saiba o percurso percorrido pelas amostras antes da comercialização na internet, tampouco se possa aferir a regularidade das coletas do material genético indígena, haja vista que os índios, à época, não compreendiam a língua portuguesa (SCHIOCCHET, 2013, p. 170-171;176-177).¹⁰⁰

Em geral, os povos indígenas reivindicam o reconhecimento jurídico de suas terras e o investimento em educação escolar e saúde, visando à valorização e reprodução de seus costumes e línguas. Diante deste

100 No caso dos índios *Karitianas*, Taysa Schiocchet (2013, p. 177-179) cita pesquisa antropológica de acordo com a qual o sangue para esse povo indígena representa harmonia e alegria ao corpo, sendo o “sangue fora do corpo” fonte de turbulência no interior da comunidade, razão pela qual não pretendem a devolução das amostras indevidamente coletadas e/ou utilizadas, restando, apenas, exigir correspondente reparação financeira.

propósito, mesmo não compreendendo, em alguns casos, a finalidade e a extensão das pesquisas científicas, os povos indígenas costumam participar delas ou são forçados a participar, sujeitando-se a práticas abusivas dos pesquisadores, sem que sejam dotados de condições (sociais, econômicas, jurídicas, culturais e políticas) de questionar, por exemplo, o procedimento de coleta de material genético, sua destinação e exploração econômica.

Dada a participação de povos indígenas em pesquisas científicas, assumindo posição de vulnerabilidade, será demonstrada no capítulo seguinte a importância do consentimento livre e esclarecido do índio ou de sua comunidade para a proteção de seus costumes, crenças, religiões, organização social e demais direitos, considerando que da realização das pesquisas deve resultar benefícios para o povo indígena envolvido.

4 O CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO DOS POVOS INDÍGENAS NO ÂMBITO DAS PESQUISAS CIENTÍFICAS

A Constituição Federal de 1988 dedica o capítulo VIII, artigos 231 e 232, para tratar exclusivamente dos índios, assegurando-lhes direitos e reconhecendo sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como impõe ao Estado o dever de proteger, apoiar e valorizar as manifestações culturais dos povos indígenas, inclusive sua difusão (artigo 215, §1º).

No mesmo sentido, a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada pelo Decreto n.º 5.051, de 19 de abril de 2004, em reconhecimento às aspirações dos povos indígenas de fortalecer suas identidades, línguas e religiões, controlando suas próprias instituições, formas de vida e desenvolvimento econômico, impõe aos governos a adoção de medidas “[...] que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições [...] (artigo 2º, 2, b)”.

Outrossim, proíbe a mencionada Convenção o emprego de força ou métodos coercitivos violadores dos direitos humanos e liberdades desses povos (artigo 3º, 2). A preservação e a valorização de direitos indígenas, incluindo o exercício da cidadania, também é reproduzida na Política Na-

cional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, instituída pelo Decreto n.º 6.040, de 7 de fevereiro de 2007.

Como se vê, diante da historicidade dos povos indígenas, sobretudo na formação do povo brasileiro, diversas normativas¹⁰¹ visam à proteção desses povos, em reconhecimento da sua cultura, das suas práticas, diversidade, identidade etc., de modo que em qualquer contexto – portanto também nas pesquisas científicas – os povos indígenas devem ter seus direitos assegurados, inclusive a sua autonomia.

No que tange à autonomia, esta, no âmbito da pesquisa científica, exige que o participante da pesquisa, antes de qualquer atuação dos pesquisadores, consinta, de forma livre e esclarecida, com a realização da pesquisa. Para tanto, deverão ser prestados os esclarecimentos necessários, ou seja, informações amplas, de qualidade e em linguagem adequada, a fim de que os envolvidos na pesquisa possam compreendê-las.

Ocorre que, no contexto das pesquisas científicas, consoante já se demonstrou, os povos indígenas ficam em posição de vulnerabilidade, sujeitos a danos, sendo coagidos a participar das pesquisas, de modo que nem sempre outorgam consentimento de forma livre e esclarecida ou, no caso de alterações dos rumos (objetivos, procedimentos, condições etc.) da pesquisa, não têm condições de renovar adequadamente o consentimento.

Assim, os prejuízos aos interesses e direitos dos povos indígenas participantes de pesquisas científicas pode advir de consentimento livre e esclarecido inadequado, viciado por coerção, por exemplo, ou por ausência de esclarecimentos suficientes e assimilados, de modo que, diante da assimetria entre pesquisador e participante, ficam indevidamente sujeitos à exploração e excluídos dos benefícios porventura decorrentes da pesquisa.

A vulnerabilidade dos povos indígenas, portanto, encontra-se associada à falta de poder, estando, pois, “[...] suscetíveis à discriminação por parte de grupos sociais dominantes”, ficando, assim, mais expostos a riscos não só de saúde como também à integridade física, psicológicos, sociais e econômicos (ROGERS; BALLANTYNE, 2008, p. 32-33)

Haja vista as múltiplas fontes de vulnerabilidade, Wendy Rogers e Angela Ballantyne (2008, p. 32-33), como forma de combater os pro-

101 O site da Fundação Nacional do Índio – FUNAI (<http://www.funai.gov.br/index.php/pesquisa>) elenca diversas normativas da temática “pesquisa” com vista à proteção dos direitos dos povos indígenas.

blemas decorrentes da falta de poder, sugerem as seguintes soluções: i) consentimento livre e esclarecido com atenção aos riscos maiores; ii) capacitação, por meio de recursos e da educação; iii) confidencialidade; e iv) atenção aos riscos não físicos.

Quanto a estas possíveis soluções para combater ou mitigar a vulnerabilidade de povos indígenas participantes de pesquisas científicas, particularmente interessa para o presente artigo o consentimento livre e esclarecido como mecanismo para a proteção dos direitos e interesses desses povos.

Consoante já referido, a Resolução CNS n.º 466/2012 determina que para a realização de pesquisas científicas com comunidades culturalmente diferenciadas seja obtida a autorização – leia-se consentimento – do líder reconhecido pelo indivíduo ou do coletivo, sem prejuízo do consentimento individual (item IV.6, e).

Entende-se que o consentimento informado, em relação aos povos indígenas, pode se dar de forma coletiva, haja vista que a maioria desses povos prioriza o coletivo em detrimento do individual, ainda que outros documentos sobre pesquisas envolvendo seres humanos, a exemplo da Declaração de Helsinque, prescrevam que o consentimento coletivo não substitui o individual. O consentimento coletivo, nesses casos, sofreria menos incongruências diante da multiplicidade étnica e linguística dos povos indígenas, com diferentes histórias e valores (SCHIOCCHET, 2013, p. 168-169).

Anteriormente à Resolução CNS n.º 466/2012, a Resolução CNS n.º 304/2000 já impunha a obrigatoriedade do consentimento da comunidade participante da pesquisa ou da pessoa do índio, devendo, ainda, ser descrito o processo de obtenção e de registro do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, a fim de que se possa aferir a adequação às peculiaridades culturais e linguísticas dos envolvidos (item III, 2.4 e item IV, 2).

O narrado caso dos índios Karitianas, que foram coagidos a participar da pesquisa, por temerem doenças perigosas, revela a desvantagem que se encontram os povos indígenas no contexto das pesquisas científicas e a dificuldade em se obter o consentimento livre e esclarecido, evidenciando, assim, que “As populações vulneráveis, especialmente aquelas que não têm poder, podem não ter a capacidade de recusar a participação em pesquisa devido a receios quanto às consequências da recusa, como punição direta ou indireta, ou discriminação posterior” (ROGERS; BALLANTYNE, 2008, p. 37).

Também no caso dos Havasupi, estes assinaram amplo termo de consentimento informado autorizando as pesquisas genéticas, as quais eram supostamente voltadas para o estudo da incidência de diabetes, mas as amostras de sangue colhidas foram utilizadas em outras pesquisas para as quais os índios não haviam dado autorização (SCHIOCCHET, 2013, p. 161).

Ainda, quando há o oferecimento de recompensas, pecuniárias ou não, como se deu nos casos anteriormente narrados, entende-se que essa prática viola a gratuidade do consentimento livre e esclarecido, considerando que o corpo humano é bem fora do comércio, nos termos do artigo 199, §4º, da Constituição Federal/1998, e que a própria liberdade para decidir pela participação ou não na pesquisa restaria comprometida diante de eventual remuneração ou presente.

Dada a dificuldade em obter o consentimento verdadeiramente livre e esclarecido, os pesquisadores e/ou patrocinadores da pesquisa têm a obrigação de capacitar a população vulnerável, inclusive para que ela receba e usufrua de justos benefícios decorrentes da pesquisa, os quais não se confundem com a indução indevida por meio de pagamentos. Para aferir se os benefícios são justos, deve-se previamente consultar a população vulnerável ainda na fase de planejamento da pesquisa, a fim de compatibilizar os possíveis benefícios com os interesses e valores dessa população (ROGERS; BALLANTYNE, 2008, p. 38).

Visando, pois, à realização de pesquisa participativa com comunidades vulneráveis, o que inclui os povos indígenas, Wendy Rogers e Angela Ballantyne (2008, p. 39-40) sugerem a integração de representantes dessas comunidades ao processo de planejamento da pesquisa, desde a fase inicial, de modo que a população participante da pesquisa científica seja ativa na agenda e na execução da pesquisa, a fim de assegurar que a pesquisa atenda às necessidades dos povos envolvidos.

Ante o exposto, entende-se que o consentimento livre e esclarecido implica não só o fornecimento de informações suficientes aos povos indígenas, como a verificação de que estes as assimilaram, conforme o nível de formação que tenham.

Portanto, deve-se garantir que as informações sejam compreendidas adequadamente – incluindo adequação cultural – pelos povos indígenas, de modo que possam, efetivamente, decidir pela participação ou não na

pesquisa ou pela continuação na mesma ou, ainda, possam propor ajustes na execução da pesquisa de acordo com as suas tradições e crenças, a fim de que os benefícios oriundos da pesquisa sejam revertidos para a comunidade, por imperativo de justiça.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Resolução CNS n.º 466/2012 regulamenta a pesquisa científica envolvendo seres humanos com o propósito de assegurar a harmonia dos interesses do Estado, da comunidade científica e do participante de pesquisa, considerando a existência de assimetria entre participantes e pesquisadores.

Em virtude dessa assimetria, o CNS, anteriormente, já havia formalizado, por meio da Resolução n.º 304/2000, no que tange às pesquisas científicas da área especial povos indígenas, a exigência de compatibilização entre os interesses envolvidos nas pesquisas científicas, devendo ser considerada a vulnerabilidade do índio ou do povo indígena participante, razão pela qual atribuiu direitos aos povos indígenas, dentre os quais solicitar a suspensão do andamento da pesquisa.

O abismo informacional que separa participantes de pesquisa e pesquisadores tende a ser acentuado quando aqueles fazem parte de grupos vulneráveis, a exemplo de crianças, presidiários, gestantes, e grupos culturalmente diferenciados, dentre os quais os povos indígenas, o que não implica devam ser admitidas violações dos direitos dessas comunidades no contexto das pesquisas científicas; ao revés, o reconhecimento da vulnerabilidade implica a adoção de práticas que visem encurtar o distanciamento informacional, de modo a proteger os participantes de pesquisas e fortalecê-los para uma participação ativa.

Assim, esse distanciamento informacional entre pesquisador e participante de pesquisa, o qual também é associado à vulnerabilidade por falta de poder, deve ser mitigado ou anulado, haja vista que as pesquisas científicas devem a todo instante promover a conciliação entre a proteção à vida humana e o progresso científico, prestigiando a dignidade da pessoa humana à luz dos princípios bioéticos da autonomia, não maleficência, justiça e equidade, impondo ao pesquisador o dever de bem informar os participantes da pesquisa, ou seja, prestar-lhes informações claras, ade-

quadas, corretas, detalhadas, de modo a permitir que esses as assimilem segundo seu nível de formação educacional e cultural, crenças e tradições, e viabilize o consentimento verdadeiramente livre e esclarecido.

O consentimento livre e esclarecido de povos indígenas participantes de pesquisa científica, portanto, para além de representar a decisão de participar ou não da pesquisa, a qual não pode se dar coercitivamente nem por indução, permite que esses povos, dotados de informação adequada, analisem e avaliem a pesquisa segundo sua organização social, identidade, reprodução artística e cultural, a fim de que os pretensos benefícios que dela resultar sejam revertidos em prol da comunidade envolvida.

Desse modo, entende-se que para o alcance de consentimento livre e esclarecido por parte de povos indígenas participantes de pesquisas científicas é preciso, em respeito ao direito de cidadania desses povos, que pesquisadores e Estado unam-se para implementar condições (sociais, econômicas, educacionais, políticas, sanitárias etc.) capazes de assegurar a adequação da pesquisa com a identidade e os conhecimentos tradicionais dos participantes.

Assim, o consentimento livre e esclarecido deve ser abordado não como uma etapa para viabilizar a realização da pesquisa científica, mas como um processo a ser construído ao longo de toda a pesquisa juntamente com os povos indígenas que dela participar, a fim de que possa ser promovida a efetiva proteção dos direitos desses povos, inclusive em respeito à sua representatividade para a formação do povo brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carolina Hespânia. Investigação científica em seres humanos: a experiência de voluntários nos ensaios clínicos de uma nova vacina. 2009. Dissertação (Mestrado em Saúde e Enfermagem) – Escola de Enfermagem, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, D.O.U de 05.10.1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 jul. 2018.

_____. Decreto n.º 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Brasília, D.O.U de 20.04.2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 24 jul. 2018.

_____. Decreto n.º 6.040, de 7 de fevereiro de 2007. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Brasília, D.O.U DE 08.02.2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm>. Acesso em: 24 jul. 2018.

_____. Ministério da Justiça. Fundação Nacional do Índio. Legislação Indigenista – Pesquisa. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/pesquisa>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

_____. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. Resolução n.º 196 de 10 de outubro de 1996. Aprova as diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso_inicial.htm>. Acesso em: 20 jul. 2018.

_____. _____. _____. Resolução n.º 304 de 09 de agosto de 2000. A necessidade de regulamentação complementar da Resolução CNS n.º 196/96 (Diretrizes e Normas Regulamentadoras de Pesquisas Envolvendo Seres Humanos), atribuição da CONEP conforme item VIII.4.d da mesma Resolução, no que diz respeito à área temática especial “populações indígenas” (item VIII.4.c.6). Resolve aprovar as seguintes Normas para Pesquisas Envolvendo Seres Humanos - Área de Povos Indígenas. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso_inicial.htm>. Acesso em: 20 jul. 2018.

_____. _____. _____. Resolução n.º 340 de 08 de julho de 2004. Aprova as Diretrizes para Análise Ética e Tramitação dos Projetos de Pesquisa da Área Temática Especial de Genética Humana. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso_inicial.htm>. Acesso em: 20 jul. 2018.

_____. _____. _____. Resolução n.º 466 de 12 de dezembro de 2012. Conselho Nacional de Saúde aprovar as seguintes diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso_inicial.htm>. Acesso em: 20 jul. 2018.

GUSMAN, Christine Ranier; RODRIGUES, Douglas Antonio; VILLELA, Wilza Vieira. Trâmites éticos, ética e burocracia em uma experiência de pesquisa com população indígena. *Saúde Social*. São Paulo, v. 25, n. 4, p. 930-942, 2016.

ROGERS, Wendy; BALLANTYNE, Angela. Populações especiais: vulnerabilidade e proteção. *RECIIS – Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação em Saúde*. Rio de Janeiro, v. 2, Sup. 1, p. 31-41, dez., 2008.

SCHIOCCHET, Taysa. Biocolonialismo e povos indígenas: reflexões jurídicas a partir das pesquisas genéticas envolvendo os índios kari-tianas. In: BRAUNER, Maria Claudia Crespo; PIERRE, Philippe (org.). *Direitos humanos, saúde e medicina: uma perspectiva internacional*. 2 ed. Rio Grande: Editora da FURG; 2013. p. 161-182.

TRÁFICO DE PESSOAS: A LOGÍSTICA POR TRÁS DO PROCESSO

Juddy Garcez Moron

INTRODUÇÃO

O tráfico internacional de pessoas é um tema polêmico e amplamente debatido atualmente. O senso comum, no entanto, não desapareceu com o aumento da propagação da pauta: ainda hoje muitos acreditam que o tráfico de pessoas tem uma base simples, tão banal quanto vender um sonho de sucesso no exterior. A ideia de que as vítimas são mulheres que desejam ser modelo ou de pessoas que foram convencidas a saírem de seus países com a garantia de que ganhariam muito dinheiro em outros lugares, está profundamente enraizada no imaginário social.

Muitas vezes a solução parece vir pronta: basta que as pessoas desconfiem das propostas tentadoras que recebem. Com isso, o comércio humano acaba. No entanto, o tráfico internacional definitivamente não é um assunto fácil de ser estudado ou sequer debatido. Há uma série de variáveis a serem observadas. Primeiramente, é necessário que a conceituação da expressão “tráfico internacional de pessoas” seja feita; em segundo lugar, é preciso que compreendamos a diferença entre tráfico, migração e prostituição; por fim, é de extrema importância que seja feita a análise dos diferentes grupos de pessoas que são comercializados e como isso ocorre.

As ONG's, os Estados e as empresas, que são os principais agentes no combate ao comércio internacional humano, hoje dividem espaço com os mais diversos grupos. Com a migração de pessoas e a crise dos refugiados, muito se debate sobre o assunto. As pautas feministas à favor da libertação

da mulher e as divisões dentro do próprio movimento acerca da luta pela abolição ou legalização da prostituição também permeiam a extensa discussão sobre o tráfico de pessoas. Grupos que militam contra o trabalho infantil e contra o trabalho escravo são atores importantes nesse contexto.

No escopo mais abrangente do tema encontramos uma gama de perguntas: quem são as pessoas traficadas? Quem as trafica? Para que elas são usadas? Como elas são atraídas para outros países? Como acontece o tráfico internacional de pessoas, de fato? Temos aqui somente algumas questões, porém elas poderiam ser dez, vinte ou até mesmo trinta, pois o assunto é vasto e profundo.

Todavia, para fins de estudo e para que todas as lacunas sejam preenchidas dentro de um recorte único, o objetivo desse artigo é focar na última questão feita acima e, com isso, compreender a forma como ocorre o comércio internacional de pessoas e qual é a logística por trás desse crime.

1. CONCEITUAÇÃO DE TRÁFICO INTERNACIONAL

É importante, em um primeiro momento, separar as redes que estão emaranhadas no significado do termo “tráfico internacional de pessoas”. Em diversos momentos o tema é relacionado, historicamente, ao tráfico de negros e a escravidão e, contemporaneamente, à prostituição de mulheres e/ou ao trabalho infantil. A seguir veremos duas explicações importantes sobre o significado da expressão, onde a primeira definição trata do Protocolo de Palermo, um protocolo adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional relativo à prevenção, repressão e punição do tráfico de pessoas em especial mulheres e crianças:

a) Por “tráfico de pessoas” entende-se o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou ao uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou de situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tem autoridade sobre outra, para fins de exploração. A exploração deverá incluir, pelo menos, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, a escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a extração de órgãos (PROTOCOLO DE PALERMO, art. 3º)

Com um olhar mais crítico, a segunda definição, da acadêmica Cíntia Barbosa (2009), da faculdade de Direito da PUCRS, trata do olhar histórico. Para ela, o tráfico de pessoas nada mais é do que uma nova forma de escravidão, por anos pensada como sendo extinta. Há um processo de “coisificação do homem” para a sua comercialização, sendo o ser humano o próprio produto a ser negociado. Portanto, a asseguuração dos direitos básicos das vítimas é variável crucial no combate ao tráfico de pessoas.

É essencial entender que a significação do termo “tráfico internacional de pessoas” oferecida a nós pelo Protocolo de Palermo é a base através da qual o Estado deverá atuar para combater esse crime tão abominável. Seu fim, que é o de servir como lei, como conceituação, é válido e preciso no que tange as práticas que englobam essa violação.

No entanto, para entendermos melhor o que realmente significa o comércio humano, devemos ir além da sustentação legal. Os termos atuais onde o tráfico humano existe, são tão nefastos quanto os anteriores: o ser humano é coisificado, objetificado, transformado em mais um dos incontáveis produtos capitalistas (BARBOSA, 2009). Retira-se hoje, assim como Hitler em seu holocausto extraiu dos judeus, dos negros, dos gays e dos deficientes, a alma, a conotação humanal do homem, e ele é transformado em um mero fator de produção, não sendo mais, somente, o representante do “trabalho”, mas configurando-se como a matéria-prima da cadeia de produção (seja ela laboral, sexual ou fonte de órgãos).

Um outro ponto a ser analisado nesse tópico é a associações de grupos distintos dentro de um mesmo âmbito. Para fins práticos e de estudo isso deveria ser bom. No entanto, ao colocarmos crianças e mulheres dentro de uma perspectiva, infantilizamos o gênero feminino, dando a entender que, assim como as crianças, as mulheres são seres frágeis e que precisam de proteção.

Outro grave problema do Protocolo de Palermo é que, mesmo falando do tráfico de pessoas de uma forma mais geral, ele classifica mulheres e crianças como sendo um grupo que precisam de proteção especial, colocando-as lado a lado e, com isso, perpetuando a velha ideia de que a mulher é vulnerável. (PEDRO; VENSON, 2013)

O objetivo desse último debate não é o de excluir a necessidade de proteção das mulheres contra o tráfico internacional, mas sim o de questionar a ideia geral de que mulheres são facilmente coagidas, especialmen-

te dentro do nicho de mulheres que se prostituem e que enxergam esse ato como um trabalho dignificador.

Podemos observar que esse último ponto, o da consensualidade, por mais subjetiva e influenciada que ela possa ser, é desprezado no Protocolo de Palermo, onde temos

b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente artigo, deverá ser considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a) (PROTOCOLO DE PALERMO, art. 3º)

Estrategicamente evitando a dicotomia existente entre a força e o voluntarismo, o texto não se ocupa em proteger as mulheres que migram com o intuito de se adentrarem o mercado do sexo. Ao entendermos que o consentimento é um ponto-chave na configuração de um caso de tráfico, podemos concluir que o Protocolo de Palermo deixa aberturas para múltiplas interpretações, sendo uma delas o consentimento forçado. (PEDRO; VENSON, 2013)

Em suma, o conceito de tráfico internacional de pessoas traz consigo uma larga conversa. Ele permite que aceitemos a definição internacional do Protocolo de Palermo, mas assegura também o direito de desconstruirmos o entendimento comum e, com isso, compreender as implicações do comércio humano para cada grupo social distinto, em especial as minorias, como as mulheres e as crianças, ainda que essas não estejam inseridas no mesmo escopo social.

2. MIGRAÇÃO INTERNACIONAL, PROSTITUIÇÃO E AS VÍTIMAS DO TRÁFICO

No capítulo anterior foi conceitado, de diferentes maneiras, o significado de “tráfico internacional de pessoas”. Nessa parte, almejando preencher todos os espaços que levam à resposta sobre como acontece o tráfico internacional de pessoas, serão analisadas as questões relativas a imigração, prostituição e ao tipo de pessoa que é traficada.

Ao se fazer uma análise histórica bem simples, pode-se notar que a escravidão e o “escambo” de pessoas entre territórios existe desde as eras mais primordiais, quando grandes impérios dominavam outros povos e, além de adquirirem seus territórios, carregavam homens e mulheres como

servos cativos (e onde, muitas vezes, as mulheres eram tomadas como prisioneiras sexuais)(ARY, 2009). Nem mesmo crianças escapavam desses assédios, havendo relatos de que em Roma crianças serviram como objetos sexuais em um cruel episódio. (COELHO; DORNELAS, 2012)

Apesar de não ser possível a utilização do termo comércio internacional devido a falta de estruturação do sistema internacional na época e da não inserção de todos os territórios no conjunto através da forma de classificação estatal que conhecemos hoje, o mero fato de que as pessoas eram retiradas do lugar onde moravam por força maior, coação ou influência, para que fossem explorados em outra área de maneira que não em seu próprio benefício e/ou sem o seu consentimento, já poderia configurar-se como uma “forma rudimentar” de tráfico internacional.

Esse reconhecimento traz à tona, então, outro fator chave na análise do tema: o que é tráfico de pessoas e o que é imigração ilegal? Ainda na História, se analisado o caso da Palestina, por exemplo, pode-se afirmar que naquela área houve uma grande migração ao longo dos anos, em especial no começo do século XX (GOMES, 2001). Nesse caso, o facilitador, aquele que ajudava as pessoas a mudarem de área, seja um parente próximo, um amigo ou até mesmo um sacerdote, poderia ser chamado de “traficante”? Esse debate é extremamente amplo, uma vez que entra à fundo no campo histórico.

Contudo, trazendo a problemática para o contexto atual onde há um complexo sistema internacional anárquico, onde os territórios são bem definidos e onde o Estado é a organização suprema que abarca uma gama de instituições tangíveis ou não, incluindo o ideário de cidadania, é possível trazer novas perguntas e formular respostas adequadas. Com isso, outras questões são suscitadas. Por exemplo, uma pessoa que deseja fugir de uma zona de conflito e que, desamparada por seu Estado, busca o auxílio de facções capazes de “abrir caminho” para a sua passagem para outro país, pode ser considerada uma pessoa traficada ou um imigrante ilegal?

Uma diferenciação significativa a ser feita é a de “tráfico de pessoas” e “tráfico de imigrantes”. O tráfico de imigrantes pode ser entendido como sendo a prestação de auxílio a outrem na entrada de um país, de maneira ilegal, que vise um benefício econômico. Com isso, o cerne do que diferencia os dois tipos de tráficos supramencionados é o consentimento, seguido pela transnacionalidade e exploração. O fator fundamental é a

forma de exploração utilizada nas diferentes situações. No caso do tráfico de imigrantes, o negócio feito tem o seu fim quando o indivíduo adentra o país destinatário. Já, no tráfico de pessoas, o abuso continua ocorrendo mesmo após a chegada ao país de destino e o seu principal objetivo não é apenas o de levar a pessoa até outro país, mas também de gerar lucro aos traficantes. (BARBOSA, 2009)

Em um contexto de globalização e de inúmeros conflitos, é de suma importância que compreendamos a diferença acima citada, pois

A Organização Internacional do Trabalho aponta como as principais causas do tráfico a pobreza, a ausência de oportunidades de trabalho, a discriminação de gênero, a instabilidade política, econômica e civil em regiões de conflito, violência doméstica e a emigração indocumentada (OIT, 2006, p. 15-16)

Com a intensificação da globalização dos movimentos migratórios houve, nos últimos trinta anos, um aumento nos números de deslocamento populacional. As mulheres respondem por 51% da taxa de mudança; os desastres ambientais causam uma movimentação de cerca de 40 milhões; os refugiados são quase 60 milhões; e há ainda os idosos, que buscam fugir de crises econômicas. (WENDEN, 2016) Pessoas assoladas pelas mais diversas catástrofes migram, ou menos tentam, por suas vidas e/ou por oportunidades de uma vida melhor.

Outro fator, dentre tantos, é a sociedade patriarcal e profundamente maculada pelo machismo, que perpetua a discriminação de gênero e a posição da mulher como um ser submisso, cujo único fim existencial é o de servir ao homem e de lhe dar prazer sexual. Essa visão endossa a ideia de que a mulher é uma propriedade do homem e, como tal, deve atender aos seus desejos.

A questão da prostituição entra nesse determinado contexto, onde é necessário que, sem juízo de valor, seja possível conciliar as duas noções dicotômicas, onde a primeira trata do poder de escolha da mulher de querer se prostituir, e a segunda diz respeito a prostituição como uma imposição social ainda que a mulher tenha escolhido esse caminho.

Não há uma única linha a ser seguida e todas as vias para as quais o debate conduz, são marcadas de opiniões próprias e valores subjetivos. Por isso, para fins de estudo, pode-se entender que, uma das causas primárias do tráfico internacional de mulheres, nesse cenário específico, é

não apenas a prostituição, mas também a violência doméstica e as máculas patriarcais sociais no geral.

Os perfis das principais vítimas de tráfico humano, ao serem analisados, demonstram que todos os fatores acima explicados são evidentes. Há um modelo evolutivo, que inicialmente considerava vítima desse tipo de crime apenas as mulheres brancas. Em um segundo momento, há a expansão gradual do abarcamento do conceito, o que conta com a inclusão de mulheres e crianças, culminando, por fim, no ser humano. É reconhecido, de uma forma geral, tanto por estudiosos quanto pela doutrina, que o tráfico de pessoas incide principalmente sobre mulheres e crianças. Dados colhidos entre 2000 e 2003 mostram que quase todas as vítimas do tráfico de seres humanos são mulheres (BARBOSA, 2009).

3. COMO OCORRE O TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS E A LOGÍSTICA POR TRÁS DO PROCESSO

Nos capítulos anteriores foi possível entender que as vítimas do tráfico internacional não são somente as mulheres, apesar delas serem maioria, mas também crianças e pessoas no geral, que podem atuar como força de trabalho, objeto sexual ou fornecedor de órgão. A seguir será explanado como essas pessoas são capturadas, tanto no plano físico quanto no emocional, e como são, de fato, traficadas.

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça, os aliciadores, tanto homens quanto mulheres, costumam fazer parte do círculo social das vítimas. Eles são pessoas com as quais as vítimas possuem laço afetivo. A maioria deles apresenta um bom nível educacional, possuem alto poder de convencimento e sedução. Parte deles é formada por empresários que são ou dizem ser proprietários de bares, casas de show, agências de encontros, matrimônios e modelos (todos empreendimentos falsos).

Ainda de acordo com informações disponíveis no site do Conselho Nacional de Justiça, os aliciadores oferecem propostas de emprego tentadoras, que despertam nas vítimas perspectivas de mudança positiva de vida. No que tange o tráfico voltado para o trabalho escravo, os aliciadores são chamados de “gatos” e frequentemente fazem propostas relacionadas a atividades laborais na pecuária, agricultura, construção civil ou na área têxtil. Inclusive no Brasil há relatos de imigrantes peruanos, bolivianos e

paraguaios que foram aliciados para trabalho em confecções em São Paulo, trabalho esse que pode ser considerado escravo.

Outro conceito importante no contexto das formas de abordagem, é o de recrutamento. Uma das condições objetivas de caracterização do conceito do crime de tráfico internacional presente no Protocolo de Palermo é o recrutamento. Ele pode ocorrer de diversas formas, sendo a mais frequente delas o engano da vítima. Contudo, há situações onde as vítimas são sequestradas ou vendidas por familiares. Em alguns casos as pessoas traficadas possuem conhecimento de que estão saindo do país para praticarem a prostituição no exterior. Contudo, parte dessas vítimas acredita que haverá remuneração e liberdade, percebendo o engano somente após desembarcarem no país de destino (BARBOSA, 2009).

Ou seja, o processo de conquista do alvo pode se dar de diferentes maneiras e através de níveis distintos de convencimento, podendo ir desde o oferecimento de uma proposta de melhora de vida até o uso nocivo da força.

O tráfico internacional de pessoas engloba, contudo, outros aspectos, que funcionam como “etapas”. A primeira, supracitada, é o recrutamento. A segunda, que consiste no transporte ou transferência das pessoas, será vista a seguir.

O transporte das vítimas do tráfico pode ocorrer de diferentes maneiras. Pessoas traficadas podem ser transportadas entre as fronteiras através de caminhões dirigidos por pessoas que podem até mesmo não saber que estão participando de tal ato. É importante ressaltar que quanto menor a ligação do caminhoneiro com a transportada ou quanto menor for o salário do motorista, maior é o risco de que ele não esteja preparado para prevenir o tráfico de pessoas ou que não tenha interesse nisso (HANSEN, 2016).

Mas há, também, outras opções para o carregamento das vítimas. As rotas podem percorrer vias terrestres, marítimas, hidroviárias e aéreas, sendo a última via a mais utilizada no tráfico internacional de pessoas. Durante o transporte das vítimas são escolhidos caminhos que levem a pontos estratégicos, ou seja, que passem por cidades cujo acesso a saídas sejam mais fáceis. (BARBOSA, 2009)

Para que o transporte da vítima seja bem sucedido, é necessário que haja uma ampla rede de corrupção, por parte não somente de empresas,

mas também dos funcionários públicos que atuam como em muitos casos atuam como intermediadores de documentos e que acabam por até mesmo permitir a entrada ou saída ilegal de pessoas. Todos os aspectos da escravidão moderna envolvem a corrupção: é preciso que esteja assegurado que as autoridades políticas não reforcem as leis e que as autoridades das fronteiras não possuam suspeitas com relação às condições de trabalho, aos contratos trabalhistas ou ao pagamento de salários. Em suma, a corrupção facilita a escravidão moderna (HANSEN, 2016)

Por fim, a terceira e última fase do deslocamento da pessoa traficada é o alojamento ou acolhimento, processo onde a vítima chega ao seu destino para servir como escrava sexual, laboral ou para que seus órgãos sejam extraídos. A alocação das vítimas de tráfico sexual normalmente é mutável, como podemos ver na entrevista de Shandra Woworuntu, indonésia vítima do tráfico sexual nos EUA, concedida a BBC:

Nas semanas e meses seguintes, fui levada a diferentes bordéis, prédios, hotéis e cassinos na costa leste dos EUA. Raramente ficava dois dias no mesmo lugar e nunca sabia onde estava ou aonde ía. Esses bordéis aparentavam ser casas normais do lado de fora e discotecas do lado de dentro, com luzes piscantes e música alta (BBC, 2016).

Em resumo, os procedimentos através dos quais ocorre o tráfico de internacional de pessoas são basicamente três: recrutamento, transporte e alojamento. Não obstante, eles tratam apenas da coordenadoria física do crime. É necessário entender qual é a logística por trás do comércio humano internacional, ou seja, como a rede é formada e em qual alicerce ela é pautada.

Com o advento da industrialização através de duas revoluções e da automatização da cadeia de montagem, conseguimos inúmeros avanços na produção capitalista como um todo. Em um mundo altamente globalizado e com o desenvolvimento de diversas teorias da administração, o conceito de “supply chain”, que no português significa “cadeia de suprimentos” ou “cadeia logística” ganhou ênfase.

A ideia de supply chain envolve vários agentes que atuam durante os processamentos, sendo eles, de maneira bem simplista, os fabricantes, fornecedores, armazéns, distribuidoras, varejistas e os consumidores. Esse sistema faz com que o “manager”, o gestor, analise não apenas os interesses da empresa para tomar as decisões, mas fatores como demanda e

oferta e inúmeras variáveis capazes de atingir positiva ou negativamente seu empreendimento.

Como debatido no capítulo 2, a ideia de objetificação do homem e de transformação de seu corpo não somente em trabalho, mas também de matéria-prima, permitiu que o tráfico internacional de pessoas fosse guiado, assim como todo negócio empresarial, por uma lógica. Logo, inseridos em um contexto sistemático empreendedor e organizacional, os processos do comércio humano seguem um fundamento que almeja, semelhante a uma companhia, o aumento do “lucro” e a estruturação logística.

Com isso, é possível observar que o tráfico internacional de pessoas, para além dos fundamentos humanos, seguindo um viés administrativo e logístico, pode funcionar como um Sistema de Supply Chain em alguns casos.

As evidências sugerem que o tráfico sexual é um sistema de cadeia de suprimentos. Em primeiro lugar, os resultados demonstram que o tráfico sexual é um sistema de cadeia de fornecimento que fornece serviços relacionados ao sexo para um mercado. (...) Em um sistema de cadeia de suprimentos, temos uma série de etapas, a cada passo há uma demanda que é satisfeita por um fornecedor de bens / serviços a montante. Os estudos modernos sobre cadeias de suprimento se concentram mais no lado da demanda ou em fatores de “puxar” do que em fatores “impulsionadores”. Cada etapa da cadeia de fornecimento, desde a identificação da matéria-prima (pessoas vulneráveis a serem traficadas) até a prestação de serviços sexuais, envolve a demanda de algumas partes interessadas a montante. A cadeia de suprimentos é, portanto, um sistema orientado para “puxar”, respondendo a um conjunto de demandas do mercado ao longo da cadeia que sustentam o sistema como um todo. (CHISHOLM, N.; STAPLENTON, A.; STAPLENTON, L.; p.18, 2012, tradução minha)¹⁰²

102 “The evidence has suggested that sex trafficking is a supply chain system. Firstly, the findings demonstrate that sex trafficking is a supply chain system which delivers sex-related services to a marketplace. (...) In a supply chain system perspective we have a series of steps, at each step there is a demand which is satisfied by an upstream goods/service provider. Modern supply chain studies focus more upon demand side or “pull-”factors rather than “push-” factors. Each step up the supply chain, from identification of raw material (vulnerable people to be trafficked) up to the delivery of sexual services, involves demand from some upstream stakeholder. The supply-chain is therefore a “pull-”oriented system responding to a set of market demands along the chain which sustain the overall system.”

O sistema de Supply Chain no tráfico internacional se dá, então, através de uma ampla ligação. Caso ele fosse disposto em uma pirâmide, na base estaria o tráfico de pessoas no país de origem. Logo acima, alimentando e sendo alimentado por, há o tráfico relacionado ao transporte das vítimas. Sobre esses dois grupos há o recrutador. Por fim, acima do recrutador, há apenas o empregador traficante (que também pode ser entendido como cafetão no caso do tráfico voltado para a prostituição) e o cliente, que se encontra no topo da pirâmide. (CHISHOLM; STAPLENTON; STAPLENTON, 2012)

Contudo, devido a falta de dados e de material passível e análise, a teoria de que o tráfico internacional de pessoas guia-se através de um sistema de Supply Chain ainda é pouco explorada por estudiosos e por Estados. Caso fosse estudada mais a fundo, no entanto, poderia contribuir para as práticas de combate a esse crime através da compreensão da lógica por trás desse esquema, que monta-se como uma indústria, uma fábrica de escravos internacionais.

As políticas públicas dos Estados no que concerne o tráfico de pessoas consistem em três eixos principais: o preventivo, o repressivo e o relacionado com a assistência às vítimas (ARY, 2009). No entanto, para que os esforços funcionem de maneira efetiva, os países deveriam, em conjunto com a sociedade civil, buscar entender e erradicar as principais causas desse crime.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da análise do conceito de tráfico internacional, das causas do problema, do perfil das vítimas traficadas e de como é montada a logística do tráfico internacional de pessoas, conclui-se que as principais máculas da nossa sociedade são os fatores que permitem e incentivam a propagação do comércio internacional humano.

A pobreza, a fome, o desemprego, os preconceitos, o machismo, a ganância e infinitas outras mazelas humanas são os fatores que criam e fomentam o mercado de pessoas. O capitalismo com a sua lógica de lucro, buscando sempre “cortar os gastos” não apenas com as matérias-primas, mas também com a mão de obra, que, antes que se possa esquecer, é um fator humano, acaba por deixar brechas para que a importância de uma pessoa seja reduzida a nada.

A logística do sistema de Supply Chain representa, nada mais, do que a própria ideia empresarial de dominação dos corpos e das almas das pessoas, que não significam coisa alguma dentro de uma estrutura corrupta e complexa que move milhares de dinheiro todos os dias.

Assim como o artigo “Sex Trafficking from a Supply Chain Systems Perspective”, o objetivo desse texto é o de oferecer noções básicas acerca da temática do tráfico internacional de pessoas, bem como fomentar a busca por soluções e oferecer uma reflexão diferenciada sobre a pauta, tão manchada por sensos comuns.

Ainda restam questões não respondidas e cenas nebulosas referentes ao tráfico internacional de pessoas e a logística por trás dele. No entanto, faz-se necessário partir de algum norte, de algum ponto de referência. Para que as políticas públicas sejam efetivas e o comércio humano acabe, é preciso muito estudo, cooperação e fiscalização.

É necessário, enfim, que os valores inerentes ao ser humano, que a humanidade, seja devolvida a todas as pessoas, sem distinção, para que a simples ideia de objetificar e comercializar alguém cause tamanha aversão que atinja até mesmo um empresário capitalista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARY, C. T. O tráfico de pessoas em três dimensões: evolução, globalização e a rota Brasil-Europa Brasília, 2009. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) Instituto de Relações Internacionais, Universidade de Brasília. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/4359/1/2009_ThalitaCarneiroAry.pdf> Acesso em 13 Abr. 2019
- BBC BRASIL Como fui traficada e virei escrava sexual nos EUA 03 Abr 2016. Disponível em <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/04/160330_escrava_sexual_eua_relato_lgb> Acesso em 13 Abr. 2019
- BARBOSA, S. Y. C. Significado e abrangência do “novo” crime de tráfico internacional de pessoas: perspectivado à partir das políticas públicas e da compreensão doutrinária e jurisprudencial Porto Alegre, 2009 Disponível em <<http://pdfc.pgr.mpf.mp.br/>

atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/trafico-de-pessoas/significado-e-abrangencia-do-novo-crime-de-trafico-internacional-de-pessoas-perspectivado-a-partir-das-politicas-publicas-e-da-compreensao-doutrinaria-e-jurisprudencial-cintia-barbosa> Acesso em Maio 2018

CASTILHO, W. V. E. Tráfico de pessoas: da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo Disponível em <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/trafico-de-pessoas/artigo_trafico_de_pessoas.pdf> Acesso em 13 Abr. 2019

CHISHOLM, N.; STAPLETON, A.; STAPLETON, L. Sex Trafficking from a Supply Chain Systems Perspective. IFAC Proceeding Volumes, Volume 45, Issue 10: Dept. Food Business and Development, UCC, Ireland; INSYTE Centre, WIT, Ireland, 2012. Disponível em <https://ac.els-cdn.com/S1474667015337046/1-s2.0-S1474667015337046-main.pdf?_tid=d2957a4f=-21bf43-cc-a3ce122427-7c225a&acdnat=1525216990_0f5c7c7051fb6282245d6d4554b2232f> Acesso em 13 Abr. 2019

COELHO, J. M. V.; DORNELAS, A. G. Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes (ESCA): Análise do Enfrentamento sob uma Perspectiva Histórica. Athenas, Vol. 1, n.2, jul-dez 2012. Disponível em <http://www.fdcl.com.br/revista/site/download/fdcl_athenas_ano1_vol2_2012_artigo8.pdf> Acesso em 13 Abr. 2019

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA Tráfico de Pessoas Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/assuntos-fundarios-trabalho-escravo-e-trafico-de-pessoas/trafico-de-pessoas>> Acesso em 13 Abr. 2019

HANSEN, T. T. International Transport – The Risk of Complicity in Modern Slavery Sirius Publications, 2016. Disponível em <<http://social-terrain.com/static/media/161001-Sirius-Transport-Human-Rights-Risk.pdf>> Acesso em 01 Maio 2018

PEDRO, M. J.; VENSON, M. A. Tráfico de pessoas: uma história do conceito Revista Brasileira de História. São Paulo, v. 33, nº 65, p. 61-83, 2013. Disponível em <

POLITIZE! Tráfico de pessoas: como é feito no Brasil e no mundo? Março, 2018. Disponível em <<http://www.politize.com.br/trafico-de-pessoas-no-brasil-e-no-mundo/>> Acesso em 01 Maio 2018

PROTOCOLO DE PALERMO Disponível em <<http://sinus.org.br/2014/wp-content/uploads/2013/11/OIT-Protocolo-de-Palermo.pdf>> Acesso em 01 Maio 2018

WENDEN, C. W. de As Novas Migrações. Sur 23, V. 13, n. 23, 2016. Disponível em <<https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2016/09/1-sur-23-portugues-catherine-wihtol-de-wenden.pdf>> Acesso em 13 Abr. 2019

A ANULAÇÃO DA TERRA TRADICIONAL PANAMBI LAGOA RICA EM MATO GROSSO DO SUL NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS

Julia Thais de Assis Moraes

Vivianne Rigoldi

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 possui uma intrínseca relação com a ordem internacional, dialogando com a globalização de diversos ordenamentos jurídicos nacionais e supranacionais. Fato que contribui para a reconhecimento da necessidade de harmonizar decisões internas com a esfera dos direitos humanos face a esfera internacional (SARLET, 2011). Nesse sentido discute-se decisões de tribunais brasileiros que anularam demarcações de terras tradicionais, como o caso Panambi Lagoa Rica em Mato Grosso do Sul, contrariando direitos humanos previstos em documentos que a República Federativa do Brasil integra, e também direitos fundamentais indígenas previstos na Constituição de 1988.

A atual constituição se funda sob o Estado Democrático de Direito, o qual institucionaliza a proteção de garantias e direitos fundamentais destinados a todos. E acentua a proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira, como os indígenas, amparados pelo Capítulo VIII da Constituição de 1988. Assim, os direitos humanos ganham destaque na Carta de 1988, sendo um documento abrangente e pormenorizado sobre os

direitos humanos jamais adotado no Brasil (PIOVESAN, 2018, p.77). A consolidação das liberdades fundamentais e das instituições democráticas no País, privilegiou substancialmente a política brasileira de direitos humanos, possibilitando um significativo progresso no reconhecimento de obrigações internacionais nesse âmbito.

A Constituição de 1988 passou a incorporar os direitos humanos a ordem jurídica interna, como demonstra o preâmbulo constitucional que assume o compromisso com a ordem internacional, o artigo 4º II, que prevê a prevalência dos direitos humanos nas relações em que a República Federativa do Brasil seja parte, e o artigo 5º § 2º, que estabelece que direitos e garantias expressos na constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que integrem a ordem jurídica interna.

O ordenamento pátrio estabeleceu um novo paradigma para tratar a questão indígena, sendo este da constitucionalização dos direitos indígenas, que consiste em reconhecê-los em conformidade a sua identidade étnica, usos, costumes e tradições (BARBIERI, 2008, p.69). Paradigma consoante ao ordenamento internacional que reconhece os indígenas de acordo com sua origem e identidade, não podendo ser discriminados em decorrência de suas características próprias (DECLARAÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS, BRASIL, 2017). E dentre os principais direitos protegidos tanto no âmbito nacional quanto internacional, tem-se o direito à terra. Visto que o direito ao território tradicional é base da cultura indígena, de suas religiões espirituais, integridade e sobrevivência material (PEGORARI, 2017, p.257).

A Constituição de 1988 determina no Capítulo VIII, artigo 231, o direito originário as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas. Direito correspondente aos direitos humanos relacionados ao território tradicional, na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho que prevê no artigo 14 o direito em reconhecer aos indígenas os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Sendo reafirmado este direito no documento mais recente de proteção aos direitos humanos atinentes aos indígenas, que é a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, que assegura o direito as terras, territórios e recursos que tradicionalmente tenham ocupado ou adquirido.

O direito ao território tradicional é um direito fundamental face ao ordenamento interno, e direitos humanos aos indígenas, no âmbito internacional, compondo o ordenamento brasileiro, portanto deve ser efetivado. Contudo, discute-se a anulação do território tradicional Panambi Lagoa Rica, dos guarani kaiowá em Mato Grosso do Sul, proferida em 2016, pelo Juiz Federal Moisés Anderson Costa Rodrigues da Silva, da 1ª Vara Federal de Dourados, que declarou nulo o processo de demarcação do referido território, delimitado em 2011. Nesse sentido, o objetivo do trabalho demonstrará como a mencionada anulação judicial contraria direitos fundamentais indígenas estabelecidos na atual constituição, e direitos humanos indígenas que compõem o ordenamento pátrio.

1. O direito as terras tradicionais na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 inaugurou a constitucionalização dos direitos indígenas, reconhecendo os indígenas em conformidade aos seus usos, costumes e tradições (BARBIERI, 2008, p. 69). Reconhecimento que consiste no direito à alteridade, a diferença inerente a qualquer ser humano, que é dotado de valores únicos. O Capítulo VIII se destina exclusivamente aos direitos indígenas, regulando as prerrogativas fundiárias no artigo 231 caputs e nos parágrafos seguintes (MENDES JÚNIOR, 2010).

O texto constitucional reconhece o direito as terras tradicionalmente ocupadas, no caput do artigo 231 como um direito originário, resgatando a interpretação pretérita do Alvará de 1º de abril de 1680, que compreendia os indígenas como primários e naturais senhores de seus domínios (SILVA, 2016, p. 80). Em seguida no § 1º prescreve quatro elementos necessários a caracterizar um território tradicional, sendo estes: a) habitação em caráter permanente; b) a utilização da terra para atividades produtivas; c) serem imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; e d) necessárias à sua reprodução física e cultural (SILVA, 2016, p. 855).

Terras tradicionalmente ocupadas, consiste no modo tradicional dos índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, definindo-se como a forma que se relacionam como o elemento material. A habitação em caráter permanente, relaciona-se a ideia de garantir aos indígenas um habitat futuro, no qual se realize suas tradições, protegendo-

do-os contra eventuais esbulhos que possam sofrer (MENDES JÚNIOR, 2010, p.70). A utilização da terra para atividades produtivas se refere as atividades de subsistência como caça, pesca, em benefício coletivo (VILLARES, 2013, p.113).

As terras tradicionais devem ser imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar, segundo o mandamento constitucional. Sendo que esta imposição envolve duas perspectivas, a material e a imaterial (PEGORARI, 2017, p. 248). A material é a terra propriamente dita, que possibilita a retirada sustentável de elementos necessários a subsistência da comunidade, e o imaterial é um local próprio que possui ligação com as crenças e rituais indígenas.

O texto constitucional posiciona o direito à terra tradicional como pressuposto para que os indígenas possuam um habitat físico, apto a garantir, sua sobrevivência física, social e cultural. A terra indígena representa um valor singular ao índio, pois é a base material da vida tradicional, sua morada, local das relações familiares e culturais, sustentando a identidade indígena (VILLARES, 2013, p. 113).

2. Os direitos humanos face a Constituição Federal de 1988

A Constituição 1988 se edificou sob um Estado Democrático de Direito, trazendo o avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira, como os indígenas. A consolidação de liberdades fundamentais e instituições democráticas possibilitaram o reconhecimento de obrigações internacionais internamente (PIOVESAN, 2018, p. 84) .

O texto constitucional se inicia estabelecendo o compromisso com a ordem internacional, sendo a primeira Constituição brasileira a estabelecer o princípio da prevalência dos direitos humanos, como princípio fundamental a reger o Estado nas relações internacionais (PIOVESAN ,2018, p. 92). Assim o artigo 4º II, passa a dar eficácia normativa no que tange aos direitos humanos na República Federativa do Brasil, e também sinaliza uma agenda consoante a esfera a internacional.

A abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional (TRINDADE, 2017, p. 32) fica ainda mais clara com a previsão do arti-

go 5º § 2º, que estabelece que direitos e garantias expressos na constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que integrem a ordem jurídica interna. Dessa maneira, os direitos humanos passam a orientar o processo de elaboração de normas pátrias, e passam a representar a posição política contrária a Estados que não respeitem os direitos humanos (CRETELLA JR., 2010, p. 172).

Em resposta ao compromisso aos direitos humanos a Constituição atual regulamenta a incorporação dos tratados internacionais, estabelecendo procedimentos a serem seguidos para incorporá-los ao respeito. Dessarte, tratados que versarem exclusivamente acerca dos direitos humanos, quando aprovados em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, passam a ser equivalentes às emendas constitucionais, segundo o artigo 5º § 3º da CF/88 (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, BRASIL).

O artigo 84, VIII, determina ser competência privativa do Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitando-os a referendo do Congresso Nacional (PIOVESAN, 2018, p.110). Por sua vez, o artigo 49, I, do referido texto normativo prevê ser da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais. Inferindo uma cooperação entre Executivo e Legislativo na conclusão de tratados internacionais. Ressalvando que os procedimentos citados nestes dois artigos são mais simples, e, portanto, mais comuns.

3. Direitos humanos territoriais indígenas na Convenção 169 da OIT e na Declaração da ONU dos Direitos dos Povos Indígenas

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), é considerada marco protetivo na esfera internacional dos direitos indígenas, estabelecendo direitos essenciais que promovem a sobrevivência física e cultural dos indígenas por meio do direito a um território tradicional. Ressalvando que a Convenção 107 da OIT sobre populações indígenas e tribais em países independentes, foi primeiro instrumento internacional que tratava os direitos indígenas na esfera internacional, mas adotada a pers-

pectiva assimilacionista ou integracionista, que discriminava a identidade indígena, não promovendo a defesa necessária os indígenas.

O direito à propriedade e à posse sobre as terras que tradicionalmente que os indígenas ocupavam foi estabelecido no texto normativo da Convenção. O artigo 13º exige respeito dos governos ao tratar questão territorial indígenas, em decorrência da representação especial da terra, para as culturas e valores espirituais destes. Destacando também a dimensão coletiva que a terra possui face aos indígenas (CONVENÇÃO 169 DA OIT, 1989).

O artigo 14º determina que os Estado possuem o dever de reconhecer o direito à propriedade e à posse dos territórios tradicionalmente ocupados, garantindo sua efetiva proteção. E no artigo 18º prescreve, a adoção de penalidades adequadas contra toda intrusão não autorizada nas terras indígenas ou contra todo uso não autorizado das mesmas por pessoas alheias a eles, devendo o Estado ser responsável para impedir infrações dessa natureza (CONVENÇÃO 169 DA OIT, 1989).

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas é o documento mais recente na proteção de direitos humanos indígenas, elaborado no ano de 2007, tratando estes direitos de acordo com situações atuais. E no referido documento os direitos territoriais indígenas são tratados de modo mais acentuado, em razão dos recorrentes conflitos que os indígenas sofrem para protegerem suas terras.

A Declaração reconhece a urgente necessidade de respeitar e promover os direitos atinentes aos povos indígenas, que possibilitem executar suas próprias estruturas políticas, econômicas e sociais e de suas culturas, de suas tradições espirituais, de sua história e concepção de vida, elementos que são proporcionados a partir do direito às terras (DECLARAÇÃO DA ONU DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS, 2007).

Assim, menciona no artigo 8º, que os indígenas têm o direito a não sofrer da assimilação forçosa ou a destruição de sua cultura, por meio de qualquer ato que tenha por objeto ou consequência alienar-lhes suas terras. Em seguida, o artigo 10º estabelece a proibição dos indígenas serem retirados a força de suas terras ou territórios. Visto que para ocorrer a remoção de seus territórios, torne-se obrigatório o consentimento livre, prévio e informado, dos indígenas interessados, e a celebração de um acordo prévio a respeito de uma indenização justa e equitativa, e ainda

possibilitar, quando possível à opção do regresso (DECLARAÇÃO DA ONU DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS, 2007). E por fim o artigo 26 destaca o direito a posse das terras, territórios e recursos que tradicionalmente tenham possuído, ocupado ou de outra forma ocupado ou adquirido.

A proteção ao direito territorial indígena, possui uma conotação especial, pois difere da concepção tradicional do direito à propriedade privada, pois têm uma dimensão coletiva. Nesse sentido a Corte Interamericana assevera que: “entre os indígenas existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que o pertencimento desta não se centra em um indivíduo, mas no grupo e em sua comunidade” (CORTE INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, CASO DO POVO SARAMAKA VS. SURINAME, 2007). Sendo que a Convenção 169 da OIT e a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, também sustentam a ideia central do posicionamento da Corte IDH, estabelecendo direitos que assegurem os direitos aos territórios indígenas.

4. Incorporação da Convenção 169 da OIT e da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas no ordenamento jurídico brasileiro

Em 1988, foi promulgada a nova Constituição da República Federativa do Brasil que dedicou o Capítulo VIII exclusivamente aos direitos indígenas. E consoante a constitucionalização dos direitos indígenas passou a adotar documentos internacionais que assegurassem direitos humanos indígenas, a fim de fortalecer o compromisso constitucional de harmonia com a ordem internacional. E também de instrumentalizar todos dispositivos constitucionais que protegem os direitos humanos. Assim a Convenção 169 da OIT ganhou força para ser incorporada a ordem jurídica pátria bem como a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

O processo de ratificação da Convenção 169 da OIT, pelo Brasil ocorreu em 16 de julho de 1991, nos termos do artigo 49 da Constituição Federal e do artigo 19 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Assim, o poder Executivo comandado pelo então Presi-

dente Collor, submeteu a consideração do Congresso Nacional, que tardou até o ano de 2002 (URREJOLA SILVEIRA, 2016, p.5)

Em 20 de junho de 2002, por meio do Decreto Legislativo nº 143/2002, o Presidente do Senado Federal, o Senador Ramez Tebet, promulgou a aprovação do texto da Convenção 169 da OIT. Publicando o texto da Convenção no Diário Oficial da União em 21 de junho de 2002, que passou a vigorar internamente em 25 de julho de 2003, conforme o artigo 38 da Convenção (URREJOLA SILVEIRA, 2016, p.5)

A Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos reflete um consenso internacional mais atual sobre os direitos indígenas, adotando instrumentos mais eficazes para assegurá-los. Dessa forma, sua votação foi realizada na sessão da Assembleia Geral da ONU, na qual o Brasil e mais 142 países votaram a favor do texto no Conselho de Direitos Humanos (DECLARAÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS, 2009, p. 65)

O Estado brasileiro declarou perante o Conselho de Direitos Humanos da ONU, no ano de 2006, que a Declaração reafirmava o compromisso da comunidade internacional em garantir todos os direitos humanos e liberdades fundamentais aos indígenas, respeitando o valor de suas culturas e identidades. Nesse sentido, a incorporação do documento na ordem pátria se deu no momento que o Brasil aprovou a declaração na Assembleia Geral da ONU. (DECLARAÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS, 2009, p. 72)

A aprovação que possibilitou a incorporação da Declaração se deu por meio do artigo 5 §2 do texto constitucional, que tem seguinte previsão: “direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, BRASIL).

É preciso destacar que a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas não é vinculante, mas representa o compromisso da República Federativa do Brasil em cumprir normas legais internacionais. E ainda dispõe mais efetividade ao Capítulo VIII, que protege direitos indígenas na esfera interna.

5. Análise da decisão que anulou o território Tradicional Panambi Lagoa Rica na perspectiva dos direitos humanos

A decisão que declarou nulo o processo demarcatório da terra Panambi Lagoa Rica fundamentou-se extensivamente na tese do marco temporal, mas também recuperou uma interpretação restritiva da tese do esbulho renitente. Assim, se analisará como a tese do marco temporal e interpretação restritiva do esbulho renitente neste julgamento, contraria os direitos humanos, previstos na Convenção 169 da OIT e na Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Destaca-se que a Constituição Federal de 1988 torna-se o aporte fático para as presentes ponderações, visto que há o compromisso constitucional com a ordem internacional e dispositivos normativos que torna imperativo o cumprimento dos direitos humanos no ordenamento nacional.

A Convenção 169 da OIT e a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas estabelecem um rol de direitos que devem ser assegurados pelo Estados aos indígenas. E dentre esses direitos o direito à terra é o elemento central de ambos documentos normativos, pois é pressuposto para exercerem seus usos, costumes e tradições e garantirem sua sobrevivência física e cultural. Com isso a nulidade do procedimento demarcatório Panambi Lagoa Rica contraria duplamente direitos humanos, inerentes aos indígenas.

A decisão que declarou nulo o processo de demarcação da terra indígena Panambi Lagoa Rica se fundamentou amplamente na tese do marco temporal, extraída a partir do conteúdo positivo do ato de demarcação tradicional. Assim, impôs a necessidade dos guarani kaiowa estarem ocupando os 12.196 hectares do território Panambi Lagoa Rica no dia 5 de outubro de 1988, para que este pudesse ser declarado como território tradicional, como não estavam declarou nulo o processo demarcatório.

Ainda o Magistrado seguiu a tese restritiva do esbulho renitente para corroborar a nulidade do processo demarcatório. Com o seguinte argumento na data de 5 de outubro de 1988 não há registro judicial de ação possessória pelos guarani kaiowa ou de efetivo conflito territorial com os fazendeiros que ocupavam Panambi Lagoa Rica, portanto o processo de demarcação da terra indígena teria que ser declarado nulo.

A tese do marco temporal, ao impor uma data, 5 de outubro de 1988, como data necessária que os indígenas estivessem ocupando determinado território, no caso Panambi Lagoa Rica, desconsidera o pressuposto crucial do reconhecimento de terras indígenas, que é se o território possui relação com as bases espirituais e materiais com a comunidade indígena. Neste aspecto, o artigo 7 da Convenção 169 da OIT que prescreve o direito dos indígenas em escolher suas, próprias terras, esvazia-se diante deste caso concreto.

Ainda na Convenção 169 da OIT no artigo 13 menciona a importância que a terra possui para os indígenas, devido sua relação com a cultura e valores espirituais. E em razão a isso os Estados devem adotar uma postura protetiva aos territórios tradicionais. Contudo no caso Panambi Lagoa Rica, o Estado representado na forma do juiz adota uma postura de não defesa aos direitos humanos territoriais indígenas, integrados com o ordenamento jurídico interno.

O artigo 14 da referida Convenção estabelece o dever estatal de reconhecer nos casos apropriados, medidas para resguardar o direito dos indígenas em utilizarem terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente tenham relação. Caso consoante a situação Panambi Lagoa Rica, o relatório da FUNAI colheu provas comprobatórias que as terras incluídas no município de Douradina, até a década de 1940, eram ocupadas exclusivamente pelos indígenas, com presença atestada desde o século XIX (SILVA, Y. A, 2017, p. 109). E demonstrou que a instalação da Colônia Agrícola Nacional de Dourados (CAND), gerou a invasão da área da tradicional.

Pela exposição do texto normativo dos artigos mais relevantes na proteção dos direitos humanos na Convenção 169 da OIT, infere que nenhum dispositivo impõe data determinada para que as terras possam ser reconhecidas como tradicionais. Fato que se torna compatível com as situações, como as reportadas na discussão que os indígenas foram expulsos de seus territórios, por meio de atos estatais, em grande parte violentos que objetivavam empregar suas terras para outras finalidades.

A tese restritiva do esbulho renitente também não encontra fundamento na Convenção 169 da OIT. A própria convenção estabelece, em seu artigo 3º que os indígenas devem usufruir plenamente de seus direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos (CONVENÇÃO 169

DA OIT, 1989). Ora, mas empregar uma tese que desconsidera a situações de expulsões, e exigir que uma minoria historicamente vulnerável ajuizasse uma ação possessória em 5 de outubro de 1988 é inserir propriamente um obstáculo para o exercício de seus direitos humanos e liberdades fundamentais, no que tange ao direito a terra no caso Panambi Lagoa Rica.

A Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas estabelece em seu preâmbulo relacionadas as injustiças históricas vivenciadas pelos indígenas, que resultaram na alienação de seus territórios próprias (DECLARAÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS, BRASIL, 2017). E reconhecendo necessidade de respeitar e promover os direitos intrínsecos aos indígenas, em especial os direitos às terras originárias.

A tese do marco temporal exige que os indígenas estivessem ocupando efetivamente do território Panambi Lagoa Rica na data da promulgação da CF/88. Contudo, outra prova colhida no relatório da FUNAI atesta que desde 1946 os indígenas guarani kaiowa enviavam reiteradamente ao Serviço de Proteção ao Índio (SPI), comunicando que suas terras eram invadidas e necessitavam de apoio da impedirem atos dessa natureza (SILVA, Y. A, 2017, p. 109). Dessa forma, impor uma data para que obrigatoriamente estivessem ocupando Panambi Lagoa Rica é desconsiderar provas oficiais, que mostram a impossibilidade de cumprir uma exigência inapta de cumprimento.

A Declaração da ONU prescreve no artigo 8, que os indígenas têm o direito a não sofrer da assimilação forçosa, e que os devem Estados estabelecer mecanismos efetivos para a prevenção de qualquer ato que objective alienar terras indígenas. E o mecanismo da tese do marco temporal, empregada na decisão de nulidade da demarcação da terra Panambi Lagoa Rica, contraria este dispositivo, pois atua como um instrumento que facilita a legalização da alienação de terras tradicionais, e totalmente contraria aos direitos humanos perante a República Federativa do Brasil.

O marco temporal utilizado no caso Panambi Lagoa Rica contraria, estabelecido no artigo 10 da Declaração, que prevê que os indígenas não serão retirados pela força de suas terras ou territórios. Uma vez que os guarani kaiowa foram retirados forçosamente de suas terras, e as elas impedido de retornar, retirando também o direito de regresso previsto no artigo citado. Assim reduzir este contexto a meramente a uma exigência temporal, não se

faz pertinente as todas provas colhidas pelo relatório da FUNAI que comprovou ser Panambi Lagoa Rica um território tradicional.

A tese do esbulho renitente em relação a Declaração da ONU do sobre os Direitos dos Povos Indígenas também se torna incoerente. O artigo 25 da Declaração prescreve que os indígenas têm direito em manter e fortalecer sua própria relação espiritual com as terras originárias que ocupam ou ocuparam. Assim reflete-se como torna-se possível tornar este direito possível, se a tese utilizada para analisar o caso Panambi Lagoa Rica, de imediato já coloca não haver direito devido à falta de ação possessória ajuizada em 5 de outubro de 1988, nem ao menos se atentando a provas oficiais que provam a impossibilidade de estarem ocupando Panambi Lagoa Rica, em razão de conflitos violentos.

E por fim o artigo 26 da referida Declaração normatiza o direito aos indígenas de possuírem as terras tradicionalmente tenha possuído. No entanto, se o principal fundamento do esbulho renitente é exigir a existência de ação possessória da data de promulgação da Constituição Federal de 1988, como concretizar este direito apenas levando em consideração um fundamento tão pequeno diante de outras circunstâncias que se tornam imensas, como aquelas relatadas no relatório da FUNAI.

A declaração de nulidade do procedimento de demarcação da terra Panambi Lagoa Rica, fundada na tese do marco temporal e na tese restritiva do esbulho renitente torna-se avessa aos direitos humanos estabelecidos na Convenção 169 da OIT e na Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas. E ainda enfraquece dispositivos da Constituição Federal de 1988 que preza o cumprimento de direitos humanos que integrem documentos incorporados pelo ordenamento pátrio Tais como o artigo 4, III que prevê o princípio da prevalência dos direitos, bem como ao artigo 5 § 2, que prevê a adoção de direitos , garantias e princípios em tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, como na Convenção 169 da OIT e da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas .

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 estabelece a harmonia com o ordenamento internacional no texto preambular, reiterando com eficácia

normativa no artigo 4, II que prevê a prevalência dos direitos humanos nas relações da República Federativa do Brasil. E também no artigo 5º § 2º que prevê a adoção de direitos previstos em documentos internacionais que integrem o ordenamento pátrio, como a Convenção 169 da OIT e a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

O texto constitucional em consonância a proteção dos direitos humanos inerentes aos indígenas, inaugurou a constitucionalização dos direitos indígenas no Capítulo VIII, que são fundamentais a sobrevivência física e cultural das comunidades tradicionais. Assim, o direito à terra passa ser um direito fundamental para os indígenas, para que possam exercer seus usos, costumes e tradições, sendo estabelecido no artigo 231 e protegido nos parágrafos seguintes.

O direito as terras originárias possuem dupla proteção; a proteção interna, e a proteção dos direitos humanos, portanto se não efetivado desrespeita –se direitos fundamentais e direitos humanos. Fato que ocorreu na declaração de nulidade do processo demarcatório da terra indígena Panambi Lagoa Rica, dos guarani kaiowá em Mato Grosso do Sul. As teses empregadas, do marco temporal e do esbulho renitente contraria o próprio texto constitucional, destoando dos critérios exigidos pela Convenção 169 da OIT e da Declaração da ONU.

O caso Panambi Lagoa Rica na perspectiva dos direitos humanos, atenta-se para o desrespeito de seres humanos historicamente vulneráveis, tendo um direito integrante a sua identidade negada. Nesse sentido, o ser humano pertencente ao território Panambi Lagoa que possui sua identidade intrinsecamente ligada a questão territorial, tem negada o direito a sua personalidade, costumes e crenças.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Alisson da Cunha. Demarcação de terras indígenas. Escola da Advocacia-Geral da União, Brasília 2005.

BARBIERI, S. R. J. Os Direitos Constitucionais dos Índios e o direito a diferença, face ao princípio da dignidade da pessoa humana. Coimbra: Almedina, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm . Acesso em 21 març. 2019.

_____. Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em 10 març.2019

_____. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em 14 març. 2019.

_____. Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Disponível em : https://pib.socioambiental.org/files/file/PIB_institucional/DECLARACAO_DAS_NACOES_UNIDAS_SOBRE_OS_DIREITOS_DOS_POVOS_INDIGENAS.pdf. Acesso em 10 març. 2019.

_____. Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm>. Acesso em: 10 març. 2019.

_____. Demarcação de terras. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/560862-um-ano-apos-ataques-juiz-anula-demarcacao-de-terra-dos-guarani-kaiowa-ms>>. Acesso: 04 jun. 2017.

_____. FUNAI. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/indios/conteudo.htm>>. Acesso em: 10 març. 2019.

_____. Ministério Público Federal. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf>. Acesso em: 11 març. 2019.

_____. Ministério Público Federal: Procedimento para demarcação de terras indígenas. Disponível em : < <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/dados-da-atuacao/grupos-de-trabalho/gt-demarcacao/docs/fases-do-processo-de-demarcacao-de-terras-indigenas>>. Acesso em 11 març 2019.

_____. Portaria/FUNAI nº 14, de 09 de janeiro de 1996. Disponível em: < <http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/dpt/pdf/portaria14funai.pdf>>. Acesso em 11 març. 2019.

_____. Relatório circunstanciado de identificação e delimitação da terra indígena Panambi Lagoa Rica. Disponível em : <https://www.douradosagora.com.br/base/www/douradosagora.com.br/media/attachments/93/93/4ee79cf4edd1c58a3d31f24cf2bd5995125ecf73d8124portaria-524.pdf>. Acesso em 11 març. 2019.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. Índios na Constituição. Novos Estudos. CEBRAP, v. 37, 2018. Disponível em : < <http://www.scielo.br/pdf/nec/v37n3/1980-5403-nec-37-03-429.pdf>>. Acesso em 12 març.2019.

CANTARINI, P, GUERRA FILHO. Proporcionalidade. Disponível em : <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/15/edicao-1/proportionalidade>. Acesso em 11 març. 2019.

CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. Terra Indígena: aspectos históricos da construção e aplicação de um conceito jurídico. Disponível em : < <http://www.scielo.br/pdf/his/v35/0101-9074-his-35-00075.pdf>> . Acesso em 12 març. 2019.

D' ÁVILA LOPES, MATTOS. O Direito fundamental dos indígenas à terra: do Brasil-Colônia ao Estado Democrático de Direito. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92744/Lopes%20Ana%20Maria%20e%20Mattos%20Karine.pdf?sequence=1>>. Acesso em 13 març.2019.

FRANCO F. UM OLHAR INDÍGENA sobre a Declaração das Nações Unidas. Disponível em : < http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/indios/um_olhar_indigena_versao_final.pdf>. Acesso em 13 març. 2019.

FREITAS JÚNIOR, L. A posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios como um instituto diverso da posse civil e sua qualificação como um direito constitucional fundamental. Dissertação para obtenção de título de Mestre, UNIFOR. Disponível em: < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp127773.pdf>>. Acesso em 12 març. 2019.

- MAIA, L. M. Do papel da perícia antropológica na afirmação dos direitos dos índios. In: OLIVEIRA, João Pacheco; MURA, Fábio; SILVA, Alexandre Barbosa da. (Org.). *Laudos antropológicos em perspectiva*. 1. ed. Brasília: Aba Publicações, 2015.
- MARQUES, Júlia Ribeiro. *A Constituição Federal e o Direito dos Povos Indígenas à Terra: Uma análise da Decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol*. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/julia_mar_ques.pdf>. Acesso em 15 març.2019.
- MENDES JÚNIOR, João. *Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*. Edição Fac-Similar. São Paulo: Typ; Hennies Irmãos, 1912.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos direitos dos povos indígenas*. Disponível em : < http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jurisprudencia-corte-interamericana-direitos-dos-povos-indigenas.pdf>. Acesso em 16 març.2019.
- PEGORARI, Bruno. *A tese do marco temporal da ocupação como interpretação restritiva do direito à terra dos povos indígenas no Brasil: um olhar sob a perspectiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. *Aracê - Direitos Humanos em Revista*, v. 4, p. 246-262, 2017.
- PIOVESAN, F. *Internacionalização dos direitos humanos e humanização do Direito Internacional: desafios contemporâneos*. *Boletim da sociedade brasileira de direito internacional*, v. 103, 2017.
- _____. *Temas de Direitos Humanos*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1., 2018.
- _____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, v.1, 2018.
- SARLET, I. W. *Considerações a respeito das relações entre a constituição federal de 1988 e os tratados*

Internacionais de direitos humanos. Disponível em : https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/28337/006_sarlet.pdf?sequence=3. Acesso em 10 març.2019.

SILVA, Y. A, Estudo do conflito agrário pela posse das terras tradicionais dos povos indígenas guarani kaiowá no mato Grosso do Sul. Dissertação para obtenção de título de Mestre, UFG. Disponível em: < <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/handle/tede/8206>>. Acesso em 13 març. 2019.

UNESCO. Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas: perguntas e respostas. 2.ed. – Rio de Janeiro: UNIC; Brasília, 2009. Disponível em : http://unicrio.org.br/docs/declaracao_direitos_povos_indigenas.pdf. Acesso em 13 març. 2019. URREJOLA L C F. Organizações Internacionais e as Comunidades Indígenas na América Latina: o caso da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e o processo de consulta prévia na Argentina, Brasil e Chile. Disponível em : https://sites.usp.br/prolam/wp-content/uploads/sites/35/2016/12/Laura_Urrejola_II-Simposio-Internacional-Pensar-e-Repensar-a-America-Latina.pdf. Acesso em 13 març. 2019.

VILLARES, Luiz Fernando. Direito e povos indígenas. Curitiba: Juruá, 2009.

TERRAS INDÍGENAS NA AMAZÔNIA OCIDENTAL: VIOLAÇÕES DE DIREITOS E ESTREITAS PORTAS DE ACESSO À JUSTIÇA

Lindomar Dias Padilha

Denise Lopes Salles

Introdução

Este artigo parte do histórico dos povos indígenas e da situação das suas terras na Amazônia Ocidental Brasileira, abrangendo as terras do Estado do Acre e Sul do Estado do Amazonas, para questionar o quanto a não demarcação das terras dos povos originários nesta região representa a negação de acesso à justiça aos mesmos. Assim, explora-se o conceito de acesso à justiça como proposto por Maria Teresa Sadek, analisa-se a legislação combinada com pesquisa empírica sobre o histórico de relação do Estado brasileiro com estas comunidades e dados sobre as demarcações de terras indígenas na região, para questionar o real acesso e reconhecimento de direitos à estes povos.

Reconhecer direitos e procurar instituições voltadas para a solução de ameaças ou impedimentos aos mesmos são objetivos correlatos quando nos referimos ao acesso à justiça, onde normas e instituições sejam “portas” de entrada, sem, contudo, negarmos a acolhida e as portas de saída. Entretanto, dado que poucas vezes os pleitos dos povos indígenas são acolhidos e, conseqüentemente não havendo portas de saída, falaremos apenas das portas de entrada ao sistema de justiça, quase fechadas, entreabertas em alguns casos.

Inicialmente, apresentam-se os povos indígenas da região da Amazônia Ocidental, estado do Acre e Sul do estado do Amazonas, base para as reflexões aqui feitas. Cabe esclarecer que os povos indígenas do Noroeste do Estado de Rondônia, embora compreendam também a Amazônia Ocidental, não fazem parte das duas coordenações da FUNAI¹⁰³, a saber: coordenação Alto Purus, com sede em Rio Branco e coordenação Alto Juruá, com sede em Cruzeiro do Sul. Por isso estes povos não foram contabilizados neste trabalho. É importante ainda esclarecer que parte significativa dos dados sobre esses povos advém dos arquivos do CIMI¹⁰⁴, Regional Amazônia Ocidental¹⁰⁵.

Em seguida, analisam-se as principais formas de violação de direitos que historicamente e ainda atualmente têm sido praticadas contra esses povos. Observa-se que a negação de direitos, vem acompanhada de alterações na legislação e na falta de investimentos em estruturas destinadas ao cumprimento das obrigações e atribuições do Estado.

Por fim, discutem-se as duas principais portas de acesso à justiça com destaque para as atividades do Ministério Público Federal (MPF) procurando enfocar as atividades mais diretamente pertinentes a defesa dos direitos dos povos indígenas deste que é o “promotor de cidadania, em todas as suas dimensões” (SADEK, 2009, p. 176).

103 A Fundação Nacional do Índio – FUNAI é o órgão indigenista oficial do Estado brasileiro. Criada por meio da Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967, vinculada ao Ministério da Justiça, é a coordenadora e principal executora da política indigenista do Governo Federal. Sua missão institucional é proteger e promover os direitos dos povos indígenas no Brasil.

104 O Cimi é um organismo vinculado à CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil) que, em sua atuação missionária, conferiu um novo sentido ao trabalho da igreja católica junto aos povos indígenas.

Criado em 1972, no auge da Ditadura Militar, quando o Estado brasileiro adotava como centrais os grandes projetos de infraestrutura e assumia abertamente a integração dos povos indígenas à sociedade majoritária como perspectiva única, o Cimi procurou favorecer a articulação entre aldeias e povos, promovendo as grandes assembleias indígenas, onde se desenharam os primeiros contornos da luta pela garantia do direito à diversidade cultural.

105 Tem muita importância mencionar diretamente estes povos e relatar ainda que parcialmente a realidade vivida por eles, especialmente no que tange a situação territorial. Afinal, os povos, as pessoas, são os sujeitos reais de direitos e evidentemente os principais afetados pela execução ou não de ações destinadas a fazer valer esses direitos.

O MPF foi significativamente fortalecido a partir da Constituição de 1988, que completa este ano 30 anos de promulgação (SADEK, 2009). E, neste sentido, o MPF não só deveria assumir para si o acompanhamento dos processos demarcatórios, mas intervir quando não são obedecidas as normas e critérios legalmente estabelecidos. Ainda que estas funções, por razões discutidas na terceira parte deste trabalho, não sejam satisfatoriamente atendidas, o MPF tem sido a principal porta de acesso à justiça para os povos originários no Brasil.

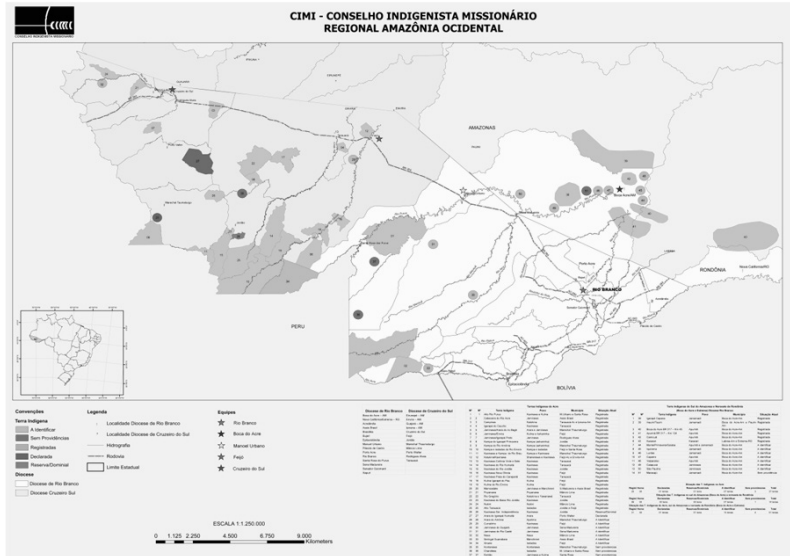
I. Povos Indígenas na Amazônia Ocidental e Violação de Direitos

Os povos indígenas da região Amazônia Ocidental foram contatados desde o fim do século XIX. Primeiro para trabalharem nas frentes extrativistas, e aqui merece destaque o extrativismo da borracha, extração do látex da seringueira e do caucho, ambos comercializados como matéria prima para a produção de pneumáticos, elemento básico da indústria automobilística, depois transformados em seringueiros, barranqueiros, diaristas, mateiros, varejadores, caçadores nas fazendas agropecuárias e em peões. Dessa forma, conforme Padilha (2012), a situação destes povos só pode ser entendida dentro dos projetos e realizações da sociedade não indígena influente na região que primeiro se apropriou de seus territórios e depois de sua própria força de trabalho.

É importante destacar que no final do século XIX, todo o Acre, notadamente a região dos altos rios Juruá e Purus, era disputado entre o Brasil, a Bolívia e o Peru, cujos impasses e hostilidades só seriam resolvidos definitivamente no final de 1903, através de um tratado formalizado em Petrópolis, onde o Acre era concedido ao Brasil em troca de uma indenização no valor de dois milhões de libras, da construção de uma estrada de ferro entre os dois países e do acesso a um porto no rio Madeira.

O mapa elaborado pelo CIMI, Conselho Indigenista Missionário, Regional Amazônia Ocidental, evidencia a atual configuração territorial e dos povos originários da região.

Figura 1 – Mapa da Situação das Terras dos Povos Indígenas –
Regional Amazônia Ocidental (2010)¹⁰⁶



Claro fica que o estar escrito e reconhecido não significa a garantia dos direitos e muito menos a garantia do direito ao acesso à justiça.

O amplo reconhecimento dos direitos e os mecanismos para garanti-los no âmbito constitucional e infraconstitucional foram os passos mais significativos dados na direção da democratização do acesso à justiça. Já no que se refere às condições objetivas, é flagrante o fosso que separa a igual-

106 Classificação das terras indígenas:

- * Sem providências: são as terras onde não se tem nenhum tipo de estudo, nem mesmo preliminar.
- * A Identificar: Aquelas onde já se tem um estudo preliminar, mas que ainda não se instaurou um processo identificatório.
- * Declaradas: São as que já possuem portaria declaratória emitida pelo Ministério da Justiça.
- * Demarcadas: àquelas cujos marcos demarcatórios já foram devidamente colocados, com dimensões definidas e cabendo, caso haja ocupantes de má fé, apenas a desintrusão.
- * Registradas: Aquelas que já possuem o registro junto ao patrimônio da União e que já tenham cumprido os trâmites cartoriais.
- * Reserva domínial: Terra de propriedade da comunidades, ainda que sem a tradicionalidade, mas que está sob o domínio desta por qualquer forma de aquisição nos termos da legislação civil.

dade prevista em lei da desigualdade na distribuição de renda e no usufruir dos bens coletivos. (SADEK, 2014p. 63).

A Constituição Federal brasileira (CF), em seu artigo 231 garante aos povos indígenas o direito ao território. Ademais, prevê que todos os territórios indígenas deveriam ser demarcados até o ano de 1994. Entretanto, como já vimos essa determinação jamais foi observada e, conseqüentemente muitos dos povos indígenas permanecem sem a devida regularização de seus territórios.

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. (...)§

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, «ad referendum» do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé. (BRASIL, Constituição 1998).

É notório que os direitos sobre os territórios recaem sobre a tradicionalidade. Isso significa que a nossa lei maior entende que os povos indígenas, por serem originários, são também prioritários na posse da terra. Também o artigo 231 é explícito ao dizer que compete à União demarcar

essas terras, protegê-las e fazer respeitar o direito sobre elas. De sorte que a não demarcação das terras indígenas implica em graves violações de direitos constitucionais e negação explícita do princípio do acesso à justiça.

A Constituição Cidadã é moderna porque harmoniza o sistema e as pessoas, contempla as diversas sociedades que formam a cultura brasileira, incluindo os índios, a quem fora dedicado um capítulo específico. (CUPSINSKI et al, 2016, p. 2).

O caso dos povos indígenas em situação de isolamento¹⁰⁷ fica ainda mais precário quando consideramos que estes povos não mantêm contato e, portanto, não estão em condições de se auto defenderem e nem mesmo conhecem a legislação que os protege e nem a legislação que visa se apropriar de seus territórios. A este respeito o Artigo 1775/96 diz:

Art. 7º O órgão federal de assistência ao índio poderá, no exercício do poder de polícia previsto no inciso VII do art. 1º da Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967, disciplinar o ingresso e trânsito de terceiros em áreas em que se constate a presença de índios isolados, bem como tomar as providências necessárias à proteção aos índios. (Brasil, Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996).

O fato de termos tantas terras indígenas no Acre e Sul do Amazonas a serem demarcadas significa que estamos longe de solucionar os problemas e, ao contrário, estamos aprofundando as dificuldades. No caso específico da Amazônia Ocidental, temos 18 terras a serem demarcadas, sem contar as terras habitadas por índios em situação de isolamento não reconhecidos oficialmente. Além de ser uma grave violação, a não demarcação das terras indígenas facilita o saque e o roubo de produtos naturais e ainda facilita a velha prática da grilagem.

107 O termo “povos em situação de isolamento” tem sido empregado pelo CIMI nas duas últimas décadas por entender que o termo “isolado” não comportava aqueles povos que fizeram e fazem opção para tal “isolamento”.

Tabela 1 - Situação Fundiária das Terras Indígenas no estado do Acre e Sul do Amazonas

Terras Indígenas do Acre e Sul do Amazonas					
Nº	Nº	Terra Indígena	Povo	Município	Situação Atual
01	01	Alto Rio Purus	Hunikuû e Madiha	M.Urbano e Santa Rosa	Registrada
02	02	Cabeceira do Rio Acre	Jaminawa	Assis Brasil	Registrada
03	03	Campinas	Katukina	Tarauacá-Ac e Ipixuna-AM	Registrada
04	04	Igarapé do Caucho	Hunikuû	Tarauacá	Registrada
05	05	Jaminawa/Arara do rio Bagé	Arara e Jaminawa	Marechal Thaumaturgo	Registrada
06	06	Jaminawa/Envira	Ashaninka/ isolados	Feijó	Registrada
07	07	Jaminawa/Igarapé Preto	Jaminawa	Rodrigues Alves	Registrada
08	08	Ashaninka do Igarapé Primavera	(Ashaninka)	Jordão	Registrada
09	09	Ashaninka do Rio Amônia	(Ashaninka)	Marechal Thaumaturgo	Registrada
10	10	Ashaninka e isolados do Rio Envira	Ashaninka e isolados	Feijó e Santa Rosa	Registrada
11	11	Hunikuû á e Ashaninka do Rio Breu	Ashaninka e Hunikuû	Marechal Thaumaturgo	Registrada
12	12	Katukina/ Hunikuû	Shanenawa e Hunikuû	Feijó-Ac e Envira-Am	Registrada
13	13	Hunikuû Colônia Vinte e Sete	Hunikuû	Tarauacá	Registrada
14	14	Hunikuû do Rio Humaitá	Hunikuû	Tarauacá	Registrada
15	15	Hunikuû do Rio Jordão	Hunikuû	Jordão	Registrada
16	16	Hunikuû Nova Olinda	Hunikuû	Feijó	Registrada
17	17	Hunikuû Praia do Carapanã	Hunikuû	Tarauacá	Registrada
18	18	Madiha Igarapé do Pau	Hunikuû	Feijó	Registrada
19	19	Madiha do Rio Envira	Madiha	Feijó	Registrada
20	20	Mamoadate	Jaminawa e Manchineri/ isolados	Sena Madureira e Assis Brasil	Registrada

21	21	Poyanawa	Poyanawa	Mâncio Lima	Registrada
22	22	Rio Gregório	Katukina e Yawanawa	Tarauacá	Registrada
23	23	Kaxinawá do Baixo Rio Jordão	Hinikuí	Jordão	Registrada
24	24	Nukini	Nukini	Mâncio Lima	Registrada
25	25	Alto Tarauacá	Isolados	Jordão e Feijó	Registrada
26	26	Hunikuí Seringal Independência	Kaxinawá	Jordão	Reserva/ Dominial
27	27	Arara do Igarapé Humaitá	Arara	Porto Walter	Registrada
28	28	Arara da Amônia	Apolima-Arara	Marechal Thaumaturgo	Demarcada ¹⁰⁸
29	29	Currálinho	Hunikuí	Feijó	A Identificar ¹⁰⁹
30	30	Jaminawa do Guajará	Jaminawa	Sena Madureira	Sem providências
31	31	Jaminawa do Rio Caeté	Jaminawa	Sena Madureira	Sem providências
32	32	Naua	Naua	Mâncio Lima	Terra judicializada ¹¹⁰
33	33	Seringal Guanabara	Manchineri	Assis Brasil	A Identificar
34	34	Xinane	Isolados	Feijó	A Identificar
35	35	Kontanawa	Kontanawa	Marechal Thaumaturgo	Sem providências
36	36	Chandless	Isolados	M. Urbano e Santa Rosa	Sem providências/ Criado um parque estadual em cima do território dos isolados.
37	37	Estirão	Jaminawa e Kulina	Santa Rosa	Sem providências

108 Está demarcada, mas ainda não foi desintruzada e por isso é uma área de muito conflito ainda. Está na fase de desintruzão.

109 Foi feito um laudo, mas até hoje o antropólogo não apresentou nenhum resultado dos estudos.

110 Encontra-se judicializada, sem providências.

Nº	Nº	Terra Indígena	Povo	Município	Situação Atual
01	38	Igarapé Capana	Jamamadi	Boca do Acre- Am.	Registrada
02	39	Inauini/Teuini	Jamamadi	Boca do Acre- Am e Pauini- AM	Registrada
03	40	Boca do Acre BR 317 – km 45	Apurinã	Boca do Acre- Am	Registrada
04	41	Apurinã BR 317 – km 124	Apurinã	Boca do Acre- Am	Registrada
05	42	Camicuã	Apurinã	Boca do Acre- Am	Registrada
06	43	Kaxarari	Kaxarari	Lábrea-Am e Extrema-RO	Registrada
07	44	Monte/ Primavera/ Goiaba	Apurinã e Jamamadi	Boca do Acre- Am	A identificar
08	45	Iquirema	Jamamadi	Boca do Acre- Am	A identificar
09	46	Lurdes	Jamamadi	Boca do Acre- Am	A identificar
10	47	Cajueiro	Apurinã	Boca do Acre- Am	A identificar
11	48	Valparaíso	Apurinã	Boca do Acre- Am	A identificar
12	49	Caiapucá	Jaminawa	Boca do Acre- Am	Terra cortada pelo programa terra Legal. Terra a Identificar.
13	50	São Paulino	Jaminawa	Boca do Acre- Am	A identificar/ terra em conflito.
14	51	Maracajú	Jamamadi	Boca do Acre- Am	Sem providência

As terras em destaque são terras com gravíssimos problemas por não terem o direito ao território garantido e a grande maioria sequer teve alguma providência tomada. O direito ao território é garantido na Constituição Federal do Brasil, mas não é respeitado. No estado do Acre, como nos mostra a tabela acima, temos ainda 18 terras a serem demar-

cadadas e reconhecidas. Temos ainda as terras onde vivem os índios em situação de isolamento¹¹¹.

Referindo-se a pouca ou demorada solução de conflitos no judiciário, Sadek nos lembra que:

A indiferença em relação ao problema ou a incapacidade de resolvê-lo transformam mandamentos constitucionais em letra morta. A Constituição assegura a todos a razoável duração e a celeridade da tramitação dos processos e constitui o Poder Judiciário como um pilar central da ordem democrática. Nessa medida, a busca por soluções tornou-se um problema coletivo, de política pública. (SADEK, 2014, p. 64).

Um elemento importante de ser assinalado é em relação ao processo de demarcação e regulamentação dessas terras é que própria Constituição determina que a federação, o Governo Federal, seja o imediatamente responsável para demarcá-las e protegê-las. Diz também que o órgão de assistência ao índio será o encarregado de realizar os estudos antropológicos e necessários à identificação e conseqüente demarcação. Neste caso, o órgão nacional responsável ainda é a FUNAI – Fundação Nacional do Índio, órgão que até o atual governo era ligado ao Ministério da Justiça. O decreto governamental editado e publicado em 1996 afirma:

111 Isolados do Chandles – Localizada no alto Rio Purus, no rio Chandles, fronteira com o Peru. Localizado pelo Cimi em 2002. Somente em 2016 a Funai (Fundação Nacional do Índio) reconheceu a veracidade do laudo e a existência desse povo.

Isolados do Tapada – Também identificados pela equipe do Cimi em 2000. Até hoje a Funai se recusa a reconhecer este povo indígena. O povo se encontra em uma faixa de terra localizada na cabeceira do Igarapé Tapada (daí o nome de identificação) afluente do Igarapé Novo Recreio na calha do Rio Juruá e fronteira com o Peru.

Isolados do Breu - Povo que fica na cabeceira do Rio Breu, um afluente do Rio Juruá. Este povo também teve sua existência anunciada no ano de 2002 pela equipe do Cimi de Cruzeiro do Sul. Também até esta data a Funai se recusa a reconhecer a existência desse povo porque o governo brasileiro e do Estado do Acre tem interesse nas terras para a exploração madeireira.

Isolados do Jordão – nesta região, cabeceira do Rio Jordão, divisa com o Peru, a própria FUNAI reconhece a presença de pelo menos quatro povos em situação de isolamento. Entretanto a terra segue sendo invadida e nenhuma providência foi tomada até o momento.

Art. 1º As terras indígenas, de que tratam o art. 17, I, da Lei nº 6001, de 19 de dezembro de 1973, e o art. 231 da Constituição, serão administrativamente demarcadas por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio, de acordo com o disposto neste Decreto.

Art. 2º A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação.

§ 1º O órgão federal de assistência ao índio designará grupo técnico especializado, composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional, coordenado por antropólogo, com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação. (BRASIL, Decreto nº 1.775, 1996.)

Mesmo considerado por muitos como sendo um decreto ruim para os povos indígenas, tem servido para fundamentar os pedidos de demarcação de terras. Este decreto assim como todo o Artigo 231 da CF é hoje alvo de crítica por parte dos ruralistas e setores ligados ao eco negócio e financeirizadores da natureza. A Amazônia Ocidental tem sido um expoente importante no sentido de provocar mudanças na legislação para servir a interesses de grupos econômicos.

Pode-se dizer que o decreto 1775/96 é uma das portas de entrada para o acesso à justiça. Portanto, não o cumprir pode significar antes de tudo um perigo à democracia ou uma porta que, embora aberta, não permite que estes povos acessem, por ela, a justiça.

Urge que se examine o problema tanto do ângulo do ingresso de demandas no Poder Judiciário quanto do ângulo das soluções – a porta de saída. As portas de entrada, os meandros internos e a porta de saída têm que ser questionados e, certamente, redefinidos. Deixá-los como se encontram só contribuirá para aumentar o problema e dificultar a implementação de soluções. O quadro atual tem ampla possibilidade de favorecer procedimentos opostos à solução pacífica dos conflitos, estimulando a

adoção de respostas com potencial de minar os esteios da vida civilizada e da ordem democrática. (SADEK, 2014, p. 64).

Sadek refere-se ao quadro atual do judiciário, no entanto, também fica claro que há um potencial de favorecer procedimentos opostos à solução pacífica dos conflitos, o que pode minar a ordem democrática. Acrescente-se a isso o fato de novas propostas de leis federais e mesmo estaduais estarem em gestação ou até já em implementação, como é o caso da lei 2.308 de 22 de outubro de 2010, conhecida como lei SISA que diz, entre outras coisas:

Cria o Sistema Estadual de Incentivos a Serviços Ambientais - SISA, o Programa de Incentivos por Serviços Ambientais - ISA Carbono e demais Programas de Serviços Ambientais e Produtos Ecosistêmicos do Estado do Acre e dá outras providências.

Art. 1º Fica criado o Sistema Estadual de Incentivos a Serviços Ambientais - SISA, com o objetivo de fomentar a manutenção e a ampliação da oferta dos seguintes serviços e produtos ecosistêmicos:

I - o sequestro, a conservação, a manutenção e o aumento do estoque e a diminuição do fluxo de carbono;

II - a conservação da beleza cênica natural;

III - a conservação da sociobiodiversidade;

IV - a conservação das águas e dos serviços hídricos;

V - a regulação do clima;

VI - a valorização cultural e do conhecimento tradicional ecosistêmico; e

VII - a conservação e o melhoramento do solo. (ACRE, Lei 2308/2010 – grifo nosso).

A lei estadual 2.308/2010, do Estado do Acre é um grande exemplo de lei que desrespeita leis e normas federais e até tratados internacionais. Alguns aspectos são particularmente preocupantes nessa lei. Um deles é que prevê legislar sobre territórios públicos federais, como as terras indígenas, reservas extrativistas e áreas de preservação. Outro aspecto é que foi elaborada sem nenhum debate público e prevê ações nas terras indígenas,

por exemplo, sem que haja consulta prévia, instrumento internacional, fruto de acordos que visam justamente garantir os direitos e, claro, orientar os países e favorecerem o acesso a estes direitos.

O Brasil é signatário da convenção 169 da OIT – Organização Internacional do Trabalho e, portanto, tal convenção tem poder de lei e deve ser assim aplicada internamente. Diz a convenção sobre direito à consulta prévia, livre e informada em seu artigo 6º:

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas. (CONVENÇÃO 169, OIT 1989- grifo nosso).

Ora, fala-se em meios para os povos participarem livremente “em todos os níveis” de decisões de instituições responsáveis pelas políticas que lhes sejam concernentes. A lei 2.308/10 do Estado do Acre, lamentavelmente é apenas mais uma entre tantas que violam direitos dos povos indígenas, notadamente o direito ao território e, claro, ao usufruto exclusivo a este.

Em resposta a essas tentativas e ameaças, quase sempre os povos, comunidades e organizações sociais tem até aqui optado por acionar o MPF. Assim foi com o documento que ficou conhecido como “Carta de Cruzeiro do Sul” e que resultou no processo nº 0001849-35.2015.4.01.3001 decorrente de Ação Civil Pública, proposta em resposta a carta acatada pelo MPF/AC:

Nós, povos indígenas (Apolima-Arara; Arara; Apurinã; Arara do Bagé; Jaminawa-Arara; Kaxinawá; Katukina; Nukini; Nawa; Shanenawa; Yawanawá) originários e comunidades tradicionais (posseiros e extrativistas), mulheres e homens, pessoas preocupadas com o bem comum e cientes de nossas responsabilidades (...), reunimo-nos nos dias de 05 a 07 de outubro de 2016, em um seminário com o tema: Mercantilização da natureza, ameaças ao usufruto do território e direitos humanos, decidimos nos manifestar por este instrumento, carta pública, sobre os problemas que nos afligem bem como cobrar das autoridades respostas para estes problemas e políticas públicas adequadas às nossas realidades.

Não aceitamos mais que os projetos nos sejam impostos ou que sejam apresentados por aqueles que se dizem nossos representantes quando não o são sendo eles pertencentes a organizações governamentais ou não governamentais, ou ainda individualmente. (...)

Exigimos que seja feita uma profunda investigação sobre os recursos destinados às comunidades sem que estas tenham sequer o conhecimento e muito menos acesso a estes recursos. Neste sentido decidimos acionar o Ministério Público para que proceda em nosso favor e tome as medidas necessárias. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, AC 2015).

A questão é que, além da demora na execução deste tipo de ação, temos no país um gravíssimo problema que é a dificuldade para reunir os povos, comunidades e apoiadores dos mesmos, de um lado, e, de outro, as distâncias na Amazônia Ocidental que imensas com meios de transporte ineficientes e até mesmo inexistentes em algumas regiões.

(...) o acesso à justiça se constitui na porta de entrada para a participação nos bens e serviços de uma sociedade. Quaisquer iniciativas que tenham por meta o combate à exclusão estarão fadadas ao fracasso se não

levarem em conta garantias e direitos individuais e coletivos. Pois, não há possibilidade real de inclusão se, de fato, não houver condições efetivas de acesso à justiça. (SADEK, 2009, p. 170).

Seja por não cumprir o que prevê a legislação, seja por incorporar novas legislações que inviabilizam ou dificultam as demarcações dos territórios ou seja pela dificuldade geográfica, compreendendo transportes e infraestruturas em geral, o não acesso à justiça se constitui, pois, em gravíssima violação de direitos. Nestas condições, como vimos, a democracia mesma se vê ameaçada. Sem as condições efetivas de acesso à justiça, ainda que tenhamos leis e reconhecimento de direitos, os mesmos não serão efetivados. O caso agora, ao que parece, é bem mais complexo que conquistar direitos. Trata-se de fazer valer esses direitos por meio de um direito fundamental: o de acesso à justiça.

II. As estreitas Portas de Acesso à Justiça no Brasil

Ao tratar das portas de acesso à justiça, há uma inversão de pelo menos uma entrada fundamental. A porta principal de acesso à justiça deveria ser antes outra que não a do judiciário. No entanto, a judicialização dos processos demarcatórios das terras indígenas tem sido uma constante, seja demandada pelo Ministério Público Federal, seja demandada pelos setores contrários ao alegarem o contraditório.

O caso do processo nº 0001849-35.2015.4.01.3001 é ilustrativo dessa situação onde não são tomadas iniciativas para os chamados “meios alternativos” e a única possibilidade é a judicialização. Aliás, nem seria necessário recorrer a estes meios alternativos; a legislação prevê que o trâmite para a demarcação de uma terra indígena percorra preferencialmente os caminhos de um processo meramente administrativo até que o Ministério da Justiça seja solicitado para analisar se houve ou não irregularidades no processo e, caso não haja, assine a portaria declaratória. O fato é que o Brasil se compromete a cumprir a CF e acordos internacionais, mas ao negligenciar estes casos, fechar as portas e viola direitos dos povos originários.

Para os índios, a dignidade da pessoa humana corresponde a dignidade étnica, e o acesso à justiça precisa ser compreendido em extensão maior na medida que afeta uma coletividade e todas as suas especificidades. (CUPSINSKI et al, 2016, p. 4).

Quando o Brasil ratificou a Convenção 169 da OIT, o legislador fez questão de deixar clara e reafirmar a posição brasileira.

Art. 1o A Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, adotada em Genebra, em 27 de junho de 1989, apensa por cópia ao presente Decreto, será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Art. 2o São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida Convenção ou que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, nos termos do art. 49, inciso I, da Constituição Federal.

Art. 3o Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação. (DECRETO Nº 5.051, 2004).

A Constituição Federal, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, o Decreto 1775/96 e outras normas correlatas, seriam em si mesmas uma fundamental porta de entrada para os povos indígenas, se fossem cumpridas. Porém, dado que em larga medida estas normas e leis não o são e, na maioria das vezes nem chegam a ser acionadas. Não respeitar as normas e as leis é o mesmo que fechar, por este viés, a porta de entrada para o direito ao acesso à justiça. Essas portas, portanto, se não estão fechadas, são portas muito estreitas e cada vez se estreitando mais.

Não se trata, pois, de considerar o índio bom ou mau, mas reconhecer que no processo de espoliação o índio deixou de ser sujeito para assumir a condição de objeto, conforme observa PERUZZO:

A relação entre o invasor colonial europeu e os povos originários esteve marcada por uma forma específica de aproximação, permeada de processos por vezes romanceados ou, na maior parte das vezes, violentos (escravização, assimilação, integração). Entender o significado das ideias do bom e do mau selvagem é fundamental para a compreensão da forma pela qual o índio deixou de ser sujeito para assumir a condição de objeto da política, da economia, da pedagogia e até mesmo dos desejos sexuais do invasor colonial. (PERUZZO, 2016, P. 6)

Outra importante porta de entrada, talvez a mais importante no momento, é o Ministério Público. O Ministério Público Federal, em que pese sua costumeira ausência até mesmo pela escassez de profissionais e dificuldades logísticas, tem sido ainda um parceiro, uma porta estreita, entreaberta ainda que muitas vezes o seja tão somente pelo seu dever institucional.

Nesta porta de entrada, além da já mencionada escassez de profissionais e de infraestrutura, somados aos problemas geográficos da Amazônia Ocidental e de acessibilidade às comunidades, percebemos que o Ministério Público teve suas obrigações muito ampliadas. Não entraremos no mérito do quão bem ou não isso fez, mas nos limitaremos a constatar que tal ampliação exige ainda que sejam aumentadas ainda mais as infraestruturas e o número de profissionais, o que não tem ocorrido de forma satisfatória aos olhos das comunidades.

Sadek nos apresenta de forma nítida a importância do Ministério Público e o coloca na situação privilegiada, não de “assistente”, mas de promotor da efetivação da igualdade por meio da efetivação de direitos, inclusive o direito ao acesso à justiça em suas várias formas.

Tanto mais direitos coletivos, políticos e sociais protegidos, tanto mais democracia e o inverso é igualmente recíproco. Assim, as portas de entrada para o acesso a justiça são as mesmas para a democracia. Fechar uma, pode significar o fechamento da outra. Abrir ou pelo menos, entreabrir as portas de acesso à justiça é fazê-lo para a democracia.

Considerações Finais

Pode parecer contraditório falar de acesso à justiça procurando demonstrar um conjunto de violações de direitos, ainda que reconhecendo a existência de uma legislação quase que suficiente para tamanha demanda. Entretanto, no caso dos povos originários do atual território brasileiro, mesmo depois de séculos de saques e espoliações, perseguições e assassinatos, estes povos continuam resistindo e vivos, lutando para fazer valer seus direitos.

A resistência desses povos é de fato impressionante, mas precisa de um auxílio extra para que possam realmente viver e desfrutar de um cenário de direitos e democráticos. Neste sentido, todo o arcabouço legal e de garantias de direitos existentes a partir da Constituição Cidadã precisa ser respeitado e devidamente implementado. Em outras palavras, é preciso

que a justiça seja por eles acessada. Talvez o caminho para isso realmente esteja na tutela desses direitos.

Reconhecer que os conflitos pela posse e respeito aos territórios desses povos é questão de respeito à democracia pode ser o maior passo rumo a uma sociedade que prima pela busca dessa justiça. Neste sentido, quando falamos de acesso à justiça, não estamos dizendo que a mesma esteja lá em algum lugar sagrado. Estamos antes falando de uma justiça que é caminho e porta, busca incessante e construção contínua. O acesso à justiça é um direito porque o é também o direito de buscar, construir e até de experimentar, mesmo que parcialmente, o sabor da justiça.

Referências

ACRE, Lei nº 2308 de 22 de outubro de 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

_____, Decreto nº 1775 de 08 de janeiro de 1996.

_____, Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, AC. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/ac/sala-de-imprensa/noticias-ac/justica-federal-suspende-licitacao-para-exploracao-de-gas-e-petroleo-no-jurua>. Acesso em 03 de janeiro. 2019.

PADILHA, L. et al. Dossiê Acre o Acre que os mercadores da natureza escondem. Rio Branco: Editora Cimi, 2012.

PERUZZO, P. Direito à consulta prévia aos povos indígenas no Brasil. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, 2017.

SADEK, M.T. Acesso à justiça um direito e seus obstáculos, Revista USP. n. 101 . P. 55-66, março/Abril/maio, São Pulo, 2014.

_____, Acesso à Justiça porta de entrada para a inclusão social. Disponível em <http://docplayer.com.br/8299250-Acesso-a-justica-porta-de-entrada-para-a-inclusao-social-maria-tereza-aina-sadek.html>. Acesso em 06/12/2018.

PEC – 215: INCOSTITUCIONALIDADE E PROBLEMÁTICAS NA DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS

Pedro Lucas Campos de Medeiros

1 Introdução

O marco multiculturalista inaugurado pela CF/88 se estabelece na esteira de lutas reivindicatórias dos movimentos indígenas, que, desde a década de 1980, demandam de forma organizada o reconhecimento do direito às terras que tradicionalmente ocupam. Atualmente, o processo de demarcação é feito por meio de identificação e homologação administrativa por parte da União, baseado em um laudo antropológico produzido por estudos e levantamentos técnicos.

Entretanto, tramita no Congresso Nacional uma PEC (215) que afeta o conceito normativo de terra tradicionalmente ocupada – elaborado a partir da influência de movimentos indígenas e elaborações teóricas antropológicas –, a sistemática de delimitação dessas terras e as prerrogativas dos povos indígenas derivadas da demarcação, em moldes que põe em risco as conquistas de reconhecimento de direitos consagradas a partir paradigma multiculturalista.

O reconhecimento à garantia do direito à terra foi um elemento necessário para a concretização do preceito multiculturalista adotado pela CF/88. Partindo dessa análise, apresentar-se-ão os tipos legais de terras indígenas e os marcos normativos que regulamentam o processo de demarcação.

A demarcação de terras indígenas está prevista em alguns instrumentos normativos da legislação brasileira, entre os quais o principal fundamento é o art. 231 da CF/88, destacando-se o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/1973) e o Decreto nº 1.775/1996, que regulamenta o procedimento administrativo de demarcação. Entre as modalidades de terras indígenas presentes na legislação, encontram-se as terras tradicionalmente ocupadas (art. 231 da CF/88); as reservas indígenas (art. 26 do Estatuto do Índio), que são áreas destinadas pela União à posse e ocupação, onde os povos possam viver e obter meios de subsistência, usufruir e utilizar das riquezas naturais e dos bens existentes nelas; e as áreas interditadas (art. 7º do Decreto nº 1.775/1996), que correspondem a zonas de proteção aos povos e grupos indígenas isolados, onde são estabelecidas restrições ao ingresso e trânsito de terceiros não índios.

De acordo com o art. 231 da CF/88, são reconhecidos aos povos indígenas os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo exclusivamente à União demarcá-las, protegê-las e fazer respeitar esses bens.

Segundo Silva (2008, p. 142), o direito originário trata-se de prerrogativa anterior à própria formação do Estado brasileiro. No caso das terras indígenas, entende-se que a originaridade fundamenta uma posse congênita e legítima por si mesma, ao contrário da posse adquirida, que precisa preencher os requisitos civilistas para o reconhecimento. Nos Embargos de Declaração da Petição nº 3.388-4/Roraima, em que se apreciou a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, destaca-se a fala do Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Menezes Direito sobre esses direitos originários: “Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente “reconhecidos”, e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se torna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva.” (BRASIL, 2013, p. 9).

A ideia da originalidade desse direito, assim com o parâmetro de tradicionalidade tomado pela CF/88, referem-se, principalmente, aos aspectos socioculturais do uso da terra e sua importância para os povos indígenas não apenas como instrumento de sobrevivência material, mas como forma de garantir sua coexistência cultural, mística e espiritual. Nesse sentido, Marés (2003, p. 181) destaca que: “A terra é a grande provedora das necessidades humanas. (...) Não apenas a terra que germina o grão,

mas o ferro do machado e o abrigo às intempéries se liga ao ser humano para criar sua cultura, mística e espiritualidade.”

Essa reflexão de Marés (2003) extrapola o conceito tradicional de função social da terra, considerando elementos não meramente produtivos ou adequados a normas trabalhistas ou ambientais, mas um elemento de identidade cultural, espiritual, que não pode ser contemplado por essa concepção materialista da terra.

Portanto, é notável que esse direito em questão possui uma carga axiológica atrelada ao preceito fundamental da dignidade humana, consagrado pela CF/88. A CF/88 e demais instrumentos normativos objetivam garantir aos povos indígenas o seu devido reconhecimento identitário e, como já dito, o direito à terra é uma das exigências imprescindíveis para a concretização desse compromisso principiológico.

Assim, o processo de demarcação é uma ferramenta fundamental à concretização do direito dos povos indígenas à sua identidade e perpetuação da sua forma social. A posse das terras indígenas tradicionalmente ocupadas é garantida pela CF/88 também de forma permanente, e o usufruto das riquezas do solo, dos rios, das lagoas e demais recursos naturais nelas contidas deve ser exclusivo. As terras indígenas são, também, consideradas inalienáveis e indisponíveis, assim como os direitos sobre elas imprescritíveis. Tais prerrogativas também são expressas nos artigos referentes ao título III do Estatuto do Índio, que tratam sobre as terras tradicionalmente ocupadas, as terras sob domínio das comunidades indígenas e as áreas reservadas.

Já que é originário – e, portanto, convencionalmente anterior ao ordenamento jurídico brasileiro – o direito indígena à terra tradicionalmente ocupada afasta qualquer pretensão sobre ela. A única situação excepcional, que pode provocar o condicionamento, de algum modo, dessa garantia, seria a existência de relevante interesse público da União, que é causa justificadora para exceção (art. 231, § 6º, da CF/88).

1. PEC 215: aspectos gerais

A PEC 215, de autoria do deputado federal Almir Sá (PPB/RR), foi apresentada em 28.03.2000, com as principais proposições: acrescenta o inciso XVIII ao art. 49 (inclui, dentre as competências exclusivas do Congresso Nacional, a aprovação de demarcação das terras tradicionalmente

ocupadas pelos índios e a ratificação das demarcações já homologadas) e modifica o § 4º e acrescenta o § 8º no art. 231 da CF/88 (estabelecendo critérios e procedimentos para a demarcação, que será regulamentada por lei). O texto modificado da PEC, com os devidos apensos, também muda os arts. 67 e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), a fim de dispor sobre a indenização em decorrência da demarcação a proprietários ou possuidores de boa-fé. Estabelece, também, que os critérios e procedimentos para a homologação das áreas indígenas deverão ser regulamentados por lei.

Avaliando-se o histórico de tramitação, percebe-se que, desde a proposição até o deferimento da proposta na CCJC em 2008, a PEC 215 foi julgada inadmissível por dois relatores diferentes.

O primeiro parecer de inadmissibilidade foi dado em 06.05.2005, pelo relator Luiz Couto (PT/PB). Na conclusão do seu voto, demonstrou-se que a proposta poderia prejudicar a forma federativa do Estado brasileiro e sua separação de poderes (BRASIL, 2005, p. 5).

Nesse caso de inadmissão da proposta, nos termos do art. 202, § 1º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, o autor poderá requerer a apreciação preliminar em Plenário, com o apoio de líderes que representem, no mínimo, um terço dos deputados, para que possam ser feitas as mudanças sugeridas à nova proposição da matéria (BRASIL, 1989). Em 27.06.2008, o deputado Geraldo Pudim (PMDB/RJ) foi designado como novo relator e julgou novamente inadmissível a matéria no dia 10.07.2008, partindo de uma concepção de que a divisão dos poderes é matéria de cláusula pétrea, em que o poder constituinte originário teve a intenção de garantir a competência de demarcação das terras indígenas privativamente à União, nos termos do art. 231 da CF/88, que possui a responsabilidade de demarcá-las, protegê-las e fazer respeitar todos os seus bens (BRASIL, 2008).

Assim, o relator baseou-se nos incisos I e III do § 4º do art. 60 da CF/88, que proíbe a deliberação sobre proposta que tenda a abolir a forma federativa do Estado e a separação dos poderes.

Por fim, no dia 03.12.2008, o então relator Geraldo Pudim expediu novamente um parecer, dessa vez favorável a admissibilidade da PEC 215 pela CCJC. Foram apresentadas proposições por mais de um terço dos membros da Câmara dos Deputados, conforme atestado pela Secretaria

Geral da Mesa, obedecendo ao disposto nos arts. 60, I, da CF/88 e 201, I, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. O posicionamento tomado pelo relator nesse momento foi completamente contrário ao seu voto anterior.

Dessa vez, utilizou o argumento de que a fonte da competência em demarcar as terras indígenas é de ordem infraconstitucional, em que os requisitos se encontram no Decreto nº 1.775/1996 e Estatuto do Índio, sendo, de acordo com o voto do relatório, passíveis de modificação. Outro ponto citado pelo relator é que se respeitou a organização federativa, ressaltando que o Congresso Nacional é o local apropriado para essa discussão, principalmente porque nele se instala a representação dos Estados-membros. De acordo com Pudim, a exigência de pronunciamento congressual é um instrumento válido para o bom desenvolvimento entre a União e os Estados, as propostas em exame nessa PEC podem colaborar com a relação entre os poderes (BRASIL, 2008).

Posteriormente, em 23.05.2011, designou-se um novo relator, dessa vez Osmar Serraglio (PMDB/PR), que votou favorável à admissibilidade, em parte, da PEC 215 e ressaltou, em seu voto, que o legislador da Constituinte não especificou a qual poder do Estado compete a demarcação de terras indígenas, cabendo ao legislador ordinário dispor sobre a matéria. Também ressaltou que essa proposta não feriria cláusulas pétreas: “As prerrogativas de independência orgânica e especialização funcional que caracterizam a divisão de Poderes restaram intocadas” (BRASIL, 2011, p. 7).

Em 2013, instaurou-se a Comissão Especial por ato da Presidência da Câmara dos Deputados, obedecendo o art. 201, § 2º, do seu Regimento Interno, para apreciar e proferir um parecer à PEC 215 e demais apensas. Durante essa fase, foram aprovados diversos requerimentos de audiências públicas e reuniões externas que aconteceram em diversos Estados, como Mato Grosso do Sul, Pará e Santa Catarina, que objetivavam ouvir lideranças locais, estudiosos sobre o tema e outras autoridades. Também se discutiram temas como atuação da Funai, demarcação de terras indígenas e outros temas pertinentes à matéria.¹¹²

Entre as Audiências Públicas realizadas, destaca-se o debate ocorrido no dia 13.08.2013 na Comissão de Legislação Participativa da Câmara,

112 PEC 215-A/2000.

onde estiveram presentes o autor da PEC 215 e ex-deputado pelo Estado de Roraima, Almir Sá, o jurista Dalmo Dallari e diversos líderes e representantes de grupos indígenas, como o povo Guajajara/Tentehar e a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil.

O ponto principal da reunião foi o discurso da coordenadora-executiva da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil, Sônia Guajajara, dirigindo-se ao autor da proposta, Almir Sá. A representante falou sobre a crise de representatividade política dos indígenas, e manifestou temor de que a predominância de ruralistas nas bancadas do Congresso possa impedir a criação de terras indígenas.

Entre as reuniões externas realizadas, destaca-se a audiência promovida em São Paulo no dia 09.06.2014 por integrantes da bancada ruralista, que defendem interesses do agronegócio. Nessa ocasião, segundo o Instituto Socioambiental (2014), cerca de 300 indígenas se organizaram em um ato contra a PEC 215, com apoio de integrantes do Movimento dos Trabalhadores Sem Terra (MST) e outros movimentos sociais.

Durante a fase de realizações de audiências, o Ministério Público Federal (MPF) também se manifestou contrário à aprovação da PEC 215 em uma nota técnica¹¹³ divulgada pelo Procurador-Geral da República, Daniel Sarmiento, que, ao se referir à PEC, disse que ela viola o núcleo essencial de direitos fundamentais, como direito dos índios às terras tradicionalmente ocupadas (art. 231, CF/88), o direito à cultura (arts. 215, 216 e 231, caput, CF/88), o direito adquirido concedido diretamente pelo poder constituinte (art. 5º, XXXVI, CF/88), e o direito ao devido processo legal administrativo (art. 5º, LIV, CF/88). A proposta também ofenderia o limite material ao poder de reforma da CF/88 previsto no seu art. 60, § 4º, inciso IV (SARMENTO, 2013).

Destaca-se também a reunião no plenário da Câmara dos Deputados Federais, realizada no dia 06.10.2015, onde estiveram presentes representantes dos povos Paraxós, Pataxós Hã-Hã-Hãe, Tupinambás, Krahô, Guarani-Kaiowá e Xakriabá, além da Comissão Pastoral da Terra (CPT), Incra, MST e Rede Nacional de Advogados e Advogadas Populares (Re-

113 Nota técnica elaborada com o objetivo de ser anexada ao Mandado de Segurança nº 32.262, feito por Deputados Federais para impedir a deliberação congressual sobre a PEC 215 e outras a ela anexadas. Informações retiradas do site do Ministério Público Federal (SARMENTO, 2013).

nap). Nessa ocasião, discursou Agnaldo Pataxó, representante do povo Pataxó, que, ao proferir seu discurso, criticou a atuação da Câmara dos Deputados.

Após esse período de audiências públicas, no dia 27.10.2015 a Comissão Especial de Demarcação de Terras Indígenas aprovou, em votação de 21 deputados a favor e 0 contra, a PEC 215. Em seguida, publicou-se a proposta e aguarda-se o primeiro turno de votação no Plenário da Câmara.

2. Análise dos dispositivos da PEC 215

No texto inicial da PEC 215, o art. 1º consignava uma de alteração na divisão dos poderes. Como apontado anteriormente, a proposta visava a conferir ao Congresso Nacional a competência de aprovar a demarcação de terras indígenas e ratificar as demarcações já homologadas. O MPF, em nota técnica assinada por Sarmiento (2013), ao analisar o mérito dessa alteração, diz que esta “subordinaria a fruição do direito dos indígenas às vontades, interesses e preferências das maiorias legislativas de ocasião”.

Diante das discussões e dos posicionamentos de órgãos técnicos e entidades indígenas feitos em Audiências Públicas, que apontavam como inconstitucional retirar do Executivo para o Legislativo a competência pelo processo de demarcação, por se tratar de ofensa à divisão e organização dos poderes, o texto substitutivo da PEC 215 aprovado pela Comissão Especial de Demarcação de Terras Indígenas, procura desviar-se dessa objeção, criando um procedimento legislativo compartilhado, com iniciativa privativa do Executivo.

Dessa forma, não se pode dizer que se eliminou a competência do Executivo, como era proposto pelo texto original, entretanto, preparou-se um novo cenário para o processo de demarcação, em que o Congresso Nacional adquire para si a possibilidade de aprovar ou não a proposição do Executivo. Portanto, apesar da nova redação, os efeitos de inserir o Poder Legislativo no exercício da competência demarcatória de terras indígenas continuam, considerando-se que essa alteração implica substituir a decisão administrativa da União, que, nos moldes atuais, possui caráter exclusivamente técnico e é elaborada a partir de laudos antropológicos e pesquisas específicas, por uma decisão de cunho político, na qual o processo para demarcar as terras estaria sujeito à escolha da maioria congressual.

No rito demarcatório vigente, a importância do estudo antropológico é fundamental, fator que gera a seguinte implicação: se se compreender o laudo antropológico como a ferramenta que atesta a ocupação tradicional, o reconhecimento constitucional aos indígenas dos “direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” (BRASIL, 1988) torna a demarcação um ato a ele vinculado. Ou seja, a constatação da ocupação tradicional, obtida pela investigação antropológica, é o meio pelo qual o Estado identifica a realidade que reconhece como constitutiva de um direito originário.

Assim, de acordo com considerações formuladas por diversos juristas, especialmente em julgados paradigmáticos no STF já mencionados, a CF/88 não criou o direito indígena à terra, mas o reconheceu, dado que sua existência deriva da ocupação originária – constatada essa ocupação, não cabe ao Estado decidir se o povo indígena ocupante tem ou não direito à terra, pois ela implicará, imediatamente, o reconhecimento desse direito (e não outorga). Caso a demarcação venha a ser submetida ao crivo final do Legislativo, que, diferentemente do Poder Executivo no procedimento atual, não possuiria quaisquer fatores vinculantes, a originaridade do direito indígena à terra seria esvaziada.

Com a mudança no texto constitucional e natureza procedimental para o reconhecimento das terras indígenas, o laudo antropológico – que atesta a ocupação tradicional –, passaria a ser utilizado apenas como fonte para a discussão política. O processo demarcatório, ao invés de consistir em ato estatal de reconhecimento à situação de ocupação que se impõe ao ordenamento jurídico – porque originária e “anterior à própria formação do Estado brasileiro” (SILVA, 2008, p. 142) –, transformar-se-ia em outorga de direito, conforme a escolha política do Parlamento.

Desse modo, é possível enxergar, com relativa facilidade, a relação entre o efetivo reconhecimento da identidade indígena, natureza originária do direito à terra e a vinculação do Executivo ao laudo antropológico que atesta a ocupação tradicional. As mudanças de natureza procedimental e de competência na demarcação nos termos propostos são prejudiciais para os povos indígenas, pois põe em discussão elementos históricos, políticos e sociais que vão muito além da posse das terras, sendo esses elementos características definidoras da estrutura cultural, identitária e autodeterminante desses povos, que não serão vinculantes (talvez sequer levados em conta) do

processo deliberativo do Congresso Nacional. Além disso, é possível que a demarcação se torne ainda mais lenta e infrequente, considerando-se o aumento da complexidade no processo e a falta de conhecimentos técnicos, antropológicos e etno-históricos dos parlamentares. Por fim, a submissão do processo demarcatório à escolha política do Legislativo pode resultar em decisões dominadas por lobbys e grupos atrelados à bancada ruralista, com grande representatividade legislativa, ou quaisquer outras ligadas a interesses declaradamente contrapostos aos direitos indígenas.

O art. 2º da PEC 215 muda o conceito de terras tradicionalmente habitadas, presente no art. 231 da CF/88. A alteração proposta nesse artigo da PEC 215 baseou-se na Súmula 650 do STF, que se aplica ao caso de demandas por usucapião em terras indígenas. Na súmula, pacificou-se que as áreas cuja ocupação indígena tenha se extinguido não seriam contempladas pelo art. 20, incisos I e XI, o que já é possível perceber certa relativização do direito indígena à terra, consignada jurisprudencialmente.

Com a modificação proposta, só seriam reconhecidas como terras tradicionalmente ocupadas aquelas que, em 5 de outubro de 1988, estivessem habitadas por indígenas em caráter permanente. Portanto, essa alteração representa uma afronta às garantias fundamentais desses povos, tendo em vista que limita a possibilidade de reconhecimento das terras e fixa critérios que podem ser objetos de questionamentos e, consequentemente, prejudiciais ao processo de demarcação.

A proposta de estabelecer um marco temporal, assim como a delimitação de requisitos que extrapolam os métodos técnico-científicos para configurar as terras tradicionalmente ocupadas, representa uma tentativa de impor um caráter objetivo aos conceitos de tradicionalidade e originalidade consignados na CF/88. Essa pretendida mudança afeta, sobretudo, terras indígenas vinculadas aos povos que começaram a se organizar a partir dos movimentos provocados após a constituinte em 1988, de onde a consagração do marco multiculturalista serviu de argumento para a afirmação identitária de grupos que compõem os movimentos indígenas, assim como a organização e ampliação dessas lutas em prol de seus direitos, sobretudo mediante o processo de etnogênese.

A partir dessa mudança, o usufruto do solo, rios e lagos das terras tradicionalmente ocupadas que, no texto original da CF/88, é permitido exclusivamente aos indígenas, passaria a ter exceções mais amplas, que

confeririam à União a prerrogativa de ocupação sob relevante interesse público, regulado em lei complementar. Essa prerrogativa possibilita o surgimento de normas e decisões que comprometam o direito ao usufruto pleno das terras pelos indígenas e abre lacunas para precedentes que privilegiem interesses contrários aos dos povos que habitam a região, considerando a falta de definição clara do que vem a ser relevante interesse público.

Na Petição nº 3.388-4/RR, que refere-se ao caso das terras de Raposa Serra do Sol, o Ministro Menezes Direito elaborou, em seu voto, uma série de condições para a demarcação e ocupação de terras indígenas, das quais destacam-se a possibilidade de intervenção da União e a vedação à ampliação das terras já demarcadas, o que direcionou o entendimento do legislador para propor essa alteração no Texto Constitucional. O voto do relator foi acatado pela maioria do STF e, a despeito de as considerações e condicionantes apresentados consistirem em manifestações extra petita, elas tornaram-se espécies de marcos jurisprudenciais de referência.

A menção ao relevante interesse público pode permitir, por lei complementar, a realização de empreendimentos econômicos e atividades de alto impacto dentro das terras indígenas, representando uma afronta aos grupos que nelas se encontram. Essa previsão fragiliza ainda mais a posse indígena, pode promover o esvaziamento das terras e tornar a demarcação apenas uma manifestação formal.

Atenta-se, também, para o ingresso, trânsito e permanência de não indígenas nas terras, que atualmente é regulamentado por normativas da Funai, cuja competência para as autorizações de ingresso é exclusiva do presidente da Funai, observado o disposto na Instrução Normativa nº 001/PRES/1995 e sob concordância prévia dos representantes dos povos indígenas interessados. A alteração proposta aparenta ser uma tentativa de garantir o acesso e permanência de grupos religiosos e pesquisadores, independentemente das demandas de cuidado com a terra, e condicionando a Funai a aceitar o acesso desses sujeitos. Ressalta-se que grupos com interesses específicos (pesquisa científica e catequização) teriam respaldo constitucional imposto sob o próprio direito indígena de usufruto exclusivo da terra. No caso, a ocupação para pesquisas científicas poderia ser feita por meio de lei complementar, observadas as prerrogativas da Funai e dos indígenas envolvidos.

A vedação à ampliação de terras indígenas que já foram demarcadas, na proposta de § 8º, foi um dos assuntos mais discutidos no caso das terras de Raposa Serra do Sol. Após este julgamento, a jurisprudência do STF já havia decidido ser vedada a remarcação de terras indígenas demarcadas, salvo em caso de vício no ato de demarcação, como, por exemplo, o descumprimento do devido processo legal.

A inclusão do § 9º, por sua vez, alteraria a forma de delimitação definitiva das terras, que passa a ser mediante projeto de lei de competência exclusiva do Poder Executivo, onde serão propostos os limites e confrontações da área indígena. Essa hipótese complementa-se com as alterações já mencionadas do art. 1º da PEC 215, destacando-se novamente o interesse em alterar a natureza do procedimento demarcatório, que deixa de ser feito por meio de processo administrativo e passa a adotar o procedimento legislativo, atribuindo um caráter político à demarcação de terras indígenas.

Além da convergência com o art. 1º e estabelecimento de uma competência compartilhada entre Executivo e Legislativo para a demarcação de terra indígena, o § 9º proposto pela PEC inova com a possibilidade de permuta das terras que sejam objeto de conflitos fundiários, sob o aval legislativo. Também, nesse caso, há uma séria afronta aos indígenas ocupantes de uma área com a qual mantém relações não apenas de posse e existência material, mas também vínculos identitários – conforme é a própria definição de posse indígena caso sejam obrigados a se deslocarem.

Na lógica que se observa na proposta, a ocorrência de conflitos fundiários em torno de uma terra indígena resultaria em penalização dos indígenas! A incapacidade do Estado em cumprir o compromisso constitucional de garantir a posse dos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam e de lidar com conflitos seria enfrentada não por meio da correção da conduta estatal, mas da desterritorialização do povo indígena. Nesse caso, o conceito de tradicionalidade perderia qualquer importância e a ocupação tradicional poderia ser simplesmente desconstituída, com o desarraigamento de um povo de seu território.

Destaca-se que as terras dos povos indígenas são bens públicos de uso especial, e a CF/88 preocupou-se em conceder essa destinação específica justamente para evitar a usurpação das terras, considerando a espoliação histórica ainda recorrente, como massacres, expulsões e confinamento.

Apesar de o § 11 dessa mesma proposta prever a possibilidade de permuta para outra área que originalmente lhes cabe, essa permuta das áreas abre margem para que as populações que já tiveram suas terras regularizadas venham a ser removidas por motivos de existência de conflitos.

Sobre as alterações propostas nos § 10, avalia-se que celebração de contratos de arrendamento e parceria significa, também, a relativização da posse exclusiva dos povos indígenas sobre suas terras. O reconhecimento da autonomia de indígenas e sua consideração como cidadãos e cidadãs plenamente capazes não pode ser colocado, de forma direta e irrefletida, como justificativa para celebração de contratos dessa natureza. Entende-se não estar em questão, simplesmente, o não reconhecimento da aptidão à celebração de contratos, mas sim os efeitos desses contratos, que, segundo a legislação a eles referentes, têm por objeto a transmissão da posse de terra rural.

De toda forma, é necessária uma análise mais aprofundada, com bases e fundamentos antropológicos e reflexão acerca das especificidades e particularidades de cada povo indígena, para que se proponham medidas adequadas ao fortalecimento de sua autonomia, e não simplesmente alterações normativas que, ao que parece, apenas fragilizam a posse sobre suas terras.

Nos termos do caput do art. 67 do ADCT, a União concluirá o processo de demarcação em cinco anos a partir da promulgação da CF/88 – prazo que nunca foi cumprido. Com a modificação, não serão aplicados às áreas que não tenham sido demarcadas até esse limite temporal os efeitos do § 6º do art. 231. O dispositivo trata sobre a nulidade e extinção dos atos que tenham por objeto a ocupação, domínio ou posse de terras indígenas, ou exploração das riquezas naturais. Portanto, a partir da desconsideração desse artigo, é possível garantir ao “proprietário adquirente de boa fé”, de área localizada em perímetro indígena, o direito à indenização do solo (e não das benfeitorias).

Percebe-se novamente a incidência da tese do marco temporal, em que, desta vez, a intenção do legislador é punir a União por omissão ao processo de demarcação. Entretanto, é importante ressaltar que os maiores beneficiados por essa alteração são os grandes possuidores da terra, que serão recompensados pelo desinteresse do Estado. Trata-se de mais um fator que fragiliza o direito indígena ao reconhecimento identitário e garantia das suas terras.

Por fim, o art. 4º do texto substitutivo da PEC 215 prevê a seguinte revisão: “Os procedimentos de demarcação em curso que estejam em desacordo

com as disposições desta Emenda Constitucional serão revistos no prazo de um ano, contado da data da publicação desta Emenda” (BRASIL, 2014a).

Essa alteração é muito lesiva, pois, se consideradas as terras indígenas que estão submetidas ao procedimento administrativo de homologação, ou em alguma situação judicial, uma quantidade enorme estará afetada por essa hipótese. No texto original da PEC 215, havia uma previsão expressa de que todas as terras indígenas – inclusive as homologadas – fossem submetidas à ratificação do Legislativo. Essa proposta foi abandonada no texto aprovado pela comissão. Entretanto, o art. 4º da proposta final praticamente mantém os efeitos que seriam provocados por aquela previsão inicial.

Em um estudo de impacto da PEC 215 feito pelo Instituto Socioambiental (2015), estima-se que cerca de 228 processos de demarcação que ainda não foram homologados podem ser paralisados com a possível aprovação desse texto. Esses dados correspondem a cerca de 7.800.000 hectares, e uma população de 107.203 indígenas. Também serão atingidas 114 terras indígenas cujos processos de demarcação estão sendo questionados judicialmente, e 35 processos de revisão dos limites, totalizando 698 possíveis terras afetadas. Portanto, mesmo sem a previsão expressa de que as terras já homologadas sejam revistas pelo Legislativo, os processos em curso, que são muitos, serão totalmente afetados por essa alteração.

A partir dessa análise, é possível perceber que os direitos constitucionais dos povos indígenas às suas terras são ameaçados pela PEC 215, que representa interesses políticos contrários ao funcionamento desses direitos, e fragilizam as conquistas já alcançadas na CF/88. As mudanças podem provocar impactos muito graves aos direitos originários às terras tradicionalmente ocupadas, assim como promover a desintegração dos grupos e impor condições totalmente prejudiciais a sua representação e afirmação identitária.

3. Conclusão

É inegável que a promulgação da CF/88 inovou mediante o marco multiculturalista, reconhecendo direitos e garantias inéditas aos povos indígenas e preservando sua afirmação identitária. Esse fato tanto derivou como contribuiu para a organização de movimentos indígenas em prol

do devido reconhecimento de seus direitos, assim como o surgimento de uma luta constante em busca de sua efetividade. Entre essas garantias constitucionais, o direito originário às terras que tradicionalmente ocupam é instrumento garantidor da existência material, espiritual, mística e cultural desses povos, devendo ser-lhes preservados, sob o propósito da efetivação do princípio da dignidade humana.

Todavia, é notável a existência de ameaça a esses direitos constitucionalmente assegurados nas mudanças ao Texto Constitucional propostas pela PEC 215, que parecem representar a formulação de interesses unilaterais, não alinhados a qualquer consideração relativa às prerrogativas das inovações da PEC 215, e dificultariam sobremaneira o processo de demarcação de terras indígenas, desconsiderando avanços que o marco multiculturalista inaugurou na CF/88. O novo conceito sobre terra tradicional, as mudanças na sistemática demarcatória e a fragilização das prerrogativas dos indígenas sobre as terras demarcadas, resultariam, por meio dessa PEC, no esvaziamento dos direitos indígenas ao reconhecimento à sua identidade e em todos os compromissos do Estado em relação a eles.

A partir do entendimento desta pesquisa, a transformação da demarcação em um processo legislativo, submetida a uma decisão eminentemente política do Congresso Nacional, desconstitui uma das maiores conquistas indígenas, consagradas na CF/88, que é o reconhecimento do caráter originário do direito dos povos indígenas à terra. O condicionamento dessa decisão ao crivo da opção política de parlamentares – e não à constatação da existência da ocupação tradicional –, permite que o direito indígena deixe de ser originário e, portanto, reconhecido, para ser outorgado e constituído pelo Estado por meio de lei. Nesse sentido, a PEC 215 deve ser considerada inconstitucional, pois fragiliza, reduz ou mesmo inviabiliza o direito fundamental dos povos indígenas à terra.

Os direitos indígenas presentes na CF/88 são resultado de conquistas que possuem a finalidade de reparar dívidas históricas do Estado brasileiro com esses povos, que durante todo o processo de construção do país, estiveram submetidos a um regime de imposição de normas, condutas e interesses hegemônicos ligados, no primeiro momento, à metrópole colonizadora e, posteriormente, às elites dirigentes brasileiras. Essa relação do Brasil com os povos indígenas impactou todo o processo de construção do país, até os dias atuais.

Entende-se que, caso a PEC 215 seja aprovada, as terras indígenas, assim como o direito à coexistência e autonomia desses povos, estarão ameaçados, pondo em risco, inclusive, a sua sobrevivência material e imaterial.

4. Referências Bibliográficas

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988.

_____. Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 9 jan. 1996.

_____. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 3.388-4/Roraima. Relator: Min. Carlos Britto. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerida: União. Diário da Justiça Eletrônico [do] Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 17 abr. 2009.

DUPRAT, Deborah. O direito sob o marco da pluriétnicidade/multiculturalidade. In: RAMOS, Alcida Rita (Org.). Constituições nacionais e povos indígenas. Belo Horizonte: EdUFMG, 2012. p. 228-236.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. Guarani e movimentos sociais protestam contra ruralistas em frente à Assembleia Paulista. Brasília, 9 jun. 2014. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/guarani-e-movimentos-sociais-protestam-contr-ruralistas-em-frente-a-assembleia-paulista>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

_____. PEC 215 pode paralisar 228 processos de demarcação de Terras Indígenas. Brasília, 16 set. 2015. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/pec-215-pode-paralisar-228-processos-de-demarcacao-de-terras-indigenas>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

- _____. Programa Povos Indígenas no Brasil. Situação jurídica das terras indígenas hoje. Brasília, 24 out. 2016. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/c/0/1/2/situacao-juridica-das-tis-hoje>>. Acesso em: 26 fev. 2019.
- MARÉS, Carlos Frederico. Função social da propriedade. 1. ed. Porto Alegre: Fabris, 2003.
- MASCARENHAS, Paulo. Manual de Direito Constitucional. Salvador, 2008. Disponível em: <http://www.paulomascarenhas.com.br/manual_de_direito_constitucional.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2019.
- O ECO. Começa desocupação das terras dos índios Awá, no Maranhão. Rio de Janeiro, 7 jan. 2014. Disponível em: <<http://www.oeco.org.br/noticias/27908-comeca-desocupacao-das-terras-dos-indios-awa-no-maranhao/>>. Acesso em: 26 fev. 2019.
- _____. Liderança denuncia cerca de 300 indígenas mortos em conflito fundiário no MS. Câmara Notícias, Brasília, 7 out. 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/497749-LIDERANCA-DENUNCIA-CERCA-DE-300-INDIGENAS-MORTOS-EM-CONFLITO-FUNDIARIO-NO-MS.html>>. Acesso em: 26 fev. 2019.
- RIBEIRO, Darcy. A política indigenista brasileira. Rio de Janeiro: Ministério da Agricultura; Serviço de Informação Agrícola, 1962.
- SANTOS, Rodrigo Miotto dos. Pluralismo, multiculturalismo e reconhecimento: uma análise constitucional do direito dos povos indígenas ao reconhecimento. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, v. 3, n. 0, 2005.
- SARMENTO, Daniel. Nota Técnica: a PEC 215/00 e as cláusulas pétreas. Rio de Janeiro, 3 set. 2013. Disponível em: <https://mobilizaconacionalindigena.files.wordpress.com/2014/12/pec-215_nota-tc3a9cnica-mpf.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2019..

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2012, p. 134

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

WEISS, Zezé. Sonia Bone Guajajara. Xapuri Socioambiental, 17 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.xapuri.info/gente/sonia-bone-guajajara>>; Acesso em: 26 fev. 2019.

DIREITOS HUMANOS: O ANSEIO POR LIBERDADE, IGUALDADE E DIGNIDADE SOB A PERSPECTIVA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Rennan Herbert Mustafá

1 INTRODUÇÃO

A defesa dos Direitos Humanos tem como principal marco a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948. Elaborada em um período pós Segunda Guerra mundial, intenta proclamar o reconhecimento de determinados direitos como sendo fundamentais e inerentes a todos os seres humanos, sem discriminações, devendo os Estados protegê-los e garanti-los.

Constata-se que o artigo primeiro da Declaração estabelece que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Entretanto, podemos analisar que algumas pessoas constituem determinados grupos de minorias que possuem maior vulnerabilidade.

Por essa razão, este trabalho tem como justificativa a difusão das discussões acerca da garantia dos Direitos Humanos a grupos de minorias, tratando especificamente das pessoas com deficiência.

O objetivo geral deste estudo é analisar a proteção aos Direitos Fundamentais das pessoas com deficiência, observar e compreender a evolução dos Direitos Humanos no cenário internacional e, por fim, verificar os reflexos da ratificação de tratados e convenções internacionais sobre o tema no ordenamento brasileiro.

Para isso, utilizou-se da pesquisa bibliográfica e documental, sendo este estudo elaborado com base em uma fundamentação teoria, feita por meio de artigos, livros e legislações relacionados com o tema.

2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE OS DIREITOS HUMANOS

Liberdade, igualdade e dignidade são direitos humanos fundamentais proclamados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, sendo, portanto, considerados como “atributos e prerrogativas mínimas inerentes a toda e qualquer pessoa, em decorrência unicamente de sua condição de ser humano” (ZAPATER, 2018, p. 1.167). Para Bobbio (2004, p. 18), trata-se de princípios fundamentais da conduta humana que foram livre e expressamente aceitos pelos Estados, por meio dos respectivos governos, criando, assim, pela primeira vez na história, um sistema universal de valores.

No plano internacional, a fundação da organização das Nações Unidas (ONU) em 1945, foi de suma importância para a elaboração e promoção do regime internacional de proteção aos direitos humanos. Criada pela conjugação de esforços entre Estados, em um período pós Primeira e Segunda Guerra Mundial, tem por finalidade a manutenção da paz e da segurança internacional, assim como a promoção e o progresso econômico e social de todos os povos. Por essa razão, segundo Amaral (2006, p. 60), até a fundação da ONU, em 1945, não se poderia afirmar com segurança sobre a existência, em âmbito público internacional, de uma preocupação “consciente e organizada sobre o tema dos direitos humanos”.

Nesse contexto, “sob o impulso das atrocidades perpetradas durante a Segunda Guerra Mundial” (AMARAL JUNIOR, 2008, p. 440), que, em 10 de dezembro de 1948, em Paris, é assinada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que estabeleceu os direitos políticos, civis, econômicos, sociais e culturais fundamentais da humanidade.

Portanto, observa-se que os Direitos Humanos são resultado de uma construção histórica que surge a partir de um determinado contexto político e de uma demanda advinda de uma luta social por reconhecimento de direitos (ZAPATER, 2018, p. 1.167).

Contudo, apesar da importância histórica e política, a DUDH sofreu diversas críticas por ter sido adotada em forma de resolução pela Assembleia Geral da ONU, de modo que seus dispositivos “não constituem exatamente uma obrigação jurídica para cada um dos Estados [...]” (REZEK, 2015, p. 260). Além disso, complementa Rezeck, (2015, p. 261), a Declaração estabelece apenas normas substantivas, não constituindo qualquer órgão internacional com competência para garantir a eficácia de seus princípios, nem possibilita ao ser humano, enquanto objeto de proteção, vias concretas de ação e proteção de seus direitos em caso de violação pelo Estado.

Por esses motivos, deliberou-se pela positivação das normas enunciadas na Declaração por meio de um tratado internacional, sob a forma escrita e com força jurídica vinculante, dispondo de normas substantivas e instrumentais para efetivação desses direitos.

Porém, em razão da Guerra Fria, o cenário político e a ordem mundial se dividiram em Estados capitalistas e socialistas, o que prejudicou a elaboração do tratado internacional. Os países alinhados ao capitalismo defendiam que somente os direitos civis e políticos (direitos de primeira geração) teriam aplicação imediata e poderiam ser exigidos judicialmente, enquanto que os países socialistas defendiam a defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais (direitos de segunda geração) (ZAPATER, 2018, p. 1172).

Apesar da previsão da criação de um pacto único, prevaleceu o entendimento pela criação de dois documentos. Assim, em 1966 foram firmados o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos dispondo sobre direitos fundamentais e mecanismos de controle. Formando-se, juntamente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Carta Internacional de Direitos Humanos (Internacional Bill of Rights).

O sistema jurídico internacional pode ser subdividido em sistema geral e sistema especial. O primeiro corresponde à Carta Internacional de Direitos Humanos, que “consideram o homem como um ser abstrato que merece por isso tratamento igual, incompatível com quaisquer discriminações” (AMARAL JUNIOR, 2008, p. 448). Por outro lado, o sistema especial diz respeito aos pactos de Direitos Humanos celebrados em reconhecimento a sujeitos de Direitos específicos, “pertencentes a mi-

norias políticas ou expostas a determinadas situações de vulnerabilidade” (ZAPATER, 2018, p. 1172).

Segundo Amaral Júnior (2008, p. 448), as convenções especiais “focalizam as especificidades e diferenças entre os seres humanos, fatores que justificam o tratamento particularizado sob pena de se cometer injustiça”, por conseguinte, o Estado define formas de discriminação para identificar aqueles sujeitos que necessitem ser observados de modo peculiar. Conforme Bobbio (2004, p. 34), “na atribuição dos direitos sociais, não se podem deixar de levar em conta as diferenças específicas, que são relevantes para distinguir um indivíduo do outro [...] já que certas condições pessoais ou sociais são relevantes na atribuição desses direitos”.

Nesse cenário, cumpre fazer uma análise mais específica sobre o tratamento jurídico internacional dado as pessoas com deficiência com o fim de proporcionar a essas pessoas uma condição de liberdade, igualdade e dignidade, bem como verificar os reflexos no ordenamento brasileiro.

2.1 Os valores da liberdade, igualdade e dignidade

O artigo primeiro da Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Segundo Bobbio (2004, p. 18), “os seres humanos não nascem nem livres nem iguais, são livres e iguais em relação a um nascimento ou natureza ideais [...] A liberdade e a igualdade dos homens não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir; não são uma existência, mas um valor; não são um ser; mas um dever ser”.

Para o autor, a expressão não deve ser compreendida de forma literal, mas deve ser interpretada de forma a considerar que ao estabelecer que os seres humanos nascem livres e iguais, a Declaração pretende afirmar que todos os seres humanos devem ser tratados como se fossem livres e iguais. De modo que o artigo não descreve um fato, mas um dever a ser alcançado.

Na visão de Hannah Arendt (1951, apud LAFER, 1988, p. 150), os seres humanos só se tornam iguais ao se integrarem como membros de uma coletividade em virtude de uma decisão conjunta que garante a todos direitos iguais. Assim como Bobbio, a autora considera que a igualdade não é um dado, nem resulta de um absoluto transcendente externo à co-

munidade política, mas é construída, elaborada convencionalmente pela ação conjunta dos homens por meio da organização política.

Importa destacar que para Bobbio (2000, p. 448), os conceitos de liberdade e igualdade também devem ser analisados com maior cautela, pois os conceitos e a validade jurídica das expressões contidas no artigo primeiro da DUDH e das declarações dos direitos dos Estados constitucionais modernos não são os mesmo em relação às teorias jusnaturalistas.

O conceito tradicional de liberdade diz respeito àquele relacionado à faculdade de se fazer ou não fazer determinadas coisas que não sejam impedidas pelo ordenamento jurídico. Entendia-se como liberdade negativa ou de não-impedimento, pois a conduta do agente é indiferente para o Estado, isto é, não são reguladas por normas.

A ampliação desse conceito ocorreu com a passagem da teoria da liberdade como não-impedimento para a teoria da liberdade como autonomia ou liberdade política. Entende-se que nesse momento, a liberdade começou a ser compreendida não apenas como o não impedimento de determinadas condutas, mas como a liberdade de dar leis a si próprios (BOBBIO, 2000, p. 489). Citando o pensamento de Rousseau em *The social contract* (1762 apud BOBBIO, 2000, p. 489), Bobbio descreve que essa teoria está relacionada ao pensamento de que a liberdade é “a obediência à lei que prescrevemos a nós mesmos”.

Outro conceito de liberdade está relacionado à concepção positiva de liberdade, ou seja, a liberdade não deriva apenas de uma faculdade negativa, mas também em termos de poder positivo, o que, segundo Bobbio (2000, p. 490), é “o poder efetivo de traduzir em comportamentos concretos os comportamentos abstratos previstos pelas normas constitucionais que atribuem este ou aquele direito e, portanto, deve possuir ele próprio, ou como quota parte de uma propriedade coletiva, bens suficientes para uma vida digna”.

Observa-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos abrange os três conceitos de liberdade: a liberdade negativa, nos artigos 7 a 20, que tratam dos direitos pessoais e dos tradicionais direitos de liberdade; a liberdade política, no artigo 21; e a liberdade positiva nos artigos 22 a 27, que se referem aos direitos de segunda geração, isto é, os direitos econômicos, sociais e culturais.

Do mesmo modo, deve-se compreender o conceito de igualdade de forma ampla, não restrita ao conceito tradicional do princípio de igualdade, que estabelece pura e simplesmente que todos que pertençam à mesma categoria devem ser tratados do mesmo modo. A igualdade estabelecida na Declaração Universal consiste em determinar que todos são iguais em relação aos direitos fundamentais e a dignidade, ou seja, em relação a esses direitos não há nenhum tipo de categorização. Esse é o resultado de um processo de eliminação de discriminações, não devendo o sujeito sofrer nenhum tipo de discriminação, seja racial, de sexo, de religião, de opinião política ou qualquer outra condição.

Entretanto, vislumbra-se que o princípio da igualdade consiste em uma ideia de justiça formal, ao estabelecer pura e simplesmente que devem ser tratados do mesmo modo todos aqueles que pertencem à mesma categoria (BOBBIO, p.491). Para que se tenha uma justiça material ou de fato, são adotados critérios ou princípios de justiça, que utilizam de critérios que levam em consideração diferenças específicas e relevantes na identificação de sujeitos que necessitam de uma proteção especial. Tais critérios podem levar em consideração o mérito, a necessidade e a condição do sujeito, dentre outros critérios passíveis de serem adotados. É o que ocorre, por exemplo, com as pessoas com deficiência, em relação as quais recai este estudo.

É notório que as pessoas com deficiência sofrem com determinadas limitações físicas e/ou mentais, o que as restringe, em maior ou menor grau, na atuação na vida em sociedade, além de exigir maior atenção do Estado em relação às suas necessidades especiais. Nesse contexto, poderia o ordenamento jurídico brasileiro considerar toda a pessoa com deficiência como absolutamente incapaz?

Por esses motivos que em 2006 foi aprovada a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, com a finalidade de proporcionar a essas pessoas, o direito à liberdade e à igualdade, de modo a reconhece-las como sujeitos de Direito, assim como garantir a plena convivência e exercícios de seus direitos.

Para Zapater (2018, p. 1.177), a convenção representa uma transformação no paradigma de reconhecimento da pessoa com deficiência, pois, em épocas anteriores, “as pessoas com deficiência já foram objeto de intolerância, invisibilidade, e, mesmo assistencialismo de-

corrente de se entender a deficiência como uma enfermidade a ser curada”.

O reconhecimento desses direitos tem como valor-base a dignidade humana, pois não podemos conceber uma definição de dignidade sem correlacionar a ela o âmbito de liberdade e igualdade. Observa-se, portanto, uma interdependência entre os direitos de liberdade e igualdade. Para Bobbio (2000, p. 492):

[...] o momento da liberdade positiva, ou liberdade como poder, corresponde, o momento da igualdade social, dita de outra forma, a igualdade de ocasiões ou de oportunidades: exigir a igualdade de oportunidades significa exatamente exigir que a todos os cidadãos seja atribuída não apenas a liberdade negativa ou política, mas também a liberdade positiva, que se concretiza com o reconhecimento sociais.

Assim sendo, no âmbito internacional, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo representou uma significativa mudança em relação ao tratamento jurídico concedido às pessoas com deficiência, a fim de proporcionar maior proteção e garantia aos direitos fundamentais.

3 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No sistema jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988 é considerada um marco para os direitos sociais, na medida em que trouxe diversos dispositivos para a proteção das pessoas com deficiência, inaugurando uma visão mais preocupada com a inclusão social (LORAIA, 2009, p. 109).

Nesse sentido, observa-se que diversas matérias atinentes à pessoa com deficiência são tratadas de maneira expressa pelo Texto Constitucional, conforme os seguintes dispositivos, *in verbis*:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXXI – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

VIII – a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

(...)

IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

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, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...)

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e

a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

Art. 244. A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2º.

Dentro do contexto acima abordado, no ano de 2008, o Brasil ratificou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, tendo essa convenção sido incorporada ao ordenamento jurídico com força de emenda constitucional, pois foi aprovada, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, conforme o § 3º, do artigo 5º da Constituição da República.

Vale destacar que a referida Convenção possui cinquenta artigos que asseguram à pessoa com deficiência direitos e liberdades fundamentais, dentre eles: direitos econômicos, sociais e culturais (art. 4, 2), à igualdade e não discriminação (art. 5), à acessibilidade (art. 9), à vida (art. 10), à igualdade (art. 12), de acesso à justiça (art. 13), à liberdade e segurança (arts. 14 e 18), à vida e inclusão na comunidade (art. 19), à liberdade de expressão e de opinião e acesso à informação (art. 21), à privacidade (art. 22), à educação (art. 24), à saúde (art. 25), ao trabalho e emprego (art. 27), à participação na vida política (art. 29), à cultura, recreação, lazer e esporte (art. 30).

Nesse panorama, em julho de 2015, foi sancionada a Lei n. 13.146/2015, denominada Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), “destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania” (artigo 1º) e tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo no 186, de 9 de julho de 2008, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto no 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno (parágrafo único, do artigo 1º).

A referida Lei conceitua pessoa com deficiência como aquela que possui “impedimento de longo prazo de natureza físicas, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas” (artigo 2º).

Em seu capítulo II, o Estatuto da Pessoa com Deficiência trata da igualdade e da não discriminação, dispondo que “toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação” (artigo 4º). Ainda, descreve o que se considera discriminação em razão da deficiência, como toda forma de distinção, restrição ou exclusão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas (§ 1º).

Importante ressaltar que o Estatuto em referência reproduziu direitos fundamentais garantidos pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assegurando o direito: à vida (art. 10 ao art. 13), à habilitação e à reabilitação (art. 14 ao art. 17), à saúde (art. 18 ao art. 26), à educação (art. 27 ao art. 30), à moradia (art. 31 ao art. 33), ao trabalho (art. 34 ao art. 35), à habilitação profissional e reabilitação profissional (art. 36), à assistência social (art. 39 ao art. 40), à previdência social (art. 41 ao art. 45), ao transporte e à mobilidade (art. 46 ao art. 52), à acessibilidade (art. 53 ao art. 62), à informação e à comunicação (art. 63 ao art. 73), à tecnologia assistiva (art. 74 ao art. 75), à participação na vida pública e política (art. 76), à ciência e tecnologia (art. 77 ao art. 78).

Cumprе mencionar que também é tratado acerca do direito ao acesso à justiça, sendo que a pessoa com deficiência “tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas” (art. 84).

Desse modo, referido Estatuto tem o claro objetivo de garantir a dignidade da pessoa com deficiência ao longo de toda a vida, para que, em condições de igualdade, possa exercer os direitos e liberdades fundamentais, visando à sua inclusão social e cidadania. Assim, analisada a pessoa com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro, interessa doravante apontar, ainda que brevemente, as principais inovações trazidas pelo Esta-

tuto da Pessoa com Deficiência, especialmente no campo das capacidades no Direito Civil.

3.1 Inovações conferidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência

O Estatuto da Pessoa com Deficiência procedeu a alterações no regramento da capacidade, pondo fim à incapacidade absoluta decorrente de enfermidade ou doença mental, que impossibilite o necessário discernimento para a prática de determinados atos na esfera civil, e as causas transitórias ou permanentes que obstaculizem a expressão da vontade, assim revogando os incisos II e III, do artigo 3º do Código Civil.

Em relação às incapacidades relativas, revogou-se a incapacidade por deficiência mental, que ocasione redução do discernimento, e a incapacidade relativa dos excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, incisos II e III, do artigo 4º do Código Civil. As referidas revogações das incapacidades absolutas e relativas produzem efeitos na seara do Direito de Família, assim como no âmbito negocial, proporcionando a essas pessoas maior poder de agir no âmbito da esfera civil, concedendo, a elas capacidade de fato.

Além das mudanças mencionadas acima, a incorporação do Estatuto também produziu mudanças no âmbito do Direito Eleitoral, no Código de Trânsito Brasileiro, no Código de Defesa do Consumidor e na Consolidação das Leis do Trabalho.

Desse modo, constata-se que as alterações decorrentes da Lei n. 13.146/15, representaram relevantes mudanças no que concerne à dignidade da pessoa com deficiência, concedendo maior igualdade e liberdade ao indivíduo no sentido de atribuir capacidade de fato no exercício de seus atos na vida civil.

CONCLUSÃO

O presente estudo objetivou observar e compreender a evolução dos Direitos Humanos de liberdade e igualdade no cenário internacional. De maneira mais específica, em relação às pessoas com deficiência, que integram um grupo de minorias e que merecem atenção especial. Também,

buscou-se analisar os reflexos que as adoções da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência produziram no ordenamento jurídico brasileiro. Em especial, quanto à capacidade de fato no âmbito da esfera civil.

Verificou-se que a evolução dos Direitos Humanos ocorre por fatores históricos, influenciados pela política e pela demanda social. Os horrores cometidos na primeira e na segunda guerra mundial foram os principais motivadores de se buscar a criação e harmonização de um ordenamento jurídico internacional, que tivesse como objetivo a proteção de direitos considerados como inerentes a todos os seres humanos, sem qualquer tipo de discriminação.

Posteriormente, vislumbra-se que o cenário internacional também se preocupou em garantir uma justiça material na aplicação desses direitos, considerando que há grupos de pessoas que necessitam de proteção especial por serem mais vulneráveis. Sem esse reconhecimento ou discriminação de certos grupos, não seria possível a concretização plena dos direitos de liberdade e igualdade, direitos que estão interligados, e que podemos observar uma correlação com o direito de dignidade.

Em relação às pessoas com deficiência, a Convenção Internacional se mostrou de grande importância na efetivação desses direitos. A ratificação da convenção pelo Brasil produziu mudanças significativas e positivas no ordenamento jurídico interno. Constatou-se que o ordenamento jurídico brasileiro continha normas que não estavam em concordância com os tratados e convenções internacionais.

Por esses motivos, conclui-se que a busca pela proteção e a garantia de direitos humanos deve ser um objetivo constante de todos os Estados, e a adequação dos ordenamentos jurídicos internos deve respeitar as diretrizes internacionalmente estabelecidas. Por essa razão, recomenda-se, para estudos futuros, a análise da proteção dos Direitos Humanos de outras categorias de pessoas que constituam grupos de minorias e representem vulnerabilidade.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Introdução ao direito internacional público. São Paulo: Atlas, 2008.

AMARAL, Renata Campetti. O direito internacional: público e privado. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

ARENDT, Hannah. The origins of totalitarianism. 1951 apud LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução: Carlos Nelson Coutinho; apresentação: Celso Lafer. 7^a ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. Teoria geral da política. A filosofia política e as lições dos clássicos. Organização: Michelangelo Bovero. 7^a ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. Disponível em em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf> Acesso em: 14 jan 2019.

_____. Lei Brasileira da Inclusão de Pessoa com Deficiência. Lei n^o 13.146, de 06 de julho de 2015. Brasília: Planalto, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm> Acesso em: 14 jan 2019.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LARAIA, Maria Ivone Fortunato. **A Pessoa com deficiência e o direito ao trabalho**. Dissertação de Mestrado. São Paulo 2009, p. 109. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo- PUC-SP. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/8878/1/Maria%20Ivone%20Fortunato%20Laraia.pdf>> Acesso em: 14 jan 2019.

NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>> Acesso em: 10 jan 2019.

_____ Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência. 2006.
Disponível em: <[https://www.un.org/development/desa/disabilities/
convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html](https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html)> Aces-
so em: 10 jan 2019

REZEK, José Francisco. Direito internacional público: curso elementar.
15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. The social contract. 1762 apud BOBBIO,
Norberto. A era dos direitos. Tradução: Carlos Nelson Coutinho;
apresentação: Celso Lafer. 7^a ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

ZAPATER, Máira. Direitos Humanos. In LENZA, Pedro. et al. OAB
primeira fase: volume único. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 1165-
1200.

DES(COLONIZAÇÃO) DOS DIREITOS HUMANOS E SUA INFLUÊNCIA NOS POVOS INDÍGENAS

Talita Amaral Oliveira

Os Direitos humanos nem sempre estiveram presentes no passado e se encontram cerceados quase sempre nos dias atuais, alvo muitas vezes de um discurso demagógico não consegue alvejar todas as pessoas de diferentes modos de vida na America Latina. Discutir e repensar a descolonização dos direitos humanos requer cuidado, é preciso ter ciência que existe um jogo de poderes e para que todas as pessoas em diferentes culturas disponham de direitos é inescusável entender que o Capital é um bloqueio na efetivação dos mesmos. É preciso ir mais além, atinar pela história que a declaração dos Direitos humanos foi criada sem observar a injustiça histórica e sem considerar as diferenças do mundo.

Período histórico

Erroneamente muitas vezes é fundido entre as pessoas que o descobrimento do Brasil foi pelos Portugueses, mas acreditar nesta afirmação é cair em uma falácia, muito antes da chegada dos ávidos exploradores viviam aqui muitos povos indígenas que perpetuavam os recursos naturais no vasto território, portanto insistir neste erro é também negligenciar a verdadeira história dos povos que aqui habitavam. A colonização foi sinônima de exploração, dominação e extermínio que durou por muito tempo e deixou muitas seqüelas. A resistência em compreender a diversi-

dade cultural quando se trata dos indígenas é muito forte, há uma negação exacerbada da pluralidade desses povos. Ao decorrer da história alguns direitos foram conquistados por eles, mas ainda existe uma insuficiência enorme como, por exemplo, quando se trata de suas terras, direito que encontra muito ataque no Brasil.

O período que não houve reconhecimento constitucional foi marcado por muito preconceito e quanto ao plano jurídico não houve nenhum reconhecimento pelas diferenças culturais, pelos índios e seus costumes. Os dias atuais também são conhecidos por seu preconceito quando se trata dos índios e o exercício do direito encontra uma limitação que dificulta a busca pela cidadania indígena. O direito ancestral é ignorado e desrespeitado frente ao sistema econômico que busca a todo tempo eliminá-lo para então se apropriar do local onde vivem e usufruir das condições naturais de suas terras, tudo em troca de mais dinheiro. É possível observar em nosso país o peso do preconceito e da ganância a todo instante, um passado obscuro de exploração, dominação e um momento atual preconceituoso que vê o direito altamente suficiente a todas as particularidades e desafios da diversidade cultural e costumes dos índios. Aqui reside um equívoco, de acreditar que o direito foi criado e colocado a disposição observando todas as circunstâncias, pois não foi, principalmente quando se trata de direitos humanos, este é construído de um prisma do branco-ocidental, o eurocentrismo formou um direito prático que não levou em consideração lugares com culturas distintas, portanto há uma exclusão de determinados povos e outras vezes uma aplicação ineficiente e inacabada da dos direitos humanos, como será visto mais adiante.

Locke e a expropriação das propriedades indígenas

O raciocínio de Locke foi um grande impulsionador para violações de direitos humanos e cristalização das maldades que já se manifestavam entre o burguês moderno colonial. Ao observar que as terras onde os índios viviam eram vastas e como um conhecido disseminador de idéias ligadas a propriedade, ele precisava explicar a expropriação dos povos indígenas, que eram os verdadeiros donos daquelas terras. E assim ele propaga que Deus somente permitiu exercer o direito de propriedade a quem fosse fazer uso racional e tivesse capacidade e ação, não permitindo que a mes-

ma fique inculta, mas os europeus não possuíam intenção racional e nem mesmo produtiva sobre as terras, assim Locke pensa novamente em como legitimar outra atitude ignóbil, a acumulação de terras. A concentração de terras era possível uma vez que Locke argumentava que era um direito exclusivo aos homens que eram coniventes com a utilização do dinheiro, ou seja, ao se distanciar da idéia irracional e de desperdício do uso inadequado das terras, se trocava os frutos da mesma por dinheiro e assim estaria contribuindo generosamente com todos os homens.

Direito Indigenistas e a contribuição do antropólogo.

O direito indigenista foi criado pelo Estado para ajudar nas relações sociais entre os índios, com intuito de vir para melhorar nesta relação. É importante destacar que este direito não pode ser simplificado em somente um direito, deve-se compreender como de fato é, ou seja, uma diversidade étnica, portanto é muito mais amplo do que imaginemos. Mas por que se diz isto? Ora, estamos diante de uma grande e variada realidade cultural quanto se trata dos índios, não existe uma singularidade de seus costumes e suas praticas culturais e sim diversas tribos indígenas e costumes. Segundo De Lucas (1998, página 22), “[...] mais que um conceito normativo, é um fato social. Isto é, a presença em uma mesma sociedade de grupos com diferentes códigos culturais (identidades culturais próprias) como consequencia de diferenças étnicas, linguísticas, religiosas ou nacionais”.

Como se sabe a diversidade cultural não é um assunto puro e estático, é preciso tentar compreender de forma dinâmica os diferentes modos de existência cultural quando se trata dos indígenas, para então inserir os direitos humanos de forma coerente, direitos esses que devem quebrar paradigmas e ir além de sua realidade **homogeneizadora**, mas para isso é necessário uma intercomunicação do direito com a antropologia, uma vez que o direito não se vale de experiências empíricas. Vivencias que são determinantes para a correta aplicação do direito quando se tem uma ampla diversidade étnica e uma imensidade de costumes e tribos indígenas. Contudo, esta tarefa não é somente da antropologia e também do direito, partindo do pressuposto que não há um monismo jurídico e sim um pluralismo jurídico. É preciso levar em consideração as circunstâncias socio-culturais para pensar no mundo jurídico que de fato seja justo e coerente.

O Brasil possui artigos constitucionais que são explícitos no sentido de que somos um país com diversidade cultural, a partir dessa afirmação é possível constatar que há um valor constitucional quanto às variadas etnias existentes aqui. A lei maior é incisiva a garantir a cidadania indígena, considerando todo lapso temporal de sofrimento e exploração, a justiça se fez presente e muito visível quando se lê os artigos 215, 216, 231 e 232 de nossa Carta Magna, contudo a efetividade desses dispositivos é precária, seja pelo sistema econômico capitalista ou o preconceito demasiado que não enxerga a riqueza desses povos, entre outros pensamentos reducionistas, de qualquer forma o reconhecimento indígena não é uma realidade.

Outra norma que prevalece no Brasil de cunho internacional é a Convenção da Organização do trabalho 169 onde existem muitos direitos, por exemplo, é direito dos índios escolherem seu modelo de desenvolvimento, suas participações com o Estado, também discorre sobre o autoconhecimento do indígena sobre ele mesmo e entre muitos outros direitos. Aqui residem à mesma realidade dos dispositivos constitucionais, a distância da letra da lei e a falta de sua efetivação, pois há fragmentos de colonialidade quanto se trata de efetivar os direitos.

Neste sentido (COIAB, 2008 pg. 8)

“Mas cabe a nós, povos e organizações indígenas seguir lutando pelo efetivo reconhecimento dos nossos direitos, respaldados por esta Declaração e outros instrumentos internacionais como a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Foi fundamental termos reconhecidos enquanto povos no âmbito internacional. Temos de exigir o respeito pleno a esse direito, vinculado à livre determinação, situada num território, conforme as nossas formas próprias de organização, sistema jurídico próprio e modo de vida peculiar. A Declaração reconhece todos esses e outros direitos. Cabe ao Estado respeitá-los, criar condições para sua efetivação. ”

Universalidade dos direitos humanos e as particularidades dos povos indígenas.

Além da ausência de efetividade das normas, também existe a necessária descolonização dos direitos humanos, direitos estes que são conhe-

cidos como universais e foram elaborados em 1948, a partir dessa concepção alguns questionamentos rapidamente se fazem importantes, como, por exemplo, o porquê dos países colônias não serem citados? E os povos indígenas que habitavam os Estados Unidos? É possível perceber que essa declaração dos direitos humanos de caráter universal não se atentou as diferentes formas de vida e cultura na América Latina e em outros lugares do mundo, partindo de uma definição do branco-ocidental e uma imposição eurocêntrica que causou insuficiências quando o assunto é direitos humanos.

De acordo com (SOUZA FILHO, 2003, p. 83-84):

“cada povo constrói seus próprios direitos humanos, segundo seus usos, costumes e tradições, quer dizer não existem direitos humanos universais, mas existe um Direito universal de cada povo elaborar seus direitos humanos com única limitação de não violar os direitos humanos de outros povos.”

A declaração de direitos humanos não leva em consideração as diferenças de cada homem, e por isso ela faz uma grande exclusão, não alcança a realidade cultural existente pelo mundo. É imprescindível recordar da época da Revolução Francesa cujos princípios eram de igualdade, liberdade e fraternidade, onde esses ideais não eram voltados para todas as pessoas, por exemplo, as mulheres que não tinham a chance de alcançar nenhum desses princípios e os homens que não auferiam determinado dinheiro ao ano não gozavam desses direitos, a escravidão também era uma realidade neste período. Como é possível visualizar, a universalidade dos direitos não dialoga muito bem com as especificações e a variedade de culturas e costumes de cada povo indígena, isso acontece devido os direitos humanos serem uma criação do branco ocidental como já falado acima.

O sistema econômico capitalista e essa universalidade dos direitos são grandes vilões que ampliam as diversas violências contra os índios, neste sentido (SOUSA SANTOS, 2003, p. 60):

“A adoção de modelos políticos e jurídicos eurocêtricos, supostamente de validade universal, como a ordem econômica neoliberal, a democracia representativa ou o primado do direito de raiz liberal,

é muitas vezes, como mostram os diferentes estudos de caso, baseada em formas de dominação fundadas em diferenças de classe, étnicas, territoriais, raciais ou de sexo, e na negação de identidades e direitos coletivos, considerados incompatíveis com as definições eurocêntricas de uma ordem social moderna. “

A concepção de Aristóteles quanto aos homens de determinadas culturas parece ser também a forma como se vê os índios tanto na época da colonização quanto nos dias atuais. Para Aristóteles o homem de culturas diferenciadas era comparado a uma criança, e não pelo fato de sua ingenuidade e sim por não existir racionalidade, por isso muita pessoas não se encaixavam como cidadão para Aristóteles, acreditava-se que existia inferioridade intelectual. Os índios são encarados desta forma, não se procura compreender suas particularidades e as diversas diferenças de um povo para o outro, o que se aplica é um direito prático elaborado de uma perspectiva de vida totalmente diferente que desconhece a riqueza e se apóia em uma superioridade colonial, impulsionado pelo modelo neoliberal.

Para haver um diálogo entre os direitos humanos e os direitos indígenas é necessário existir uma descolonização dos direitos humanos, pois a declaração desses direitos está entrelaçada com práticas de colonização, portanto deve se partir de um direito de que considera a pluralidade. A dificuldade é tanta que até mesmo a Organização do Internacional do trabalho que é explícita em seu texto legal quanto ao reconhecimento do direito consuetudinário, diz que as leis indígenas não devem e não podem em contrário com os direitos humanos e nem a ordem que vier da sua Nação.

O papel da Organização das Nações Unidas quando o assunto é os direitos humanos pode ser não tão óbvio quanto pareça, pois muitas vezes ela cumpriu com seu papel, mas essa não é a realidade, é de conhecimento notório que grandes violações aos direitos humanos aconteceram e pouco se foi feito ou não quase nada. Ora, a ONU tem sua importância e foi protagonista de muitas conquistas, mas infelizmente os seus financiadores estão fundidos com disputas políticas e também existe um grande interesse econômico por trás de toda essa estrutura, e é por esse motivo que ela não se torna o melhor instrumento para se fazer valer justiça, pois afinal, ela é condizente a interesses neocoloniais. É neste sentido que para

o grande dilema, a descolonização dos direitos humanos é imprescindível para efetividade do direito indigenista, e também para considerar a realidade de nosso país, onde há uma imensa e rica cultura de povos indígenas e cada um carrega suas particularidades, características essas difíceis de esgotar o conhecimento e saber abordar todos os costumes, mas é necessário que ao menos se tenha a consciência que existe essa realidade e ela deve ser respeitada e levada em consideração. O direito tem que acompanhar a realidade e isso significa dizer que para sua devida e correta aplicação é importante compreender as especificidades dos indivíduos e o ambiente no qual se ensejam, não tratar a partir de uma concepção eurocêntrica. Diante deste fato é importante relembrar uma passagem do ilustríssimo Karl Marx que se faz pertinente:

Marx (2010, p. 49): O homem não existe em razão da lei, mas a lei existe em razão do homem, é a existência humana, enquanto nas outras formas de estado o homem é a existência legal. Tal é a diferença fundamental da democracia.

A lei deve servir ao homem e ao seu modo de vida e não o homem a disposição das normas, é ela quem deve observar as circunstâncias que o rodeia. A lei não deve aprisionar idéias retrógradas e sim levar em consideração o que o homem precisa, observando o contexto social e a história, respeitando suas especificidades, para então regular relações e ter efetividade.

Durante muitos anos os índios eram invisíveis e desconsiderados pela humanidade, relacionado a animais e selvagens, vítimas de genocídios, desdenhado pelo mundo social e jurídico atulhado de ignorância. Este período sombrio muitas vezes é encarado como uma tragédia que ficou no passado, entretanto essas formas de violência e reducionismo exacerbado ganharam novas caras, assim digamos, possuem agora feição normativa e por isso se ergueram em instituições jurídicas e políticas. Inclusive, na declaração dos direitos humanos.

Para compreender e garantir que os direitos humanos cheguem a todos e principalmente aos povos indígenas no Brasil, é indispensável entender que o sujeito de direito deve ser analisado levando em consideração a história e sua realidade social, quando se ignora pontos tão cruciais como esses, se cai em uma generalização que não leva em conta as circunstâncias ao seu redor, consequentemente tornando os direitos humanos meros instrumentos de adorno. E neste sentido (BOBBIO, 2004, p. 32):

Se tivessem dito a Locke, campeão dos direitos de liberdade, que todos os cidadãos deveriam participar do poder político e, pior ainda, obter um trabalho remunerado, ele teria respondido que isso não passava de loucura. E, não obstante, Locke tinha examinado a fundo a natureza humana; mas a natureza humana que ele examinara era a do burguês ou do comerciante do século XVIII, e não lera nela, porque não podia lê-lo daquele ângulo, as exigências e demandas de quem tinha uma outra natureza ou, mais precisamente, não tinha nenhuma natureza humana (já que a natureza humana se identificava coma a dos pertencentes a uma classe determinada).

A necessidade de um diálogo intercultural.

O Sul precisa dialogar, pois houve e ainda existe uma desproporção de poder do Norte sobre o Sul, e por isso os países pós- coloniais ou talvez nem tão pós assim precisem refletir sobre essa imposição de poder que deixou seqüelas e ainda possui influencia no Sul. Há uma submissão epistêmica que atrapalha a edificação de discussões que busque lidimar o que é realmente necessário para nós ex- colônias e que também dificulta a consideração e valorização por nossas diferenças e bagagens culturais, temos como resultado uma reprodução de conhecimento empobrecida e sem eficiência diante de nosso processo de formação cultural, político e econômico, ou seja, somos sujeitos que detém conhecimentos presos aos padrões do eurocentrismo. Essa é a realidade em suas mais diferentes formas, os direitos humanos é um exemplo.

O Sul sempre foi para a Europa sua periferia, é preciso ter ciência do peso do eurocentrismo, saber que é uma fonte de conhecimento hegemônico e por isso a modernidade ignorou o reconhecimento das narrativas filosóficas dos países colonizados. O projeto de modernidade anda de mãos dadas com o capitalismo, colonialismo e o eurocentrismo, é preciso romper com esses sistemas de persuasão que foi imposto e reconhecer nossa diversidade cultural, por isso se faz necessário uma desobediência epistêmica para descolonizar o conhecimento e conseqüentemente os direitos humanos. Falar dos direitos humanos é refletir criticamente sobre colonização e poder, por mais descomplicado e romantizado que a declaração de 1948 pareça, por trás há marcas de um poder assimétrico

e desenfreado que buscou mitigar todas as raízes do Sul. Os reflexos da colonização talvez não pareçam tão evidentes, mas, caminham entre nossa sociedade e influenciam o modo de viver, pois estão institucionalizados no meio social, político e jurídico, portanto é sim importante e fundamental o reconhecimento da nossa cultura, direito ancestral e dizimação dos índios.

De acordo com Grosfoguel:

Deste modo, hodiernamente, observa-se a perpetuação da exploração de povos não-ocidentais e da colonialidade em outras formas, com as novas identidades e formas de dominação, com o desenvolvimento do Estado liberal e burguês, com as leis e as instituições da modernidade (Estado-nações, cidadania e democracia) (GROSFOGUEL, 2010, p. 466)

Quanto a colonialidade que está presente entre nossa sociedade das mais diversas formas como falado acima, uma passagem interessante de Quijano, 2005, pg. 227:

Colonialidade é a marca das relações de poder entre metrópoles e colônias desde o início da modernidade colonial e significa que estas relações são desiguais e se estabelecem mediante processos de exploração baseados em dois pressupostos. Segundo Quijano (2005, p. 227), a matriz colonial de poder define-se, de um lado, a partir da “codificação das diferenças entre conquistadores e conquistados na idéia de ‘raça’, uma estrutura biológica supostamente diferente que colocou alguns em uma situação natural de inferioridade em relação aos outros”. Esta ideia foi assumida pelos conquistadores como uma premissa básica de suas relações com os nativos americanos. De outro lado, colonialidade define-se pela “constituição de uma nova estrutura de controle do trabalho e dos seus recursos, da escravidão, da servidão, da pequena produção mercantil independente, em conjunto e sobre a base do capital e do mercado mundial” (Quijano, 2005, p. 227).

Enfim, é possível através da leitura do artigo ter um pensamento mais crítico em relação aos direitos humanos, partindo da sua criação e eviden-

ciando fatos que levam o leitor a concluir que sua aplicação tem influencia das potencias ocidentais e por isso se apropriam dos direitos humanos de forma muito estratégica para direciona ao que lhes convém. Diante desses fatos pode-se visualizar que a declaração dos direitos humanos não alcança a diversidade de povos indígenas que vivem em nosso território, a universalidade é incompatível com as diferenças culturais que existe na America Latina, seu caráter de sempre buscar por hegemonia mitiga as raízes de nossos povos indígenas, há resquícios de superioridade dos tempos da colonização. Insta ressaltar, que cada povo indígena brasileiro tem seus costumes, cada um age de modo diferente para situações iguais, portanto pensar na descolonização dos direitos humanos é buscar por um direito que trate da realidade de cada lugar e o contexto em que se insere o individuo, não é conhecer o que é bom para todos partindo do principio do homem do ocidente, pois por trás de cada homem e seu povo existe uma história que também deve ser levada em consideração para se criar um direito, que chegue para todos.

“[...]1500, O homem branco em pindorama chegou Muita riqueza natural foi o que encontrou um clima quente, um belo dia e um povo que vivia em harmonia Ticuna, Caiagangue, Guarani-kwoa, Juruna, Caetes, Xavantes e Tupinambá do Oiapoque ao chuí, no Brasil, testemunhos do maior crime que se viu muito ódio, muita maldade, a coroa mandou pra cá a escória da humanidade Muito sangue, muita matança, esvaindo com toda esperança...”

Direitos Iguais e Justiça. Ponto de equilíbrio.

Referências

- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRAGATO, Frizzo Fernanda. Discursos desumanizantes e violação seletiva de direitos humanos sob a lógica da colonialidade. *Quaestio Iuris*, 2016. Disponível em: <http://emeron.tjro.jus.br/images/DH-JUS/VAGUEZA-E-AMBIGUIDADE-NO-DISCURSO-DO-DIREITO.pdf>.

DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho, Decolonialidade e direitos humanos dos povos indígenas, R. Educ. Públ. Cuiabá, v. 23, n. 53/1, 2013. Disponível em: <http://periodicoscientificos.ufmt.br/ojs/index.php/educacaopublica/article/view/1621/1249>. Acesso 20 mar, 2019.

Empório do Direito. Dialogo intercultural para um mundo pluriversal: um caminho por onde andar. Empório do Direito, 2017. Disponível em : <https://emporiოდodireito.com.br/leitura/dialogo-intercultural-para-um-mundo-pluriversal-um-caminho-por-onde-andar>

Jornal Unicamp. Os direitos humanos e os direitos dos povos indígenas: por um posicionamento público das universidades. Unicamp/br, 2019 . Disponível em: <https://www.unicamp.br/unicamp/ju/artigos/direitos-humanos/os-direitos-humanos-e-os-direitos-dos-povos-indigenas-por-um>. Acesso 21 mar, 2019.

MACIEL, Luciano Moura. Direitos Indígenas e Direitos Humanos: Notas sobre o direito a consulta, participação e consentimento Dos Povos Indígenas, Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET, 2017. Disponível em : <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima17/8-Direitos-Indigenas-E-Direitos-Humanos-Maciel.pdf>. Acesso 17 mar, 2019.

Revista Forum. Descolonização dos direitos humanos. Revista fórum/BR, 2014. Disponível em: <https://www.revistaforum.com.br/digital/142/descolonizacao-dos-direitos-humanos/>. Acesso 20 mar, 2019.

Revista Hendu v6n1. Por um mundo onde caibam muitos mundos: propostas para um debate em torno da descolonização dos direitos humanos. Revista Hendu v6n1, 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/Talita/Downloads/2464-9354-1-PB.pdf>

Quijano, Anibal. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. Biblioteca virtual,2005.Disponível em:<file:///C:/Users/Talita/Downloads/Quijano%20Colonialidade%20do%20poder.pdf>

STRELHOW, Thyeles Moratti Precilio Borcarte. Direito humanos: Reflexão por um processo de descolonização, RIDH, 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/Talita/Downloads/389-1014-1-PB.pdf>. Acesso 15 mar, 2019.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A cidadania e os índios. In: COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO. O índio e a cidadania. São Paulo: Brasiliense, 1983.

VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS E VIOLÊNCIA CONTRA A POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA NO BRASIL

Tomaz Duarte Moreira

Introdução

A Declaração Universal dos Direitos Humanos traz direitos fundamentais inerentes a todos, sem nenhum tipo de distinção. Estes mesmos princípios balizaram a elaboração da Constituição da República do Brasil, de 1988, que garante diversos direitos aos brasileiros. Contudo, é notório que em nosso país há uma enorme diferença entre a previsão legal dos direitos e sua efetivação, especialmente para determinados grupos populacionais.

Tal situação é demonstrada, por exemplo, pelo alto número de violações de direitos humanos registradas pela Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos, totalizando 142.665 denúncias de violações de direitos humanos apenas em 2017 (BRASIL, 2018b).

Além disso, o Brasil enfrenta uma grave crise de violência, possuindo uma taxa de homicídios de 30,3 por 100 mil habitantes em 2016, segundo o Atlas da Violência 2018. Mesmo com a taxa de homicídios já sendo alta, a violência atinge ainda mais determinados grupos populacionais, como a população negra, cuja taxa de homicídios foi de 40,2 por 100 mil habitantes em 2016, mais do que o dobro da taxa da população não negra, de 16,0 a cada 100 mil.

Tendo em vista este cenário, o presente trabalho analisa as violências e violações de direitos sofridas pela a população em situação de rua – PSR¹¹⁴, problema sobre o qual há poucos estudos publicados, mesmo este sendo um dos grupos foco da atuação dos órgãos de direitos humanos no país.

Nesse sentido, foram levantados os dados sobre homicídios desta população, calculando-se uma taxa de homicídio comparável com a da população em geral, e foram analisados os dados de denúncias de violações dos direitos da população em situação de rua. O objetivo desta análise é dar destaque a este grave problema e levantar propostas para o seu enfrentamento.

Metodologia

O presente trabalho traz pesquisas bibliográficas, documentais e de campo, visando comparar os direitos das pessoas em situação de rua previstos legalmente com a realidade da PSR, verificando se estes direitos estão sendo respeitados na prática.

Para tal, foi solicitado ao Centro Nacional de Defesa de Direitos Humanos da População em Situação de Rua e Catadores de Materiais Recicláveis (CNDDH) dados sobre homicídios e sobre violações de direitos humanos das pessoas em situação de rua em 2017, que não se encontram publicados. Além disso, foram analisados exemplos de casos de destaque na mídia que retratam violações de direitos das pessoas em situação de rua.

Também foi realizada uma entrevista com a então coordenadora do CNDDH, Cecília Ribeiro, para saber sobre como são encaminhadas e tratadas as denúncias recebidas e se as políticas e instrumentos atuais são efetivas em responsabilizar os denunciados e combater novas violações. A entrevista foi realizada de forma estruturada, com um roteiro pré-estabelecido com as perguntas.

Por fim, foi utilizada no estudo a observação participante, que se deu por meio da minha atuação como coordenador da Política Estadual para a População em Situação de Rua na Secretaria de Estado de Direitos Humanos, Participação Social e Cidadania de Minas Gerais – SEDPAC, entre maio de 2015 e fevereiro de 2019. Dessa forma, atuei diretamente com

114 A abreviação PSR será utilizada ao longo do trabalho como substituição a população em situação de rua, para evitar repetições e facilitar a leitura.

denúncias recebidas pela SEDPAC, o que contribuiu significativamente para a realização da análise dos dados e para a identificação de gargalos e dificuldades encontradas após o recebimento das denúncias.

Direitos Humanos

Gomes (2016) afirma que o pilar sobre o qual se ergue a noção de direitos humanos é o princípio da dignidade da pessoa humana, segundo o qual todas as pessoas são dotadas da mesma dignidade, independente de qualquer fator externo, como lugar social de nascimento, de forma que não há sentido haver diferenças de deveres e direitos.

Essa noção é encontrada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seu preâmbulo traz o reconhecimento da “dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” e proclamam “sua fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres”. Além disso, seu Art. 1º determina que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade” (Gomes, 2016, p. 20, p. 21).

No Brasil, o reconhecimento deste princípio se dá com a Constituição Federal de 1988, que estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1º). Além disso, a Carta Magna determina como objetivos do país a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a erradicação da pobreza e da marginalização (Art. 3º); a prevalência dos direitos humanos como princípio (Art. 4º); a definição de que todos são iguais perante a lei, do direito à vida, à liberdade e à igualdade, além de diversos outros direitos individuais (Art. 5º); e a criação de diversos direitos sociais (Art. 6º).

Gomes (2016) aponta também que há diferentes dimensões dos direitos humanos, como direitos civis, políticos, sociais, trabalhistas e coletivos, entre outros. Os direitos civis limitam o poder do Estado, sendo os mesmos para todos e todas, como o direito à vida, à propriedade, a apenas ser punido nos termos da lei, entre outros. Já os direitos políticos são os direitos de participar ativamente da vida política e de votar e ser votado,

para que as leis não sejam criadas arbitrariamente, mas por meio de um debate com a sociedade.

Os direitos sociais são aqueles que devem ser garantidos à toda população pelo Estado, como o direito à educação, à saúde e à assistência social, por exemplo. Já os direitos trabalhistas visam garantir condições dignas de trabalho, como uma jornada máxima diária e semana, um salário mínimo e o descanso semanal remunerado, entre outros (Gomes, 2016).

Por fim, os direitos coletivos são aqueles que pertencem a determinados grupos sociais que, por diversas razões, precisam de proteção diferenciada para usufruir dos mesmos direitos que outros membros da sociedade já desfrutam, como os povos indígenas, a população negra ou a população em situação de rua (Gomes, 2016).

Nesse sentido, a seção 4 do presente trabalho discute os diversos direitos das pessoas em situação de rua, partindo do seu processo de positividade, e em seguida, a seção 5 analisa a efetivação destes direitos, a partir dos dados de violência e violações cometidas contra esta população.

População em Situação de Rua

Para este trabalho, será utilizada a definição de população em situação de rua trazida no Art. 1º da Política Nacional para a População em Situação de Rua, instituída pelo Decreto n. 7.053/2009:

Para fins deste Decreto, considera-se população em situação de rua o grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória.

A importância desta definição se deu por estabelecer uma referência para as políticas públicas no país e também por não focar apenas na inexistência de moradia convencional, mas ressaltar outras características comuns à PSR, como a fragilidade ou inexistência dos vínculos familiares

e a pobreza extrema, o que influi diretamente na forma como as políticas públicas voltadas a estas pessoas devem atuar.

Histórico da luta e do reconhecimento dos direitos da população em situação de rua

Antes do fim da ditadura militar no Brasil, em 1988, a população em situação de rua do Brasil era vista pelo poder público apenas por meio de ações de repressão, com a criminalização da “mendicância” e da “vadiagem” no código penal de 1940, dependendo de ações de caridade realizadas por instituições filantrópicas, principalmente religiosas, e de caráter assistencialista.

Contudo, já na década de 80, a atuação de movimentos sociais durante o processo de redemocratização culminou na criação da Constituição Cidadã, que trouxe diversos avanços legislativos que serviriam de base para as políticas voltadas a este público, como as questões relativas a direitos humanos, já citadas, e o estabelecimento de diversas políticas como direito do cidadão e dever do estado, como a saúde, a assistência social e a educação (Arts. 196, 203 e 205, respectivamente), entre outros.

A partir daí, ao longo da década de 1990 e nos anos 2000, houve diversas conquistas e importantes marcos legais sendo criados no país nas mais diversas áreas, em consonância com as demandas da sociedade civil organizada e dos movimentos sociais. Os principais acontecimentos e as conquistas legislativas, em âmbito nacional, relacionadas à luta por direitos da população em situação de rua estão descritos na linha do tempo abaixo, organizada a partir de Brasil (2013), Farias, Gomes e Almeida (2016) e pesquisa própria de legislações. As legislações citadas são apenas as de âmbito nacional.

1993: Fórum Nacional de Estudos sobre População de Rua; e Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS (Lei n. 8.742/1993).

1995: Grito dos excluídos (passou a ser realizado anualmente, no dia da independência do Brasil, 07/09).

2001: 1ª Marcha Nacional de População de Rua; 1º Congresso Nacional dos Catadores(as) de Materiais Recicláveis; fundação do Movimento Nacional dos Catadores(as) de Materiais Recicláveis (MNCR).

2002: 1ª Edição do Festival Lixo e Cidadania, que passou a ser organizado anualmente.

2004: Política Nacional de Assistência Social (Resolução do Conselho Nacional de Assistência Social - CNAS nº 145/2004), que atribui à Proteção Social Especial o atendimento da população em situação de rua; e Massacre da Sé¹¹⁵;

2005: Fundação do Movimento Nacional da População de Rua; I Encontro Nacional da População em Situação de Rua; Lei nº 11.258/2005, que altera a LOAS e inclui atendimento especializado para a população em situação de rua;

2006: Decreto s/nº de 25 de outubro de 2006, que instituiu o Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) para elaborar estudos e apresentar propostas de políticas públicas para a inclusão da população em situação de rua nas políticas governamentais.

2007: Início da Pesquisa Nacional da População em Situação de Rua, realizada em 23 capitais e 48 municípios com mais de 300 mil habitantes.

2009: Publicação da Pesquisa Nacional da População em Situação de Rua; II Encontro Nacional sobre População em Situação de Rua; Decreto nº 7.053/2009, institui a Política Nacional da População em Situação de Rua e seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento; Resolução CNAS nº 109/2009 – Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais; e Lei 11.983/2009, que revogou do código penal o crime de mendicância;

2010: II Marcha Nacional da População em Situação de Rua; Portaria do Ministério do Desenvolvimento Social – MDS nº 843/2010, que estabelece o cofinanciamento para os Centros de Referência Especializados para População em Situação de Rua (Centros Pop);

115 O Massacre da Sé foi um ataque brutal a quinze pessoas em situação de rua na Praça da Sé, em São Paulo, resultando na morte de sete pessoas. A tragédia aumentou ainda mais a mobilização social e a pressão por políticas públicas de proteção dessas pessoas.

2011: Previsão de equipes de consultório na rua na Política Nacional de Atenção Básica (Portaria nº 2.488/GM/MS/2011); série Sistema Único de Assistência Social - SUAS e População em Situação de Rua

2012: 1º Congresso Nacional do Movimento da População de Rua; expansão do cofinanciamento pelo MDS para expansão dos Centros Pop para mais de 70 municípios; publicação do Ministério da Saúde do manual sobre o cuidado à saúde junto à população em situação de rua;

2014: II Congresso do Movimento Nacional da População em Situação de Rua - MNPR;

2016: III Congresso do Movimento Nacional da População em Situação de Rua - MNPR

Esta linha do tempo mostra que, a partir da mobilização da sociedade civil, foram criadas diversas leis, políticas, portarias, serviços e equipamentos para a população em situação de rua. Bove e Figueiredo (2014) apontam que os avanços alcançados de 2004 em diante se deram após reunião de pessoas em situação de rua de diversos estados e da Pastoral Nacional do Povo da Rua com o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, na qual foram cobradas providências em relação ao Massacre da Sé. A partir daí, estabeleceu um espaço de discussão entre o Governo Federal, as entidades que atuam com o público e o Movimento Nacional da População de Rua, que ainda estava em processo de formação.

Entre as diversas conquistas, destaca-se a Política Nacional para a População em Situação de Rua, que foi criada após um amplo processo de participação social e que foi uma verdadeira mudança de paradigma, uma vez que a PSR passou a ser vista como cidadãos de direitos e reconheceu-se a necessidade de implantação de políticas específicas para a garantia dos mesmos (Bove e Figueiredo, 2014). Além disso, anteriormente esta população era vista apenas como público das políticas de assistência social, e o decreto 7.053/2009 quebra com esta visão, apontando para a necessidade de políticas nas mais diversas áreas, como saúde, educação e cultura, entre outras.

A Política Nacional também estabeleceu importantes objetivos, como a articulação entre o Sistema Único de Assistência Social e o Sistema

Único de Saúde para qualificar a oferta de serviços, a adoção padrão básico de qualidade, segurança e conforto na estruturação e reestruturação dos serviços de acolhimento temporário e a disponibilização de programas de qualificação profissional para as pessoas em situação de rua.

Outro importante ponto da Política Nacional foi a criação de um comitê com participação social para acompanhamento e monitoramento da mesma, permitindo que a sociedade civil realize o controle social que o poder público preste contas de suas ações.

Após a apresentação da legislação pertinente, a seção 5 traz reportagens que mostram casos de violações de direitos das pessoas em situação de rua e segue com dados sobre violências e violações de direitos humanos da PSR em 2017, como forma de mostrar que ainda há muito a ser feito.

Direitos da população em situação de rua: do papel para prática

A população em situação de rua é abrangida por diversos direitos civis, sociais, trabalhistas e coletivos que são garantidos tanto pela Constituição da República a todos os brasileiros quanto pela legislação específica descrita. Contudo, frequentemente governos, empresas e a própria sociedade civil não reconhecem esta população como sujeitos de direito e ignoram o que é posto em lei para praticar ações higienistas ou abusivas, visando a expulsão destas pessoas dos espaços públicos ou se aproveitando de sua condição de vulnerabilidade para explorá-las, conforme denunciado pelas reportagens abaixo.

A reportagem de Locatelli (2018) mostra que pessoas em situação de rua foram contratadas para a montagem e desmontagem dos palcos do festival Lollapalooza, em São Paulo, que contou com show de renomados artistas nacionais e internacionais. Contudo, ao invés de uma oportunidade de inclusão social, a matéria demonstra que a mão de obra foi utilizada sem garantir os direitos trabalhistas mínimos, sem formalização dos contratos, com jornadas diárias de até 12 horas e pagamento de apenas 40 ou 50 reais por dia, o que dá um valor inferior ao salário mínimo nacional, de R\$4,34 por hora. A reportagem ainda aponta que os contratados para o trabalho não receberam nenhum tipo de equipamento de proteção individual, como luvas, capacetes ou calçados adequados.

Já Machado (2017) e Ribeiro e Queiroz (2017) relatam como diversas pessoas em situação de rua foram retiradas da Praça XIV Bis, em São Paulo, no dia 02/01/2017 e enviados para uma quadra de esportes que fica debaixo de um viaduto nas proximidades. A prefeitura afirmou que a ação foi necessária para a realização de limpeza na praça, mas a situação gerou diversos problemas, como o surgimento de conflitos entre as pessoas que foram movidas para debaixo do viaduto e outros moradores dos arredores, que passaram a fotografar, xingar e ameaçar as pessoas em situação de rua na quadra.

Além disso, poucos dias depois, no dia 05/01/2017, a prefeitura instalou uma tela verde nas grades que cercavam a quadra, o que foi apontado pelo Padre Lancellotti, da pastoral do Povo da Rua, e por pessoas em situação de rua afetadas pela ação como uma demonstração de que o real objetivo da prefeitura seria o de esconder a presença da PSR do restante da sociedade.

Por fim, em Belo Horizonte, a Associação dos Moradores do Bairro de Lourdes (Amalou) e a Associação de Bares e Restaurantes de Minas (Abrasel-MG) discutiram medidas para evitar a presença de pessoas em situação no bairro, conforme relatado por Holanda (2013). As medidas adotadas foram: instalação de mais esguichos de água na praça, com orientação para o jardineiro ligá-los ao amanhecer, no final da tarde e quando os “mendigos” se deitarem nos bancos; pedido às pessoas do bairro que não dêem alimentos, agasalhos e cobertores à PSR; e pedidos para que supermercados não doem alimentos, mesmo que estejam prestes a vencer.

Estas reportagens ilustram que mesmo após todo o avanço legislativo, diversas violências e violações dos direitos das pessoas em situação de rua continuam sendo cometidas contra esta população. Os relatos de Locatelli (2018) apontam para violações de direitos trabalhistas, os de Machado (2017) e Ribeiro e Queiroz (2017) para violência institucional e violação do direito à livre locomoção, e os de Holanda (2013) para violências cometidas por uma parcela da sociedade que não reconhece os direitos daqueles que estão em situação de rua.

Tendo isso em vista, mostraremos nas seções 5.1 e 5.2 os números e dados do CNDDH, o que permite uma análise mais ampla destas violações.

Violência e violações de direitos humanos

A Pesquisa sobre as Condições Socioeconômicas, Políticas e Culturais da População em Situação de Rua de Minas Gerais (Minas Gerais, 2010), que entrevistou pessoas em situação de rua em 222 municípios do estado, mostra que a falta de segurança foi citada como a principal dificuldade para se viver nas ruas.

Essa dificuldade é comprovada pelos números do CNDDH, que registrou 125 homicídios que tiveram pessoas em situação de rua como vítimas em 2017. Dessa forma, considerando que Natalino (2016) estimou a PSR no Brasil em 101.854 pessoas, a taxa de homicídio pessoas desta população é de 122,7 por 100 mil pessoas. Esta taxa é um número mais de quatro vezes maior à média brasileira (30,5 por 100 mil habitantes em 2015), o que demonstra o quão alarmante são os dados de violência contra a PSR.

Além dos homicídios, o CNDDH registrou 2.225 denúncias de violações de direitos da PSR em 2017, outro número extremamente elevado, quando comparado com o total de pessoas em situação de rua no país. As 4 categorias que mais apareceram nas denúncias foram: negligência (33,59%), violência institucional (29,73%), violência psicológica (13,61%) e violência física (13,07%).

A coordenadora do CNDDH, Cecília Ribeiro, deu exemplos de denúncias recebidas nestas categorias. Segundo ela a categoria de negligência contempla maioritariamente situações de pessoas que estão em situação de rua necessitando de atendimento, contudo, não recebem o atendimento adequado pelo poder público.

Sobre a violência institucional, Cecília afirma que estas seriam ainda mais graves, uma vez que “instituições que são criadas para defender e promover os direitos desta população, aparecem como grande agente de violação destes direitos”. Ela cita como exemplo uma denúncia recebida sobre um Centro Pop no qual, além de faltar insumos básicos, como papel higiênico e sabonete, os funcionários ainda maltratam os usuários, são hostis e negam alimentação e o acesso a diversas pessoas em situação de rua que teriam o direito de utilizar o equipamento.

Já sobre a violência psicológica, a coordenadora esclarece que ela abarca os casos de humilhações, ameaças e discriminações. O exemplo ci-

tado foi uma denúncia sobre guardas municipais que estariam ameaçando um grupo que dormia em uma praça pública, afirmando que colocariam fogo nas pessoas e em seus pertences, caso não saíssem de lá.

Por fim, sobre a violência física, ela cita um morador de rua que foi assassinado com pauladas na cabeça enquanto dormia por um morador da região.

Enfrentamento à violência contra a população em situação de rua

Sobre as ações que são tomadas pelo CNDDH após o recebimento das denúncias para enfrentar essas violências e violações cometidas, Cecília afirma que elas são “analisadas pela equipe técnica, as informações são sistematizadas e registradas no sistema de registro de denúncias de violações de direitos humanos do CNDDH”. Em seguida, as denúncias são encaminhadas para as instituições responsáveis pela apuração, como o Ministério Público, os Conselhos de Assistência Social ou a Defensoria Pública, entre outras, e é feito um acompanhamento das respostas dadas por cada órgão.

Entretanto, ela acredita que ainda é necessário avançar muito para que os alvos das denúncias sejam efetivamente identificados e responsabilizados. Entre as dificuldades encontradas, ela afirma que muitas pessoas não formalizam as denúncias sobre as violências sofridas, seja por uma naturalização destas violências, por medo de retaliação ou até mesmo por descrença nas instituições responsáveis por apurá-las.

Além disso, Cecília afirma também que “há uma grande dificuldade das instituições da rede de justiça em atuar com a população em situação de rua sob a perspectiva da defesa dos direitos”, com a atuação muitas vezes se baseando em visões estigmatizantes, com falta de conhecimento sobre a realidade das pessoas em situação de rua. Ademais, o ambiente das instituições é frequentemente inacessível e pouco acolhedor, o que intimida grande parte deste público.

Como exemplo das dificuldades relatadas pela coordenadora do CNDDH, podemos citar um caso emblemático recebido pela SEDPAC. Pessoas em situação de rua de um município de Minas Gerais, com o apoio de entidades defensoras de direitos humanos, denunciaram um grupo de

policiais militares que os haviam agredido verbalmente e fisicamente, informando os nomes dos policiais, os locais e as datas onde as agressões ocorreram. Em virtude dos relatos, a Secretaria acionou de forma emergencial o Programa de Proteção dos Defensores de Direitos Humanos - PPDDH.

Contudo, antes mesmo da chegada dos representantes do programa ao município, na noite do dia em que as denúncias foram formalizadas, as pessoas que haviam formalizado as denúncias foram espancadas, com uma delas chegando a ter seu braço quebrado. Em seguida, o PPDDH iniciou suas ações para proteção destas pessoas, contudo o programa não tem o hábito e nem o orçamento para fornecer moradias ou estadias seguras, uma vez que a maioria dos casos atendidos são referentes a pessoas que já possuem residência e que o programa tenta manter a pessoa no local de origem para que ela possa continuar sua atuação como defensora de direitos humanos. Assim, as pessoas chegaram a ser enviadas para um hotel em outro município, mas o programa afirmou não ter condições para manter esta estrutura, alegando ainda que as pessoas que fizeram a denúncia não se encaixavam na abrangência do programa, por não serem defensoras de direitos humanos.

Dessa forma, foi feito um acordo com a prefeitura municipal para que estas pessoas pudessem receber um auxílio moradia, possibilitando que as vítimas saíssem das ruas, e elas foram desligadas do PPDDH. Os policiais denunciados foram afastados das ruas e foi aberto um inquérito no âmbito militar e outro no Ministério Público para apuração do caso.

Contudo, o promotor responsável pela investigação entendeu que não houve crime de tortura, mesmo com todos os relatos e provas apresentados, além de parecer do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa dos Direitos Humanos e Apoio Comunitário (CAO-DH), e pediu para ser desligado do caso. Em 2018, três anos após a denúncia e ainda não havia designação de novo promotor para o caso, não sendo dado nenhum prosseguimento ao processo no âmbito civil.

Neste ínterim, uma das vítimas voltou a ser agredida por um policial militar, após ser reconhecida como denunciante, levando um golpe de cassetete em sua bolsa escrotal que a levou ser hospitalizada e a passar por uma cirurgia. Foi solicitada sua inclusão no Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas (PROVITA), mas o programa exige um

parecer do Ministério Público, o que não foi possível conseguir devido à ausência de promotor responsável pelo caso. O inquérito militar ainda corre em segredo de justiça, sem que qualquer punição compatível tenha sido aplicada.

Esse caso é considerado paradigmático, por expor a imensa dificuldade do poder público de garantir a segurança e os direitos da PSR. Mesmo que sejam vítimas de violência, as pessoas em situação de rua raramente formalizam estas denúncias, por estarem muito expostas a retaliações por parte daqueles que a cometem. Os programas de proteção a vítimas e testemunhas existentes demandam uma série de documentos e de exigências que dificilmente podem ser cumpridas por estas pessoas, além de um tempo de análise durante o qual a pessoa que formalizou a denúncia não tem proteção, ou seja, as pessoas em situação de rua não têm para onde ir ou onde se esconder para escapar de possíveis retaliações neste tempo.

Além disso, o fato de muitas destas pessoas serem usuárias de álcool ou de drogas ilícitas ou possuírem passagens pelo sistema prisional são utilizados como forma de desacreditar seus relatos, dificultando ainda mais a responsabilização dos agressores. Por fim, a demora ou a ausência de punição nos poucos casos em que as denúncias são realizadas, em conjunto com o fato de muitas violações virem de agentes públicos, quebra a confiança da PSR no Estado, inibindo ainda mais a formalização das denúncias. Todos estes problemas, de certa forma, são identificados no caso relatado.

Por outro lado, após as denúncias formais, foi realizado um curso sobre direitos humanos e população em situação de rua para agentes de segurança no município, o que, em conjunto com o afastamento dos policiais que cometiam as violações, levou a uma redução das violências e violações cometidas contra esta população. Dessa forma, apesar de todos os problemas enfrentados e das dificuldades para que isto ocorra, a formalização das denúncias é de grande importância para que medidas sejam tomadas.

Conclusão

O presente trabalho realizou uma pesquisa específica da legislação sobre os direitos da população em situação de rua no Brasil, mostrando

os diversos avanços legais e de políticas públicas obtidos desde a redemocratização do país. Contudo, os dados e casos levantados demonstram que os direitos das pessoas em situação de rua ainda estão longe de serem efetivados na prática.

A taxa de homicídios de pessoas em situação de rua encontrada, de 122,7 por 100 mil pessoas, é alarmante e comprova o enorme grau de violência ao qual estas pessoas estão expostas, além dos diversos dados sobre outras violências e violações de direitos humanos da PSR. É necessário considerar ainda que os dados podem estar subnotificados, devido aos diversos impeditivos para esta população formalizar denúncias, pelos motivos já citados, como dificuldade de acesso aos canais de denúncias, falta de confiança nas instituições que deverão apurá-las ou medo de retaliações.

Dessa forma, é necessário avançar ainda mais nas políticas públicas voltadas para este público, buscando a efetivação dos direitos já previstos em lei. Cecília Ribeiro indicou ações de educação em direitos humanos e capacitação dos agentes do poder público que atuam com a PSR como estratégias de prevenção à violência e promoção dos direitos. Ela ainda destacou a importância da formação das pessoas em situação de rua para serem protagonistas da defesa de seus direitos.

Estas ações são de grande importância para facilitar o acesso e melhorar o atendimento nos serviços públicos aos quais a população em situação de rua tem direito, especialmente nas áreas de assistência social e saúde, que são as que possuem maior interação com este público. Já a formação das pessoas em situação de rua permitiria que elas conheçam e saibam cobrar seus direitos, quando encontrarem obstáculos para tal.

Ademais, a educação em direitos humanos para a sociedade como um todo é uma forma de prevenção de violências e violações de direitos da PSR, especialmente considerando ações como as citadas por Holanda (2013), na qual a própria sociedade civil se voltou contra as pessoas em situação de rua do bairro onde moravam, e por Machado (2017) e Ribeiro e Queiroz (2017), na qual a prefeitura comete uma violação clara dos direitos das pessoas em situação de rua e ainda recebe apoio de parte da população.

Além das propostas apresentadas pela coordenadora do CNDDH, é necessário também a criação de um programa de proteção emergencial capaz de atender as pessoas em situação de rua que formalizarem denúncias de violências

e violações graves, impedindo sua exposição a possíveis retaliações e dando mais segurança aos denunciantes. A formalização das denúncias é de grande importância para a devida atuação do poder público e a responsabilização dos violadores de direitos humanos é também uma ferramenta significativa para a garantia dos direitos, impedindo que estas pessoas continuem a realizar as mesmas ações e mostrando a todos que estas condutas não podem ser toleradas.

Por fim, para além das violências físicas e institucionais, percebe-se que há uma enorme dificuldade do poder público de garantir os direitos sociais às pessoas em situação de rua, especialmente o direito à moradia, previsto no Art. 6º da Constituição da República. Nesse sentido, é necessário inverter a lógica das políticas para as pessoas em situação de rua no Brasil, adotando políticas no modelo “casa primeiro”, que considera a casa como ponto de partida do atendimento às pessoas em situação de rua, sem a exigência de que a pessoa cumpra diversos requisitos antes de ter acesso a um programa de moradia. Pleace e Bretherton (2013) demonstram que as políticas de casa primeiro têm sido implantadas com sucesso nos Estados Unidos, no Canadá e em diversos países da Europa, de forma que o modelo poderia servir de inspirações para as políticas públicas brasileiras.

REFERÊNCIAS

- Bove, C; Figueiredo, G. (2014). A política nacional para a população em situação de rua: processo e participação. In: GRINOVER, A. P. et al (Org.). Direitos fundamentais da população em situação de rua. 2. ed. Belo Horizonte: D´Plácido. p 421-437.
- Brasil . Decreto Nº 7.053 de 23 de dezembro de 2009. Institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7053.htm>. Acesso em 11 fev 2018.
- Brasil (2018a). Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Atlas da Violência. Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/atlas-violencia/arquivos/downloads/8623-170602atlasdaviolencia2017.pdf>>. Acesso em 07 abr 2019.

- Brasil (2018b). Ministério dos Direitos Humanos. Balanço das Denúncias de Violações de Direitos Humanos. Brasília. Disponível em: <<https://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/ouvidoria/dados-disque-100/relatorio-balanco-digital.pdf>>. Acesso em 07 abr 2019.
- Brasil (2013). Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. . Diálogos sobre a população em situação de rua no Brasil e na Europa: experiências do Distrito Federal, Paris e Londres. Brasília: SDH. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/biblioteca-virtual/promocao-e-defesa/publicacoes-2013/pdfs/dialogos-sobre-a-populacao-em-situacao-de-rua-no-brasil-e-na-europa-1>>. Acesso em: 11 fev 2018.
- Farias, S. M.; Gomes, M. F. .M; Almeida, E. L. (2016). Proteção, Promoção e Reparação dos Direitos dos Cidadãos em Situação de Rua. Belo Horizonte: Marginália Comunicação. Coleção Cadernos de Direitos Humanos: Cadernos Pedagógicos da Escola de Formação em Direitos Humanos de Minas Gerais, V.04.
- Gomes, D. F. L. (2016). Fundamentação em Direitos Humanos e Cidadania. Belo Horizonte: Marginália Comunicação. Coleção Cadernos de Direitos Humanos: Cadernos Pedagógicos da Escola de Formação em Direitos Humanos de Minas Gerais, V.01.
- Holanda, T. (02/10/2013). Bairro de Lourdes tenta evitar presença de mendigos. Estado de Minas. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2013/10/02/interna_gerais,455264/bairro-de-lourdes-tenta-evitar-presenca-de-mendigos.shtml>. Acesso em 1º abril 2018.
- Locatelli, P (29/03/2018). Lollapalooza: moradores de rua denunciam terem sido contratados irregularmente para erguer palcos. The Intercept Brasil. Disponível em: <<https://theintercept.com/2018/03/29/moradores-em-situacao-de-rua-contam-que-foram-contratados-de-forma-irregular-para-erguer-palcos-do-lollapalooza/>>. Acesso em 1º abril 2018.

- Machado, L (05/01/2017). Prefeitura de SP instala tela verde em área onde moradores de rua foram realocados. G1 São Paulo. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/prefeitura-instala-tela-verde-em-area-onde-moradores-de-rua-foram-realocados.ghtml>>. Acesso em 1º abril 2018.
- Minas Gerais (2010). Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social. Pesquisa sobre as Condições Socioeconômicas, Políticas E Culturais da População em Situação de Rua de Minas Gerais. Belo Horizonte.
- Natalino, M. A. C. (2016). Estimativa da população em situação de rua no Brasil. In: Texto para discussão. IPEA: Brasília. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/26102016td_2246.pdf>. Acesso em 10 mar 2018.
- Pleace, N.; Bretherton, J. The Case for Housing First in the European Union: A Critical Evaluation of Concerns about Effectiveness. 2013. Disponível em: http://housingfirstguide.eu/website/wp-content/uploads/2016/03/The-case-for-Housing-First-in-the-EU-np_and_jb.pdf.
- Ribeiro, B.; Queiroz, T. (06/01/2017). Tela oculta moradores de rua sob viaduto em São Paulo. O Estado de S. Paulo.

MOVIMENTOS SOCIAIS

DEFENSORIA PÚBLICAS, ACESSO À JUSTIÇA E NEOCONSTITUCIONALISMO

Jaime Leônidas Miranda Alves

INTRODUÇÃO

Defensoria Pública, acesso à justiça e neoconstitucionalismo são palavras que circundam o mesmo eixo valorativo: a dignidade da pessoa humana. Nesse diapasão, a Defensoria Pública é instituição permanente e essencial à justiça, vocacionada à promoção dos direitos humanos dos necessitados. O Acesso à justiça, por sua vez, reclama a compreensão de um direito-instrumento, ou direito-garantia, capaz de assegurar o gozo dos demais direitos. Por fim, o neoconstitucionalismo representa uma virada linguista do Direito, que passa a ser compreendido a partir de uma leitura de compatibilidade formal e material da ordem jurídica com a Constituição Federal.

O presente artigo pretende dissecar as relações existentes entre esses três conceitos. Primeiramente, analisar-se-á o novo perfil constitucional da Defensoria Pública, construído a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e posteriores emendas constitucionais, tendo como centro normativo o disposto no art. 134, caput, in verbis: A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na

forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 80/2014.

Após, será realizado estudo acerca do fenômeno chamado de neoconstitucionalismo e a releitura que este proporciona à teoria dos direitos fundamentais, com ênfase na superação do dogma da lei estrita e o resgate ao “compromisso com os pobres” assumido pelo constituinte de 1988.

Concluída a análise acerca do neoconstitucionalismo e da releitura dos direitos fundamentais, a análise terá por enfoque a teoria das ondas revogatórias de acesso à justiça, pensada classicamente por Cappelletti e Garth, de modo a bem compreender as formas de resolução dos entraves ao pleno acesso à justiça.

Vencidas as etapas preliminares, os conceitos serão sobrepujados de modo a responder ao questionamento de qual a relação existente entre a Defensoria Pública e as ondas renovatórias de acesso à justiça, tendo como lócus argumentativo a teoria dos direitos fundamentais própria do neoconstitucionalismo.

A pesquisa é eminentemente bibliográfica e qualitativa, sendo os dados analisados a partir do método hermenêutico constitucional tópicoproblemático, de lavra de Theodore Viehweg, de sorte que toda a pesquisa move-se do problema para a concretização do resultado esperado.

Nesse mister, segundo os critérios traçados por Viehweg, traça-se um método da argumentação jurídica em torno dos problemas, por meio dos topoi. Os topoi (no singular topos) representam as possíveis compreensões científicas, formas de pensamento que buscam responder o problema. No caso em tela, tem-se como problema a questão da relação existente entre o perfil da Defensoria Pública e as ondas renovatórias de acesso à justiça.

1 PERFIL CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Conforme previsto no art. 134 da Constituição Federal, a Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º.

A redação do art. 345, supramencionado, já torna claro o perfil constitucional conferido à da Defensoria Pública, projetado especialmente a partir da edição da Emenda Constitucional de nº. 80/2014: a EC 80/2014, decorrente da Proposta de Emenda à Constituição 247/2013, de autoria dos deputados federais Mauro Benevides (PMDB-CE), Alessandro Molon (Rede-RJ) e André Moura (PSC-SE) e conhecida como PEC Defensoria Para Todos, dentre outros aspectos inclui disposição nos Atos e Disposições Constitucionais Transitórias determinado que “no prazo de oito anos, a União, os estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais (...)” (artigo 98, parágrafo 1º).

Ademais, a partir da EC 80/2014 verificou-se a projeção da Defensoria Pública a um patamar normativo inédito, novo perfil constitucional que traz como obrigação ao Poder Público o dever de universalizar o acesso à Justiça e garantir a existência de defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais no prazo máximo de oito anos, além de insculpir as seguintes inovações: i) inserção da Defensoria Pública em seção exclusiva no rol das funções essenciais à Justiça, separada, agora, da advocacia; ii) explicitação ampla do conceito e da missão da Defensoria Pública; iii) inclusão dos princípios institucionais da Defensoria Pública no texto constitucional; e iv) aplicação de parte do regramento jurídico do Poder Judiciário, no que couber, à Defensoria Pública, principalmente a iniciativa de lei.

Nessa senda, destaca-se que a inclusão da Defensoria no capítulo destinado às “Funções Essenciais à Justiça” revela a compreensão do constituinte que a Defensoria Pública não encontra-se subordinada a qualquer dos Poderes do Estado, sendo-lhe conferida natureza de entidade autônoma, a fim de que possa atuar de maneira ativa na defesa dos direitos humanos dos necessitados.

Esse posicionamento, inclusive, já foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal, em voto proferido pelo Ministro Dias Tóffoli, no julgamento da ADI no 5.296 MC/DF, *in verbis*:

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, estabeleceram-se, a par dos Poderes da República, e logo em seguida ao capítulo reservado ao Poder Judiciário, as denominadas funções essenciais à Justiça. Assim, o Título IV da Constituição Federal

versa sobre a Organização dos Poderes: seu Capítulo I trata do Poder Legislativo; o Capítulo II, do Poder Executivo; o Capítulo III, do Poder Judiciário; e o Capítulo IV, das chamadas funções essenciais à Justiça - na Seção I, do Ministério Público; na Seção II, da Advocacia Pública; e na Seção III, da Advocacia e da Defensoria Pública. Verifica-se, então, que, por disposição da Constituição, o Ministério Público, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública são instituições que não integram, em minha leitura do texto constitucional, a estrutura de nenhum dos três Poderes. Como funções essenciais à Justiça, estão separadas tanto do Legislativo, quanto do Executivo, quanto do Judiciário. Formam, em verdade, w11 complexo orgânico de Instituições Constitucionais ou Instituições Primárias do Estado Democrático de Direito. Diogo Esteves e Franklyn Silva, na obra intitulada Princípios institucionais da Defensoria Pública, traçam importantes considerações sobre a distinta posição, no texto da CF/88, das “funções essenciais à Justiça”. (STF - Pleno - ADI no 5.296 MC/DF - Relatora Min. Rosa Weber I Voto proferido pelo Min. Dias Toffoli, decisão: 1 8-05-20 1 6)

Conforme Franklyn Roger (2018), a Defensoria Pública é pensada, no seio da Constituição Federal de 1988, como forma a evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do indivíduo, estando alocada num quarto complexo orgânico, intitulado de “Funções Essenciais à Justiça” (Capítulo IV), ao lado do Ministério Público, da Advocacia Pública e da Advocacia Privada.

O que se verifica é uma “moderna disposição organizacional, decorrente da Evolução do Direito Político e da necessidade de criação de mecanismos de controle das funções estatais, garantindo-se o respeito irrisrito aos direitos fundamentais e a perpetuidade incondicional do Estado Democrático de Direito (art. 3º-A da LC no 80/ 1 994)” (2018, p. 69) o que permite a conclusão de que a Defensoria Pública não se encontra vinculada a nenhum dos Poderes Estatais, revelando-se errônea a afirmação de que a Instituição estaria integrada ao Poder Executivo, ao Poder Legislativo ou ao Poder Judiciário. Com efeito, a Defensoria Pública caracteriza-se como uma instituição extrapoder, na medida em que não depende de nenhum dos Poderes do Estado e não pode nenhum de seus membros receber instruções vinculantes de qualquer autoridade pública.

2 NEOCONSTITUCIONALISMO E A RELEITURA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para os fins a que pretende a presente pesquisa, considera-se o neoconstitucionalismo como espécie de teoria pós-positivista, que despontou no mundo após as sérias violações aos direitos humanos ocorridas na Segunda Guerra Mundial que, em determinada esfera, eram legitimadas pela teoria do direito positivo.

No que tange à virada linguística responsável pelo advento do neoconstitucionalismo, e com isso a superação de vez, do modelo positivo, tem-se que este se caracteriza pela percepção de Constituição como ferramenta, que deverá ter seu conteúdo confirmado ou não pela hermenêutica constitucional.

Acerca do marco histórico de desenvolvimento do neoconstitucionalismo, obtempera Barroso (2006, p.18-19) que foi o sentimento de mudança no pós-guerra que fomentou a busca por uma nova teoria constitucional apta a regular satisfatoriamente a sociedade da época.

Desta feita, aduz que “a reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas” (BARROSO, 2006, p. 18).

Nesse jaez, o movimento constitucional que surgiu buscava aproximar a teoria constitucional clássica do princípio democrático, construindo, nesse mister, estruturas políticas que atendem pelos mais diversos nomes, tais como Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito; Estado constitucional moderno, etc.

Com efeito, reconhece o autor (2006, p. 19) que a formação do neoconstitucionalismo tem como principal referência a Constituição Alemã, de 1949, e a consequente criação do Tribunal Constitucional Federal, em 1951.

Informa Barroso (2006, p. 19) que após as modificações a nível constitucional na Alemanha, deu-se início a uma corrente jurisprudencial e doutrinária que tinha como objeto de análise a ascensão científica do direito constitucional.

O que seguiu foi uma verdadeira releitura dos sistemas constitucionais: na Itália, em 1947 e, mais adiante, em Portugal (1976) e na Espanha (1978).

Acerca do neoconstitucionalismo em *Terrae Brasilis*, tem-se que seu triunfo foi tardio, apenas com promulgação da Constituição Federal de 1988, com o processo de redemocratização do Estado brasileiro e de superação ao regime militar instaurado em 1964.

Nessa toada, na medida em que a ditadura militar se caracterizou pela supressão de direitos fundamentais, o neoconstitucionalismo representou importante conquista social e política.

A promulgação da Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988 “representou o grande marco na redemocratização do país, com uma relevante dimensão simbólica: ela marcou o reencontro da sociedade brasileira com o Direito e a Democracia” (SARMENTO, 2006, p. 84).

A Constituição Federal de 1988, conforme ensina Bonavides e Paes de Andrade (2005, p. 486) “reforça a proteção dos direitos e das liberdades constitucionais quando restitui ao Congresso Nacional prerrogativas que lhe haviam sido subtraídas pela administração militar”.

Vale dizer, consagra direitos que haviam sido retirados do cidadão, e, nessa medida, cabe falar em superação do Estado de Direito pelo Estado Constitucional (SARMENTO, 2006, p. 51).

O neoconstitucionalismo designa o fenômeno de aplicação da Constituição diretamente pelos juízes por meio da interpretação, sem ter a lei como intermediária. Este fenômeno é mais comum nos sistemas normativos abertos que são formados por mais princípios do que regras, o que aumenta a liberdade de interpretação do juiz.

Para Barroso (2006, p. 29) o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados:

(i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito

Desta feita, o constitucionalismo moderno elevou a Constituição à condição de elemento fundante e principal da ordem jurídica, sendo que o neoconstitucionalismo deve andar conjugado com o ideal democrático para o reconhecimento da pluralidade social e jurídica e assegurando os direitos fundamentais de todas as camadas sociais. Ou, nas palavras de Steck (2007, p. 313): “uma regra que estabeleça a aplicação dos métodos insere-se no esquema subsuntivo-dedutivo, com clara inserção no paradigma metafísico-objetificante.”

Assim, segundo leciona Cambi (2007, p. 6-7) a ideia do neoconstitucionalismo significa dizer que as normas constitucionais têm forma normativa, devendo ser reconhecido o caráter jurídico imperativo de suas regras e princípios.

Observa-se, assim, o neoconstitucionalismo, como modelo jurídico que tem como fim a busca pela função antropológica do Direito em sua plenitude por meio da hierarquização constitucional. Nesse jaez, Supiot (2007, p. 46):

Uma ordem jurídica só cumpre sua função antropológica se garante a todo recém-chegado à Terra, de um lado, a preexistência de um mundo já presente, que o assegure no longo termo de sua identidade, e, do outro, a possibilidade de transformar esse mundo e de lhe imprimir sua marca própria. Não há sujeito livre senão submetido a uma lei que o fundamente.

Ora, o neoconstitucionalismo inaugura o Estado Constitucional Moderno, ou dito de outra forma, a modernidade político-jurídica, que se consubstancia na vedação à negação constitucional da proteção jurídica dos direitos humanos. Para Cruz (2006, p. 9) o Estado Constitucional, funcionando como mecanismo garantidor dos direitos e garantias fundamentais.

Oliveira (2010, p. 113) firma que, ao passo que, sob o modelo Liberal, o Estado de Direito se submetia ao princípio da legalidade, no Estado Democrático de Direito, além da conformidade à Constituição Federal e à lei, a atividade administrativa deve estar pautada no respeito à legitimidade, proporcionando, assim, um viés principiológico que aproxima o Estado para com o cidadão.

Barroso (2006, p. 20) preleciona que, em decorrência do fenômeno de constitucionalização do direito, todos os principais ramos de direito infraconstitucional tiveram, em maior ou menor quantidade, previsão constitucional. Dispõe que “a catalogação dessas previsões vai dos princípios gerais às regras miúdas, levando o leitor do espanto ao fastio. Assim se passa com o direito administrativo, civil, penal, do trabalho, processual civil e penal, financeiro e orçamentário...” e mais além.

Vem a lume, no neoconstitucionalismo, o fenômeno de positivação dos princípios que, antes consubstanciados na forma de princípios gerais do Direito, agora possuem força normativa, visto terem sido contemplados nas Cartas constitucionais modernas. É certo que “os princípios constitucionais, que deveriam superar o modelo discricionário do positivismo, passaram a ser anulados por conceituações rígidas, que acabaram por transformá-los em regras” (SILVA, 2011).

Ademais, compreende-se, como o faz Silva (2011, p. 293) que o neoconstitucionalismo tratou de introduzir no ordenamento jurídico elementos de natureza moral e axiológica. Por conseguinte, a proteção trazida pela Constituição Federal aos indivíduos, na virada do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo ultrapassa os fundamentos puramente principiológicos e transforma a ideia de justiça substantiva em dogma.

No seio do neoconstitucionalismo, observa-se que os princípios constitucionais são tidos como aspectos fundamentais na aplicação do direito ao caso concreto. Desta feita, ocorre uma verdadeira celeuma doutrinária e jurisprudencial quando tais princípios, considerados norte, não tem seu conceito bem definido, tal qual ocorre com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Sobre a compreensão dos direitos fundamentais no seio do neoconstitucionalismo, insta consignar que tratam--se de direitos judiciáveis, ou seja, a limitação de sua eficácia em razão da inércia do Poder Público possibilita ao particular tirar o Judiciário de sua condição estanque, com base no princípio da inafastabilidade da jurisdição, estabelecido constitucionalmente no artigo 5º, XXXV da Carta Política.

O caráter ‘judicável’ dos direitos fundamentais, para Bøeckenföorde vem como decorrência da conexão entre o conteúdo jurídico-objetivo e o conteúdo jurídico-subjetivo. Nessa esteira, preleciona que “los derechos fundamentales como derechos de libertad tienen caracter de pretensión

frente al poder público [...] Su violación puede ser atacada a través del procedimiento judicial ordinario.” (BÖECKENFÖRDE , 1993, p. 117)

Canotilho (2003, p. 1176) afirma que a Constituição estabelece “em termos de direito e com os meios do direito os instrumentos de governo, a garantir direitos fundamentais e a individualização de fins e tarefas.”

Nesse sentido, e também com base em Habermas (2003), os direitos fundamentais são possuidores uma natureza deontológica, fazendo surgir para o Estado o mister de agir.

Assim, o movimento neoconstitucional trouxe o entendimento de que os direitos fundamentais não contem apenas uma proibição de intervenção (Eingriffsverbot), mas expressam postulados de proteção. (Schutzgebote) Sob o prisma do Estado, os direitos fundamentais se revestem tanto de uma proibição de excesso (Übermassverbot), como em proibição de omissão (Untermassverbot).

Nesse diapasão, afirma-se: em razão dos direitos fundamentais se configurarem como baluartes do Estado de Direito e, por conseguinte, implicarem na existência de direitos positivos vinculados, estes, ao passo que limitam a obrigação do Estado – gerando um dever de não fazer – coagem o mesmo Estado a tomar providências positivas – o que, no plano das políticas públicas acaba por gerar o debate em torno do ativismo judicial.

Com efeito, o neoconstitucionalismo revela o terceiro paradigma do constitucionalismo, tido como o do Estado Democrático do Direito e, de forma diversa aos paradigmas anteriores, aqui incumbe ao Poder Judiciário regular assegurar e proteger os direitos fundamentais. A perspectiva atual, talvez influenciada pela pós-modernidade e pela formação de sociedades pluralistas é de abandonar a desconfiança para com o Poder Judiciário e, em sentido oposto, espera-se um Judiciário forte, apto a atuar na defesa do cidadão.

É nesse momento histórico em que o Poder Judiciário tem o maior desdobramento em relação à teoria do Separação dos Poderes, justamente por ser aquele que tem interferência direta na esfera privada do indivíduo. Nesse diapasão, não cabe mais conceber o Poder Judiciário como longa manus do Executivo, como o fora na Idade Média.

Para além do Poder Judiciário, o neoconstitucionalismo possibilitou uma ampliação da compreensão finalística da atuação dos demais atores do

sistema de justiça, especialmente a Defensoria Pública, tendo em vista o já referenciado “compromisso com os pobres” assumido pelo constituinte.

3 ONDAS RENOVATÓRIAS DE ACESSO À JUSTIÇA E A DEFENSORIA PÚBLICA

A teoria acerca das ondas renovatórias de acesso à justiça surgiu dos estudos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que posteriormente compuseram o denominado relatório ao Projeto Florença de Acesso à Justiça (Florence Access-to-Justice Project), obra produzida com o objetivo de analisar os diversos obstáculos que tornavam difícil ou impossível o acesso e utilização do sistema jurídico, além de averiguar os esforços envidados pelos vários países do mundo destinados a superar os mencionados obstáculos.

O relatório foi patrocinado pela Fundação Ford e até hoje é considerado referencial teórico no estudo do acesso à justiça, tendo sido traduzido pela Min. Ellen Gracie Northfleet e republicada, e publicado em *terrae brasillis*, em 1998.

É a partir do relatório de Florência que o acesso à justiça é considerado direito humano – nas palavras de Cappelletti e Garti “o mais básico dos direitos humanos” (1988, p 67-68) –, na medida em que deve ser encarado como requisito fundamental de um sistema jurídico que se pretenda moderno e igualitário; que não se limite a proclamar direitos mas que busque maneiras efetivas de assegurá-los.

No relatório consignou-se o direito ao acesso à justiça como de natureza diversa dos demais direitos, como moradia, educação, alimentação, dentre outros. Isso porque consiste o acesso à justiça em verdadeiro direito-garantia, instrumento para a realização dos demais direitos, imprescindível para o exercício da cidadania.

Com o foco na efetivação do acesso à Justiça, Cappelletti e Garth (1988, p. 167-168), apontam três principais barreiras que dificultam o acesso daqueles que buscam a realização da justiça: i) a barreira financeira; ii) barreira cultural; e iii) a barreira psicológica. A partir da análise desses obstáculos é que surgiu o conceito de ondas renovatórias de acesso à justiça, como soluções práticas aos problemas observados.

A esse respeito, Esteves e Roger (2017, p. 18):

Em linhas gerais, a estrutura analítica da evolução do movimento mundial de acesso à justiça delineada pelo Projeto Florença foi desenvolvida em torno da metáfora de três ondas: (i) a primeira referente à assistência jurídica; (ii) a segunda traduzida pela tutela de interesses metaindividuais, com a articulação da representação de direitos coletivos mediante ações de classe e de interesse público; (iii) e, por fim, a terceira onda abordando os procedimentos judiciais, seus custos e o tempo de duração.

Nesse diapasão, a primeira onda de acesso à justiça encontra-se atrelada à capacidade postulatória individual das pessoas que têm problemas econômicos, de modo que o conceito de acesso estaria relacionado àqueles que comprovassem insuficiência de recursos econômicos.

A primeira onda da justiça, que traz o ideal de justiça para pobres, encontra intensa aproximação axiológica com os debates acerca da efetivação da Defensoria Pública.

É nesse cenário que se fala em justiça para pobres, existindo estudos recentes justamente com esse objeto, a exemplo do desenvolvido pela Comissão do Empoderamento Legal do Pobre, denominado de “Fazendo a lei trabalhar para todos. No relatório, há a apresentação do conceito de empoderamento legal do pobre, *in verbis*:

No Brasil, além da criação a Defensoria Pública, a primeira onda de acesso à justiça remonta à edição da Lei nº. 1.060/50, que regulamenta a assistência judiciária e, bem assim, a instituição dos juizados especiais, que possibilitam a propositura de ações independentemente da constituição de advogados, além de prever isenção das despesas de sucumbências.

A segunda onda de acesso à justiça, por sua vez, se preocupa com o problema cultural de acesso à justiça, protraindo-se pela necessidade de tratamento coletivo do processo. Com efeito, Cappelletti e Garth (1988) perceberam a necessidade de serem tuteladas três situações, que até então não eram protegidas pelo sistema: a1) a questão dos bens ou direitos de titularidade indeterminada; a2) bens ou direitos individuais cuja tutela não é aconselhável sob um ponto de vista economicamente e; e a3) bens ou direitos cuja tutela coletiva é recomendável por uma questão de economia.

Em relação aos bens e direitos de titularidade indeterminada, a exemplo do meio ambiente e o patrimônio público, entendeu-se que, por via de

regra, eram bens que frequentemente ficavam sem tutela, sendo necessária a criação de instrumentos (i.e., lei de ação civil pública) e legitimados coletivos (i.e., a defensoria pública) específicos para o processo coletivo.

No que concerne aos bens ou direitos individuais cuja tutela individual não é coletiva sob um ponto de vista econômico, Garth e Cappelletti (2018), apontam que, não obstante possível, no plano jurídico, o exercício da tutela, esta não ocorria em razão da inviabilidade econômica ou pouco recompensa do direito, devendo-se realçar, aqui,, elementos como os custos psicológicos e financeiros.

Por fim, a terceira hipótese apontada refere-se aos bens ou direitos cuja tutela coletiva seja recomendável por questões de economia; trata-se de situações em que a tutela coletiva é recomendável, justamente em razão da molecularização dos conflitos. Aqui, a preocupação não é com a parte, mas com o sistema, que deve potencializar a solução de conflitos.

É nesse diapasão que se apresenta o processo coletivo brasileiro, iniciado com a Lei de Ação Popular, mas impulsionado com a promulgação da Lei de Ação Civil Pública e posterior edição do Código de Defesa do Consumidor. O que é característico dessa onda renovatória é a premente necessidade de representação em juízo dos direitos metaindividuais.

Importante de se destacar no tocante à segunda onda de acesso à justiça é a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações judiciais versando sobre direitos e interesses transindividuais, sejam difusos, coletivos e individuais homogêneos, como já conhecido pelos Tribunais Superiores.

Quanto à terceira onda de acesso à justiça, esta está relacionada ao denominado novo enfoque do acesso à justiça, na perspectiva de identificação, elaboração e aplicação de técnicas extrajudiciais.

A terceira onda renovatória de acesso à justiça, por sua vez, compreende que o foco do processo deve estar na sua efetividade. Deve-se buscar, com efeito, um processo menos técnico e que produza mais resultados.

Nas palavras de Franlyn Roger e Diogo Esteves (2017, p. 35):

A terceira onda renovatória expõe o problema dos procedimentos judiciais, seus custos e seu tempo de duração, sendo formuladas propostas alternativas, como a prevalência da oralidade e a con-

centração dos ritos processuais; a redução dos custos do processo, seja pela supressão as custas processuais e da taxa judiciária ou pela instituição de órgãos jurisdicionais autônomos que possam solucionar questões de pequenas causas de modo gratuito; a adoção de métodos alternativos de solução de conflitos com a arbitragem, a conciliação e a mediação.

É nessa conjectura que surge a teoria do sistema multiportas, que reclama uma compreensão multifacetada do processo, de sorte que, sob essa perspectiva, não cabe mais pensar na decisão judicial como única resposta ao conflito. Ao lado da tutela jurisdicional, tem-se meios diversos de solução de conflitos, equivalentes entre si, a exemplo da conciliação e mediação. Incorporando esse espírito é que a Lei Complementar nº. 80/94, que cria regras gerais que regulam a Defensoria Pública, estatui ser função institucional da Defensoria Pública a solução extrajudicial de conflitos. É nesse jaez, inclusive, que a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul criou no ano de 2017 Câmara Extrajudicial de Conciliação e Mediação.

Com base no exposto, verifica-se que a Defensoria Pública, enquanto instituição vocacionada à promoção dos direitos humanos, se encontra presentes em todas as três ondas renovatórias de acesso à justiça pensadas por Cappelletti e Garth.

1. À GUIA DE CONSIDERAÇÕES

O neoconstitucionalismo, dentre outras conquistas epistêmicas, caracterizou-se por trazer os direitos fundamentais ao centro da tutela jurídica. Ademais, representou, de forma hialina, o compromisso com o pobre, adotado pelo constituinte de 1988.

É sob uma perspectiva do neoconstitucionalismo e do reconhecimento da irradiação da força normativa da Constituição, então, que devem a compreensão de ordenamento jurídico centrado na pessoa humana e na proteção dos seus direitos fundamentais. Essa visão reclama um processo civil eficaz.

Com a Constituição Federal de 1988 a Defensoria Pública recebeu tratamento especial, especificamente a partir da Emenda Constitucional

de nº. 80/2014, o que mais uma vez comprova o compromisso com os pobres firmado pelo constituinte. É que a Defensoria Pública é a institucional vocacionada à promoção e resguardo dos direitos fundamentais dos necessitados, aqui considerados aqueles em situação de vulnerabilidade, seja econômica ou de outro viés (teoria *custos vulnerabilis*).

A própria concepção de Defensoria Pública vem como forma de responder a crises no acesso à justiça, tal qual verificado por Cappelletti e Garth, no Relatório para Florença, documento responsável por difundir a teoria das ondas renovatórias do acesso à justiça.

Nesse diapasão, para cada problema verificado, apresentou-se uma onda de acesso à justiça: para as condições econômicas enquanto óbice, a ideia de justiça para os pobres como primeira onda renovatória de acesso à justiça; para a tutela de bens de titularidade indeterminada ou cuja tutela judicial não se afigura conveniente quando individual, a segunda onda renovatória de acesso à justiça, que cuida da tutela coletiva; e, por fim, em relação à feita de efetividade do processo judicial, a terceira onda renovatória de acesso à justiça, que traz a ideia de efetividade no processo por meio do sistema de justiça multiportas.

Volta-se, assim, ao neoconstitucionalismo. Momento constitucional que torna a Defensoria Pública instituição permanente, instrumento do Estado Democrático de Direito, aproximando as suas funções institucionais ao cumprimento da vontade do constituinte.

Conjugando o perfil (neo)constitucional da Defensoria Pública com as ondas renovatórias de acesso à justiça, tem-se que a instituição encontra-se presente e atuante em todas as esferas desse ciclo de renovação do direito fundamental ao acesso à justiça. Com efeito, a própria compreensão de “justiça para os pobres” é o que justifica o surgimento da Defensoria Pública, de sorte que há forte aproximação entre a primeira onda e as funções institucionais; avançando, a segunda onda renovatória traz instrumentos para tornar viável a tutela de direitos e interesses metaindividuais, prevendo ações e legitimados coletivos, dentre os quais a Defensoria Pública, tal qual previsto no art. 5º, II da Lei de Ação Civil Pública, sendo a jurisprudência dos Tribunais Superiores se consolidado para não haver restrição da legitimidade da instituição à defesa de necessitados econômicos, mas depender, de outro norte, da análise da hipossuficiência, que se pode dar de diversas formas (teoria *custos vulnerabilis*); por fim, a ter-

ceira onda renovatória de acesso à justiça está voltada a questões atinentes à efetividade do processo, buscando a compreensão do processo a partir de equivalentes judiciais. Também essa atuação para além do processo é ínsita à Defensoria Pública, que tem como função institucional promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos e se comprova em hipóteses concretos, com a criação de Câmaras de Conciliação e Mediação próprias da Defensoria Pública (DPE-RS).

Com base nos dados levantados e, utilizando-se do método tópicoproblemático, pode-se chegar à conclusão de que a Defensoria Pública, atuando de forma consentânea ao perfil institucional traçado pelo neoconstitucionalismo, encontra-se relacionada às três ondas renovatórias de acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Guilherme de. Acesso à justiça, direitos humanos e novas esferas da justiça. Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCar. São Carlos, v. 2, n. 1, jan-jun 2012, pp. 83-102.
- BARROS, Carlos Alberto Galvão. A eficácia dos direitos sociais e a nova hermenêutica constitucional. São Paulo: Biblioteca24horas, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: Themis: **Revista da ESMEC**, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006.
- BÖECKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Escritos sobre Derechos Fundamentales. Novos Verlagsgesellschaft Baden-Baden: Novos, 1993.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. Do Estado Liberal ao Estado Social. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

- CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007.
- CANOTILHO, João José Joaquim. O direito constitucional como ciência de direção- o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). In: CANOTILHO, João José Joaquim; CORREIA, Érica Paula Barcha; CORREIRA, Marcus Orione Gonçalves. (org.) *Direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. Metodología «fuzzy» y «camaleones normativos» en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. In: *Derechos y libertades revista del instituto Bartolomé de las casas*, p.35-50, vol. Feb. 1998. Disponível em: <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1319?show=full#preview>. Acesso em: 02 out. 2016.
- CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de Reforma do Processo nas Sociedades Contemporâneas. *Revista Forense* (318). Rio de Janeiro, Forense, Abril/Maio/Junho, 1992, pp. 120-128.
- CRORIE, Benedita Mac. Os Direitos Sociais em Crise? In: CALVÃO, Filipa; GOMES, Carla Amado; GONÇALVES, Pedro; MELO, Helena. (orgs.) *A crise e o Direito Público: VI encontro de professores portugueses de DIREITO PÚBLICO*. Instituto de Ciências Jurídico- Políticas: Lisboa, 2013.
- CRUZ, Paulo Márcio. Democracia e Pós-Modernidade. In: **Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI. Anais, Manaus, 2006. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/paulo_marcio_cruz.pdf. Acesso em 19 mar. 2015.**
- GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros Editores, 3a Ed, 2005, p. 35.

HABERMAS, Jürgen. Más allá del estado nacional. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2003.

HAYEK, F. A. O Caminho da servidão. Rio de Janeiro, Instituto Liberal, 1984.

HERRERA, Carlos Miguel. **Estado, Constituição e Direitos Sociais**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 15ª Região. Campinas-SP, 2008.

JELLINEK, Georg. Teoria General del Estado. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

KOLM, Serge-Christophe. Teorias modernas da justiça. Trad. Jefferson Luiz Camargo e Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000,

MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. São Paulo: Altas, 2008.

1. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras. 2. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. Teoria jurídica e novos direitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 85.

ROGER, Franklyn; ESTEVES, Diogo. Princípios institucionais da Defensoria Pública. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017.

ROSSI, Amélia Sampaio. Neoconstitucionalismo: Ultrapassagem ou Releitura do Positivismo jurídico?. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2.ed, Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 34. ed .Malheiros Editores: São Paulo, 2011.

STRECK, Lenio Luis. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUPIOT, Alain. Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2007.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

A EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS COMO DIRETRIZ PARA O EXERCÍCIO DOS DIREITOS HUMANOS NAS REDES SOCIAIS

Mariana Ferreira de Camilo Melotti

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), de 1988, constitui um marco histórico e jurídico no processo de redemocratização do Brasil após o período de ditadura militar (1964-1985), sendo conhecida inclusive como a “Constituição Cidadã”, em razão da ampla gama de direitos e garantias fundamentais consagrados em seu texto.

A CRFB foi o documento responsável pela promoção de um grande alinhamento do ordenamento jurídico brasileiro com os direitos humanos que, por ocasião de sua promulgação, já se encontravam consagrados em diversos instrumentos internacionais. Segundo Piovesan (2018), nota-se que o legislador nacional buscou orientação e inspiração nos tratados internacionais de direitos humanos, bem como se preocupou em equacionar o Direito interno, ajustando-o, com harmonia e consonância, às obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado brasileiro.

A previsão desses direitos, fundamentais e humanos, confere inúmeras prerrogativas aos indivíduos, que podem exercê-los efetivamente, uma vez que estão sob a égide de uma proteção de índole nacional e também internacional. No entanto, cabe considerar que os direitos humanos são universais, indivisíveis e complementares, ou seja, são direitos dos quais

todos são titulares, indistintamente e sem qualquer discriminação, razão pela qual não devem jamais ser interpretados e protegidos isoladamente (MALHEIRO, 2016).

Por isso, o exercício dos direitos humanos pelo indivíduo deve respeitar os limites da faculdade que terceiros também têm de vivenciá-los, não sendo admissível que discursos de ódio sejam disseminados, a pretexto de se estar exercendo um determinado direito, v.g., a liberdade de expressão.

Compreendido esse ponto inicial, importa ressaltar que atualmente, embora as conhecidas redes sociais como o Facebook, Instagram e Twitter, representem grandes avanços e conquistas no que se refere à tecnologia, comunicação, informação, representatividade e aproximação, bem como ao próprio exercício dos direitos humanos, essas plataformas e as ferramentas que elas oferecem, também são frequentemente palco de violação desses direitos, pois na atualidade é comum deparar-se na internet, no âmbito dessas redes, com usuários que utilizam de maneira abusiva a sua liberdade, como subterfúgio para propagar seus preconceitos, racismos, intolerância e outras formas de violação de direitos. E do mesmo modo se vê, com frequência, essas mesmas pessoas criticando a existência e utilização dos direitos humanos.

Esse cenário evidencia como a ignorância a respeito do que realmente são os direitos humanos, do seu alcance, utilidade e necessidade, afeta o modo como são exercidos e acaba limitando a consecução dos seus fins maiores, como a garantia e preservação da dignidade inerente de todos os indivíduos. Essa ignorância afeta e abala tanto o exercício e a fruição dos direitos fundamentais no âmbito do ordenamento jurídico interno brasileiro como também dos direitos humanos no plano internacional. Nesse contexto, conforme explica Flávia Piovesan (2018, p. 101),

o desconhecimento dos direitos e garantias internacionais importa no desconhecimento de parte substancial dos direitos da cidadania, por significar a privação do exercício de direitos acionáveis e defensáveis na arena internacional. Hoje pode-se afirmar que a realização plena, e não apenas parcial dos direitos da cidadania, envolve o exercício efetivo e amplo dos direitos humanos, nacional e internacionalmente assegurados.

Diante deste panorama, o presente texto almeja proporcionar algumas reflexões acerca da importância de se promover a educação em direitos humanos no âmbito das redes sociais, como forma de educação permanente, continuada e global, voltada para uma mudança cultural e para a disseminação de valores que atinjam corações e mentes, indo muito além da sistemática e também fragmentada transmissão de conhecimentos (BENEVIDES, 2007).

2. O QUE SÃO DIREITOS HUMANOS?

A doutrina não é uníssona ao definir os direitos humanos e a expressão é aberta a interpretações por conta de sua amplitude. Contudo, em síntese, pode-se dizer que os direitos humanos são aqueles inerentes a todos seres humanos, simplesmente em razão de sua condição humana, voltados a resguardar sua dignidade. Nesse sentido, afirma Fabiano Melo Gonçalves de Oliveira (2016, p. 1) que se tratam de

direitos decorrentes do processo histórico de afirmação da dignidade da pessoa humana, apurados nos valores da liberdade, da igualdade e da solidariedade, em uma noção integral e interdependente. Esses direitos asseguram as condições de sobrevivência e constituem possibilidade emancipatória para a plena realização do projeto de vida da pessoa e, em última análise, do sujeito coletivo.

Na mesma linha, Antonio Enrique Pérez Luño (1999, p. 48) entende os direitos humanos como um “conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretiza as exigências da dignidade, da liberdade, da igualdade humana”, as quais devem ser reconhecidas e positivadas pelo ordenamento jurídico nacional (direitos fundamentais) e internacional (direitos humanos).

Nota-se que os direitos humanos são frutos de conquistas adquiridas no decorrer de um longo processo histórico, que até aqui já resultou em grandes lutas e custou muitas vidas, mas que permanece em movimento de expansão.

Para fins didáticos, sistematizou-se cada conjunto de direitos humanos reconhecidos no curso da história em basicamente três dimensões.

Observa-se que a palavra dimensão, para se referir a cada etapa histórica de reconhecimento e positivação desses direitos, substituiu o termo geração, anteriormente utilizado, sendo que com a alteração lexical, almejou-se deixar mais claro que uma fase não substitui a outra, evidenciando que os direitos humanos historicamente reconhecidos são cumulativos e complementares.¹¹⁶

De acordo com Castilho (2018), a primeira dimensão está ligada às liberdades públicas, aos direitos civis e políticos, oriundos principalmente da independência norte-americana e da Revolução Francesa. Já a segunda dimensão de direitos humanos está associada à igualdade, aos direitos econômicos, sociais e culturais, impulsionados pela Revolução Industrial e pelo fim da Primeira Guerra Mundial. E a terceira dimensão, por ser fruto de sucessivas tratativas internacionais, associam-se aos direitos de fraternidade, como por exemplo o direito à paz, à autodeterminação dos povos e ao patrimônio comum da humanidade.

Cabe ressaltar que, embora os direitos humanos e os direitos fundamentais sejam oriundos das mesmas lutas e representem os mesmos princípios, diferenciam-se quanto ao local em que estão normatizados: os primeiros, nos tratados internacionais; os segundos, nas constituições nacionais. Assim, melhor esclarecendo, se a proteção jurídica dos direitos provém da ordem interna (estatal) está-se diante do que se convencionou nomear direito fundamental; por outro lado, quando essa proteção advém da ordem internacional (sociedade internacional) está-se diante de um direito humano (MAZZUOLI, 2019).

Além disso, para melhor compreender os direitos humanos, importa também destacar as principais características que os definem, que podem ser entendidas como “atributos vinculados à concepção contemporânea de direitos humanos” (OLIVEIRA, 2016, p. 8). Tais atributos, ainda de acordo com o referido autor são a universalidade, indivisibilidade, inter-

116 Nesse sentido, Paulo Bonavides (2015, p. 586) explica que “o vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo ‘geração’, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infraestruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia”.

dependência, historicidade, vedação ao retrocesso, proibição de proteção deficiente, inalienabilidade, irrenunciabilidade e imprescritibilidade.

Dizer que os direitos humanos são universais significa que são inerentes a todos, sem qualquer distinção, seja de gênero, idade, nacionalidade, etnia, religião, orientação política e ideológica ou qualquer outra condição. Conforme explica Carlos Weis, a concepção universal desses direitos “decorre da ideia de inerência, a significar que estes direitos pertencem a todos os membros da espécie humana, sem qualquer distinção fundada em atributos inerentes aos seres humanos ou na posição social que ocupem” (2014, p. 178).

Os direitos humanos também são indivisíveis e interdependentes, uma vez que todos devem receber a mesma proteção jurídica por formarem uma unidade que não deve ser fragmentada em sua compreensão e aplicação, pois todos se complementam para proteger a dignidade humana. Sobre tais características, Carlos Weis explica que,

ao se afirmar que os direitos humanos são indivisíveis se está a dizer que não existe meio-termo: só há vida verdadeiramente digna se todos os direitos previstos no direito internacional dos direitos humanos estiverem sendo respeitados, sejam civis e políticos, sejam econômicos, sociais e culturais (...) A interdependência diz respeito aos direitos humanos considerados em espécie, ao se entender que certo direito não alcança a eficácia plena sem a realização simultânea de alguns ou de todos os outros direitos humanos (2014, p. 184).

A historicidade bem caracteriza os direitos humanos, tendo em vista que eles vêm sendo construídos no decorrer da história através de movimentos políticos, sociais e econômicos. Em razão dessa construção histórica, esses direitos vão sendo gradativamente incorporados ao patrimônio da humanidade, razão pela qual se vedam retrocessos no seu espectro de proteção, bem como a sua proteção deficiente, de modo que o rol desses direitos conquistados ao longo dos tempos, reconhecidos e positivados, não pode ser reduzido em sua esfera de proteção normativa e política, devendo o Estado buscar sempre garantir sua plena efetividade e proteção.

Por fim, ressalta-se que os direitos humanos também são inalienáveis,

irrenunciáveis e imprescritíveis, pois não são passíveis de comercialização, nem de abdicação e não estão sujeitos à prescrição, mesmo com o decurso do tempo, ou seja, enquanto houver o ser humano, ele será titular desses direitos.

Com essa breve análise do conceito básico de direitos humanos e de suas principais características é possível perceber o quanto eles estão presentes na vida em sociedade e como são amplos e indispensáveis para uma existência humana digna. Conhecer o que de fato são os direitos humanos é, portanto, um passo indispensável para reconhecê-los e exercê-los de modo consciente e refletido, tanto para reivindicar com propriedade as próprias garantias e aquelas dos grupos mais vulneráveis, como para não se deixar enganar por concepções falaciosas difundidas pelo senso comum, especialmente pela grande mídia.

A fala popular, muitas vezes ampliada através das mídias sociais, de que “os direitos humanos servem pra defender bandidos” ou que “os direitos humanos é o direito dos manos”, pode ser facilmente desmistificada, bastando para tanto observar a dinâmica do dia a dia para perceber que são os direitos humanos que asseguram muitas das prerrogativas que os indivíduos que os criticam exercem diariamente sem se dar conta, como o exercício do direito à vida, à dignidade, ao voto, o acesso à saúde, à educação, as possibilidades de se locomover livremente, manifestar os próprios pensamentos, de ter e exercer uma orientação política, de escolher a crença e de ter e se comportar de acordo com o seu gênero, sexualidade, nacionalidade, cor e cultura etc.

3. O EXERCÍCIO DOS DIREITOS HUMANOS NAS REDES SOCIAIS

As redes sociais revolucionaram a forma como o indivíduo se relaciona com as demais pessoas e com o mundo externo. Por meio delas o usuário tem acesso rapidamente a uma imensa quantidade de informações, pode compartilhar suas experiências, hábitos, pensamentos e cultura, encurtando distâncias físicas e desconstruindo hierarquias sociais.

Em razão do grande número de usuários que hoje se encontram conectados, por exemplo, ao Facebook, Twitter, Instagram e YouTube, dentre outras mídias, as opiniões e mobilizações difundidas através deles

geram um alto nível de engajamento, impactando diretamente a dinâmica da vida social. Por vezes, o resultado é bastante positivo, mas por outro lado, há momentos em que são catastróficos e amplamente prejudiciais aos direitos humanos.

A repercussão que determinados movimentos possuem nas redes sociais é capaz de definir quais serão seus rumos, impulsionando-os ou não. Um exemplo recente que demonstra a relevância das mídias digitais no meio social foi a vitória do atual Presidente do Brasil, Jair Messias Bolsonaro, nas eleições presidenciais de 2018, uma vez que o então candidato utilizou o método da comunicação direta com os eleitores pelas redes sociais, como forma de mexer com o imaginário popular, conquistar apoiadores e ganhar a confiança de milhares de pessoas. Assim, as redes sociais foram decisivas para que Bolsonaro fosse eleito, mesmo com tempo reduzido de TV e gastando muito menos que os demais candidatos em sua campanha eleitoral.

De fato, as mídias sociais digitais possuem grande poder de influência na sociedade atual, uma vez que funcionam como porta-vozes para os seus usuários, permitindo que eles expressem seus pontos de vista e produzam seu próprio conteúdo, ora influenciando, ora sendo influenciados. Essas trocas ocorrem com tamanha frequência e intensidade, que são capazes de intervir no comportamento do internauta, moldando seus valores e posicionamentos.

A aprendizagem social pode utilizar-se da perspectiva das redes sociais pressupondo utilizar o potencial informacional e as experiências dos outros a partir da observação comportamental das redes de relações sociais constituídas, entendendo a lógica da rede como um fluxo permanente de ouvir/ler, observar, fazer/repetir e compartilhar (SOARES, 2010, p. 91).

Todo esse contexto pode ser extremamente positivo para o exercício da democracia, da cidadania e para a promoção da diversidade. No entanto, em muitos casos, em vez de as redes sociais funcionarem como ambiente propício à proteção e efetivação dos direitos humanos, há usuários que utilizam de suas liberdades individuais de modo a tolher o exercício ou ofender os direitos humanos de outros indivíduos.

Atualmente não é raro encontrar nas mídias digitais publicações de indivíduos que, sob o pretexto de estarem exercitando a sua liberdade de expressão e o direito de livre convicção política, ofendem a honra, a ima-

gem e a dignidade de membros da oposição e de todos os indivíduos que discordam e adotam um posicionamento político diferente do seu. Com isso, também violam a intimidade em nome do direito à informação, desrespeitam a proteção da imagem por conta da liberdade de pensamento, disseminam discursos de ódio sobre gênero, sexualidade, crença, cor e etnia em razão da liberdade de expressão.

Tais condutas nas redes sociais demonstram a ausência de uma cultura de e em direitos humanos e refletem os preconceitos arraigados em grande parte de uma sociedade patriarcal, xenófoba, misógina, homofóbica, racista e preconceituosa, ao passo que contribuem para que esse processo se perpetue, pois, o compartilhamento desse tipo de manifestação enquanto gera violação ao direito de alguns, faz com que outros sintam-se representados e encorajados e agir da mesma maneira.

Diante deste cenário, é preciso compreender que os direitos, de modo geral, não são absolutos, e conforme as peculiaridades do caso concreto podem ser relativizados por meio de uma ponderação de valores. Além disso, ressalta-se que estar no exercício de um direito humano não legitima a prática de atos que ofendam os direitos das outras pessoas. Pelo contrário, os direitos humanos pregam a harmonização e a ampliação das faculdades individuais, de modo a garantir a todos, sem distinções, o exercício de seus direitos.

À medida que um usuário está interagindo nas redes sociais, exercitando seus direitos humanos, surge para os outros internautas o dever de agir sem violar esses direitos e vice-versa. Conforme salienta André de Carvalho Ramos (2018, p. 30),

em geral, todo direito exprime a faculdade de exigir de terceiro, que pode ser o Estado ou mesmo um particular, determinada obrigação. Por isso, os direitos humanos têm estrutura variada, podendo ser: direito-pretensão, direito-liberdade, direito-poder e, finalmente, direito-imunidade, que acarretam obrigações do Estado ou de particulares revestidas, respectivamente, na forma de: (i) dever, (ii) ausência de direito, (iii) sujeição e (iv) incompetência, como segue. O direito-pretensão consiste na busca de algo, gerando a contrapartida de outrem do dever de prestar. Nesse sentido, determinada pessoa tem direito a algo, se outrem (Estado ou mesmo

outro particular) tem o dever de realizar uma conduta que não viole esse direito.

Conforme é possível se perceber pelas considerações feitas até o presente momento, o advento das mídias sociais trouxe para as sociedades espalhadas ao redor do mundo, contexto em que certamente se inclui a sociedade brasileira, grandes desafios que precisam ser encarados de frente, tanto pelas autoridades governamentais como pela própria sociedade em geral, dentre eles, o exercício sadio dessas mídias e a efetiva proteção dos direitos humanos nesse ambiente digital.

4. O PAPEL DAS DIRETRIZES DA EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS PARA AS REDES SOCIAIS

A evidente antinomia presente no contexto das redes sociais, em que os usuários, no exercício de seus direitos humanos, utilizam-nos para violar os direitos de terceiros e para criticar a própria existência dos direitos humanos, denota a necessidade da educação em direitos humanos (EDH) como forma de compreender, exercitar e preservar esses direitos.

Inicialmente, vale destacar a relevância da educação, de forma geral, como um mecanismo idôneo de empoderamento e autodeterminação, capaz de transformar realidades através da aquisição de conhecimentos e pelo desenvolvimento da criticidade. Tais competências viabilizam a melhor compreensão e execução dos direitos e deveres em sociedade. Nesse sentido, dispõe o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos humanos (1948): “(...) cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades”.

A educação em direitos humanos é direcionada para promover a compreensão do que são os direitos humanos, desmistificando compreensões distorcidas por meio de práticas cotidianas, pautadas na conscientização através de medidas inclusivas, democráticas e participativas, visando efetivar, proteger e defender o exercício dos direitos humanos.

A Educação em Direitos Humanos é essencialmente a formação de uma cultura de respeito à dignidade humana através da promoção e da vivência dos valores da liberdade, da justiça, da igualdade, da solidariedade,

da cooperação, da tolerância e da paz. Portanto, a formação desta cultura significa criar, influenciar, compartilhar e consolidar mentalidades, costumes, atitudes, hábitos e comportamentos que decorrem, todos, daqueles valores essenciais citados – os quais devem se transformar em práticas (BENEVIDES, 2007, p. 1).

De acordo com a Resolução n.º 1, de 30 de maio de 2012, que estabelece as Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos, essa espécie de educação, que tem como finalidade promover a educação para a mudança e a transformação social, é regida pelos seguintes princípios: (i) dignidade humana, (ii) igualdade de direitos, (iii) reconhecimento e valorização das diferenças e das diversidades, (iv) laicidade do Estado, (v) democracia na educação, (vi) transversalidade, vivência e globalidade; e (vii) sustentabilidade socioambiental.

O Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (2007) estabelece que a educação em direitos humanos deve ser promovida em três dimensões: (i) conhecimentos e habilidades: compreender os direitos humanos e os mecanismos existentes para a sua proteção, assim como incentivar o exercício de habilidades na vida cotidiana; (ii) valores, atitudes e comportamentos: desenvolver valores e fortalecer atitudes e comportamentos que respeitem os direitos humanos; (iii) ações: desencadear atividades para a promoção, defesa e reparação das violações aos direitos humanos.

Desse modo, vê-se que construir uma cultura de garantia, respeito e proteção aos direitos humanos envolve muito mais que o âmbito escolar e de aprendizagem formal, embora esses não possam ser negligenciados. É indispensável que essa construção seja promovida de forma transversal, contextualizando as noções de direitos humanos dentro do dia a dia do indivíduo, visto que cada um deve exercer papel de coautor nesse processo, juntamente com o Estado.

Não bastam boas propostas. Precisamos também saber como implementá-las. Como estratégia, como metodologia, defendemos a necessidade de sair do círculo vicioso de quem fala sempre para o mesmo público, para nós mesmos. Precisamos de novas linguagens, principalmente para alcançar os jovens, precisamos utilizar melhor as novas tecnologias da informação, inclusive as redes e mídias sociais (GADOTTI, 2017, p. 15).

Assim, tem-se nas redes sociais um ambiente favorável para o desenvolvimento da EDH, pois, além dessas plataformas atingirem parcela considerável da população, que está permanentemente conectada, é possível notar que na atualidade há especialmente a necessidade da promoção de noções de tolerância, respeito, diversidade, solidariedade e igualdade por meio da educação de direitos humanos nas mídias sociais digitais.

Tendo a educação em direitos humanos como diretriz para o exercício dos direitos humanos nas redes sociais, pode-se combater o discurso de ódio, ato baseado em preconceitos que violam os direitos humanos, bem como fazer com que os usuários dessas mídias reconheçam, compreendam, exercitem, promovam e defendam os direitos humanos, construindo uma cultura baseada em valores íntegros.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi apresentado, vê-se as redes sociais como locus privilegiado para o efetivo exercício de vários direitos humanos, vez que seus usuários conseguem ter voz ativa através dessas plataformas, podendo expressar seus pensamentos, posições e opiniões sobre os mais variados assuntos.

Entretanto, essas prerrogativas individuais encontram limitações ao colidir com os direitos de outrem, pois ao passo que a liberdade de expressão fere os direitos à crença religiosa, livre orientação sexual, igualdade racial, de gênero, intimidade ou imagem, por exemplo, essa deve ser relativizada, visto que não é um direito absoluto.

Tendo em vista a linha tênue que existe entre o legítimo exercício dos direitos humanos e seu abuso, acredita-se na importância de compreender de fato o que são os direitos humanos, de modo a desmistificar o senso comum e demonstrar a relevância prática de que todos os exerçam indiscriminadamente no cotidiano.

Reitera-se que entender e vivenciar conscientemente os direitos humanos é um idôneo mecanismo para não cair nas armadilhas que a ignorância e os preconceitos nas redes sociais geram, como pregar a superioridade das próprias ideologias frente às demais, disseminar a hostilidade e a intolerância, pensar apenas com a emoção e crer somente naquilo que lhe é conveniente.

Assim, aduz-se a necessidade de estabelecer como diretriz ao exercício das liberdades nas redes sociais a educação em direitos humanos, enquanto forma de garantir a coexistência de direitos dos diferentes grupos e assegurar a dignidade a que todos fazem jus.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, UNESCO, 2007.

BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Conselho Pleno. Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos. Resolução nº 1, de 30 de maio de 2012.

BENEVIDES, Maria Victoria. Educação em Direitos Humanos: de que se trata? Disponível em: <https://bit.ly/2TqODWk>. Acesso em: 08 mar. 2019.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CASTILHO, Ricardo. Direitos humanos. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GADOTTI, MOACIR. Educação em direitos humanos: Contrapon-to ao ódio e à intolerância. In: Revista UniFreire Universitas Paulo Freire, ano 5, edição 5, dez 2017, p. 05-21, ISSN 2357-7266. Disponível em: <<https://bit.ly/2H8Ezel>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

MALHEIRO, Emerson. Curso de direitos humanos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direitos humanos. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. Direitos humanos. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2016.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SOARES, Ana Terse. *Redes Sociais e Aprendizagem Informal: Empregando as perspectivas dos sites de redes sociais para compreender a aprendizagem informal*. In: AYRES, Marcel; CERQUEIRA, Renata; DOURADO, Danila; SILVA, Tarcízio (Org.). *Mídias sociais: perspectivas, tendências e reflexões*. Ebook coletivo: Papel Cliq, 2010.

UNICEF BRASIL. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://uni.cf/2TsPK7X>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

WEIS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

PARTICIPAÇÃO POLÍTICA

DIREITOS DE PARTICIPAÇÃO POLÍTICA E CIDADANIA DE PRESOS PROVISÓRIOS E PRESOS DEFINITIVOS: UMA ANÁLISE DA SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS NA CONSTITUIÇÃO E NA PRÁTICA

Amanda D'Andrea Löwenhaupt

1 Introdução

O presente artigo tem por objeto os direitos de participação política dos presos, em especial o direito de voto, analisados a partir da perspectiva de presos provisórios, de adolescentes em medida de internação, e de presos com condenação penal transitava em julgado.

Pretende-se com isso determinar de que forma são efetivados os direitos políticos dos presos provisórios e quais são as limitações constitucionais aos direitos políticos dos presos.

Em termos específicos, pretende-se apresentar as limitações ao sufrágio universal na figura dos presos definitivos, analisar de que forma se dá a realização dos direitos políticos dos presos provisórios, e questionar a respeito da suspensão dos direitos políticos dos presos definitivos. Estes objetivos específicos correspondem aos capítulos em que foi dividido este trabalho.

No primeiro capítulo, são apresentadas as limitações ao sufrágio universal, tratando-se em especial da suspensão dos direitos políticos dos presos com condenação criminal transitada em julgado, e de que forma esta se dá.

No segundo capítulo, trata-se dos presos provisórios e dos adolescentes em medida de internação, e de que forma se dá o exercício de seu direito de voto, bem como de que maneira o Estado garante este exercício, apresentando resoluções do Tribunal Superior Eleitoral a este respeito, bem como o progresso que foi feito neste sentido desde a promulgação da Constituição Cidadã.

No terceiro capítulo, trata-se da questão do preso com condenação transitada em julgado. Em especial, levanta-se a possibilidade de voto por parte dos réus condenados, e de que forma isto pode ser tanto aplicável quanto benéfico às funções da pena e à própria sociedade democrática.

Esta pesquisa justifica-se pois, aos trinta anos da Constituição Cidadã, os direitos políticos dos presos provisórios continuam a ser violados, somente sendo o direito de voto permitido a parte desta população.

Tem-se por problema de pesquisa a indagação a respeito da forma como se concretizam os direitos políticos dos presos provisórios, bem como quais as consequências da suspensão dos direitos políticos dos presos que contam com condenação transitada em julgado.

A hipótese de pesquisa é de que os direitos políticos dos presos provisórios ainda são em larga medida violados, bem como não ser justificável a previsão constitucional de suspensão dos direitos políticos quando da condenação definitiva por crime.

A metodologia empregada foi a revisão da bibliografia especializada, bem como a análise da legislação pertinente, em especial na forma das resoluções do Tribunal Superior Eleitoral.

2 Limitações ao sufrágio universal: a suspensão dos direitos políticos de presos com condenação criminal transitada em julgado

O sufrágio universal é um dos direitos consagrado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo XXI, “3” (ONU, 1948).

No Brasil, a Carta da República de 1988 traz consigo o sufrágio universal, em resposta direta à saída do período ditatorial.

Contudo, ainda que vede a cassação de direitos políticos, a Lei Maior permite a perda ou suspensão de direitos políticos em alguns casos restritos, previstos no art. 15 da Constituição Federal em rol em numerus clausus (BRASIL, 1988).

Os casos de suspensão ou perda dos direitos políticos são o cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado, a incapacidade civil absoluta, a condenação criminal transitada em julgado, a recusa em cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, e a improbidade administrativa.

Em especial, nos interessa a previsão do inciso III do referido artigo, que estabelece a suspensão dos direitos políticos quando da condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.

Primeiramente, resta claro no dispositivo que a suspensão só é possível para o caso de condenação criminal transitada em julgado, não podendo ser incluídas outras formas de condenação, como administrativa, por ato infracional, penal condenatória recorrível, entre outras.

Aqui é preciso destacar que, para o caso específico da suspensão dos direitos políticos, não é necessário para o término dos efeitos da condenação penal que haja a reparação do dano. O simples cumprimento da pena privativa de liberdade já possibilita o pedido de retorno dos direitos políticos, na medida em que o direito fundamental de participação política não deve ser limitado além do que foi estabelecido na Carta da República.

3 Garantia do direito de voto dos presos provisórios e dos adolescentes submetidos a medida de internação

Conforme apresentamos anteriormente, a Carta da República permite a suspensão dos direitos políticos em caso de condenação criminal transitada em julgado. Sem questionar em um primeiro momento esta previsão, nos debruçamos sobre a questão dos presos provisórios.

Sendo uma norma restritiva de direitos fundamentais, não pode a previsão do art. 15 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) ser interpretada de modo ampliativo. Ainda, a previsão da Lei de Execução Penal estabelece que somente podem ser restritos os direitos dos condenados e internados atingidos por sentença ou por lei (BRASIL, 1984), o que não ocorre para o preso provisório. Assim, a suspensão dos direitos políticos não pode ser aplicada a todos que se encontrem com sua liberdade restrita, mas somente àqueles que já contem com condenação criminal transitada em julgado.

Esta distinção não é sem importância, quando considerado o alto número de presos sem condenação no sistema prisional. Cerca de 40,2%

dos presos não possuem condenação transitada em julgado, totalizando 292.450 presos (DEPEN, 2018).

Além disso, é preciso ressaltar que, não havendo condenação penal transitada em julgado, os presos provisórios contam em seu favor com a garantia da presunção de inocência, também chamada de estado de inocência, estabelecida no art. 5º, inciso LVII, que estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988), o que também encontra respaldo na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no artigo XI, “1” (ONU, 1948). No mesmo sentido, as Regras Mínimas para Tratamento dos Presos também estabelecem a necessidade de tratamento dos presos não julgados como inocentes (CNJ, 2016).

Assim, não pode o preso provisório ser tratado como se condenado fosse, na medida em que isto resultaria em violação de seu estado de inocência. O preso provisório não pode ter seus direitos, salvo o de locomoção, restritos por equiparação ao preso condenado, sob pena de se estar violando a garantia constitucional.

Ainda que o alto índice de presos provisórios leve a uma série de complicações que não serão foco deste trabalho, gostaríamos de destacar os obstáculos para o exercício dos direitos políticos dos presos provisórios no sistema penitenciário.

Não havendo suspensão dos direitos políticos para os presos provisórios, e estando eles custodiados pelo Estado sem a possibilidade de se ausentarem para comparecerem aos seus locais de votação, é dever do Estado estabelecer o acesso dos presos provisórios às zonas eleitorais de modo que possam exercer seus direitos políticos.

Contudo, isto não ocorre na prática para a maioria dos presos provisórios, e a garantia de seus direitos políticos é um processo que se encontra em vagarosa expansão, conforme veremos a seguir.

O primeiro Estado a permitir o voto para os presos provisórios, atingindo somente parte de sua população prisional provisória, foi o Estado de Sergipe. O programa foi implementado pela primeira vez para as eleições de 2002, tendo sido expandido desde então (TSE, 2013).

Já no âmbito federal, a garantia obrigatória dos direitos políticos dos presos provisórios foi primeiro tratada na Resolução nº 23.219, de 2 de março de 2010, do Tribunal Superior Eleitoral (BRASIL, 2010).

A resolução estabeleceu a obrigatoriedade de criação de seções eleitorais especiais em estabelecimentos penais e unidades de internação de adolescentes, de modo a garantir o direito de voto aos presos provisórios e aos adolescentes internados.

É preciso aqui realizar breve adendo para destacar a situação de adolescentes e jovens internados maiores de 16 anos e menores de 21 anos. A medida socioeducativa de internação não é comparável com uma condenação penal, de modo a não se encontrar na previsão constitucional de suspensão dos direitos políticos.

Conforme já salientamos anteriormente, a norma constitucional restringe um direito fundamental, de modo que sua interpretação deve ser também restritiva. Assim, sentença que determine medida socioeducativa de internação, ainda que transitada em julgado, não pode ser considerada como condenação penal transitada em julgado, de modo a não viabilizar a suspensão dos direitos políticos dos adolescentes e jovens afetados.

Assim, a resolução estabelece os grupos que, ainda que privados de liberdade, mantêm os seus direitos políticos e devem ter seu direito de voto respeitado. São eles os presos provisórios, aqueles que encontram-se recolhidos em estabelecimento pela de privação de liberdade sem contudo possuírem condenação penal transitada em julgado, e os adolescentes internados maiores de 16 anos e menores de 21 anos, que estejam submetidos a medida socioeducativa de internação ou internação provisório, sendo que para os maiores de 16 anos e menores de 18 anos o voto é facultativo e depende da manifestação de vontade do adolescente mediante registro eleitoral.

Esta primeira resolução também estabeleceu prazo para a apresentação de cronograma de implementação do sistema de voto para presos provisórios e adolescentes em medida de internação, a ser apresentado pelos TREs nos 30 dias subsequentes à resolução. A possibilidade de cronograma de implementação gradativa foi acrescentada devido à preocupação causada pelo elevado número de presos provisórios, de modo que seria inviável a criação súbita de seções eleitorais para todos os presos provisórios.

Desde este período, novas resoluções foram publicadas entre os atos preparatórios a cada período eleitoral, sendo a mais recente a Resolução nº 23.554, de 18 de dezembro de 2017, do Tribunal Superior Eleitoral (BRASIL, 2017), de modo que consideramos mais pertinente a análise desta.

Na resolução vigente, o preso provisório é tratado no mesmo momento que outros atos preparatórios para as Eleições, não sendo segregado a resolução distinta.

Os presos provisórios e adolescentes em unidades de internação são tratados no capítulo atinente à transferência temporária de eleitores, que ocorre quando, a requerimento do eleitor, este é desabilitado para votar em sua seção de origem e habilitado para votar na seção selecionada, sendo que após o período de Eleições, as inscrições dos eleitores retornam automaticamente para suas seções eleitorais de origem.

As seções em estabelecimentos penais e em unidades de internações tratadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente são disponibilizadas pelos juízes eleitorais sob a coordenação dos tribunais regionais eleitorais, e possuem certas peculiaridades, conforme veremos a seguir.

Inicialmente, é necessário que, para que estejam habilitados a votar, tanto os presos provisórios quanto os adolescentes internados possuam inscrição eleitoral regular. Assim, deverão regularizar sua situação caso assim não se encontre, ou então realizar o alistamento eleitoral, caso não possuam inscrição. No caso de alistamento, as inscrições são vinculadas à zona eleitoral que abranja o estabelecimento onde se encontram, na medida em que é necessária a vinculação a uma zona eleitoral regular, pois as seções realizadas em estabelecimentos prisionais são somente provisórias.

Tanto a regularização quanto o alistamento devem ser ofertados no próprio estabelecimento penal ou unidade de internação, devendo o alistamento e a regularização ser adaptados às necessidades de segurança, sendo os procedimentos de segurança escolhidos por comum acordo entre o juiz eleitoral e os administradores dos estabelecimentos.

Ainda, para que a seção eleitoral seja instalada em estabelecimentos penais e unidades de internação, é necessário que haja ao menos vinte eleitores aptos a votar.

Esta previsão é análoga à previsão do art. 136 do Código Eleitoral, que estabelece a obrigatoriedade de seções eleitorais em vilas, povoados e estabelecimentos de internação coletiva onde haja um número mínimo de cinquenta eleitores.

Contudo, já havendo estabelecido um número mínimo de eleitores menor do que o previsto no Código Eleitoral, não pode nova resolução expandir esse número, ainda que dentro da previsão de cinquenta eleitores

do Código. Este posicionamento foi firmado em 2014, quando da tentativa do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo de exigir o número mínimo de cinquenta eleitores para a instalação da seção eleitoral especial, ainda que a resolução do TSE, bem como a Resolução nº 244/2012 do próprio TRE/SP estabelecesse o mínimo de vinte eleitores. O Ministério Público Federal defendeu que esta exigência constituiria violação do princípio da proibição de retrocesso em direitos humanos, apontando que grande parte das unidades beneficiadas não mais contariam com seção eleitoral especial, ainda, apontando que, no caso de adolescentes, cada unidade de internação não deve atender mais do que quarenta adolescentes, segundo orientações do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, de modo que seria inviável a concretização do direito de voto com esta exigência. Assim, não é possível regredir e expandir o número mínimo de eleitores para além dos vinte consagradas nas resoluções do TSE (PRE/SP, 2014).

O TRE/SP possui um histórico de se posicionar contrariamente ao voto dos presos provisórios, tendo decidido ainda em 2009 que o voto dos presos provisórios era “inexequível”, apesar de já estar sendo realizado em outros Estados da Federação que possuíam menos recursos dos que os disponíveis para o Estado de São Paulo (DORINI e SALGUEIRO, 2010).

Ainda segundo as normas da resolução, caso não seja possível a instalação de seção eleitoral especial, é preciso que seja estabelecida forma de recebimento de justificativa eleitoral, tanto nos estabelecimentos penais como nas unidades de internação.

A transferência para a seção eleitoral especial é realizada mediante formulário assinado pelo eleitor e encaminhado pelo administrador do estabelecimento penal, o que deve ser realizado dentro do período de cadastramento eleitoral, sendo que podem votar nesta seção, além dos presos provisórios e adolescentes internados, os funcionários do estabelecimento, como agentes penitenciários, bem como os mesários que ali atuarem.

Cumprir destacar que, como há transferência da seção eleitoral, caso seja posto em liberdade, o preso provisório não poderá votar em sua seção de origem, salvo se realizar o cancelamento do pedido dentro do prazo estabelecido na resolução, contudo, poderá retornar ao estabelecimento exclusivamente para realização do voto, ou então apresentar justificativa, sendo que a mesma regra é válida para eleitores submetidos a medidas cautelares alternativas à prisão.

A veiculação de propaganda eleitoral nos estabelecimentos também ocorre de forma distinta, devendo ser definida pelo juiz eleitoral.

Finalmente, no caso de estabelecimentos penais e de unidades de internação, não é válida a restrição de cem metros da seção eleitoral para a presença de força armada, contudo, a aproximação do local de votação não pode se dar de forma que comprometa o sigilo do voto.

Em resposta aos argumentos contrários ao voto do preso provisório, elencando problemas logísticos, Zaccone, delegado titular da 52^a DP/RJ, apresentou com base na experiência com os presos provisórios em sua delegacia os seguintes contra-argumentos:

Vimos que o preso domiciliado aqui que recebeu o alvará de soltura pode retornar pra cá só pra votar. E tem outro aspecto: nós podemos garantir aos presos que não conseguiram, por algum motivo, tirar o título eleitoral nessa seção justificar, perante a Justiça Eleitoral, o seu voto, o que também ocorreu. Sobre o preso transferido para outra delegacia, ele pode ser transferido para a custódia onde ele tem o título, dois dias antes da eleição. Por exemplo, se eu tiver algum preso que tirou o título nesta sessão mas que foi transferido para outra unidade, eu posso muito bem transferi-lo dois, três dias antes para ele ficar aqui somente no período eleitoral e poder votar. A questão toda 449 é a seguinte: saber se há interesse político em fazer valer esse direito ou não. A discussão é no campo da política. Tudo o que se coloca de contra-argumento são argumentos políticos que muitas vezes visam retirar o direito do preso provisório de votar. (ZACCONE apud SILVA, 2009).

Contudo, ainda que o número de presos provisórios que exercem seu direito de voto seja crescente, este ainda não está disponível à totalidade dos presos provisórios por uma série de fatores, entre eles a ausência de seções eleitorais especiais em localidades com baixo número de eleitores em potencial entre os presos provisórios, e a falta de documentos dos próprios presos provisórios, bem como sua falta de regularidade com as prestações eleitorais, o que exige um processo mais longo para sua habilitação (SSP/RS, 2018).

Sendo o direito ao voto também um dever de todo o cidadão, o Estado tem a obrigação de garantir a possibilidade de sua execução, não podendo discriminar para que cidadãos irá garantir esta execução. No caso de conflito com a lei, somente a condenação penal transitada em julgado

permite a suspensão dos direitos políticos, de modo que negar o direito de voto aos presos provisórios, presumidamente inocentes até o trânsito em julgado de condenação, e dos adolescentes em conflito com a lei, que se encontram em uma internação socioeducativa que não tem natureza de pena e portanto não pode ser confundida com condenação criminal, constitui discriminação injustificada por parte do Estado (DORINI e SALGUEIRO, 2010).

Já tendo se passado trinta anos da promulgação da Constituição Cidadã, que veio para estabelecer o sufrágio universal, não pode o Estado seguir a negar o direito de voto para parte de sua população, quando não há base constitucional para esta limitação.

Contudo, surge ainda outro problema ao se tratar de prisão e exercício dos direitos políticos, qual seja, a legitimidade da suspensão dos direitos políticos dos condenados por sentença transitada em julgado por parte da ordem constitucional, conforme veremos a seguir.

4 Direito de participação política e o condenado definitivo: discussões a respeito do sufrágio dos presos

Tendo sido superada a urgente necessidade de garantia do direito ao voto para os presos provisórios e para os adolescentes internados, passamos a uma discussão mais controversa, buscando determinar se a suspensão dos direitos políticos dos condenados definitivos ainda tem lugar na nossa democracia contemporânea.

Primeiramente, é preciso estabelecer que a possibilidade de exercício do direito de voto por parte de presos com condenação definitiva transitada em julgado não é inédita no cenário internacional, ainda que não tenha contado ainda com experiência nas terras pátrias.

Um exemplo interessante neste sentido é a experiência canadense, onde a Suprema Corte decidiu, no caso *Sauvé v. Canadá*, ser inconstitucional a previsão genérica dos direitos políticos, determinando que esta deveria ser expressamente realizada caso a caso, devido à importância do direito de voto para cada cidadão (DORINI e SALGUEIRO, 2010). A decisão da Suprema Corte do Canadá trouxe a previsão:

A legitimidade da lei e a obrigação de obedecer à lei defluem diretamente do direito de cada cidadão votar. Rejeitar aos presos o direito de

votar é perder um importante meio de ensiná-los valores democráticos e responsabilidade social. A novel teoria política do governo de permitir que representantes eleitos desabilitem um segmento da população não encontra lugar em uma democracia construída sob os princípios da inclusão, igualdade e participação cidadã. (MCLACHLIN et al, apud DORINI e SALGUEIRO, 2010).

Um dos principais argumentos da decisão é justamente a impossibilidade de se limitar a participação política de certos seguimentos da população, o que não teria lugar em uma democracia que se propõe baseada no sufrágio universal.

Ainda, se a pena privativa de liberdade tem a função também de preparar o indivíduo para o retorno à sociedade, a manutenção da importância do exercício do voto também pode se apresentar como elemento para tal.

Não há que se justificar que, em uma Constituição que se pretenda cidadã, os indivíduos condenados por sentença penal transitada em julgado tenham sua cidadania reduzida perante os outros cidadãos (SILVA, 2009).

Não se está a afirmar que a realização de eleições que permitam o voto por parte de presos condenados seja sem dificuldades, ou mesmo que não deva ser possível a suspensão de direitos políticos em nenhum caso de condenação, mas a própria experiência brasileira com o voto dos presos provisórios demonstra a possibilidade de realização de seção eleitoral dentro de presídios.

Ainda, um dos obstáculos para a concretização dos direitos políticos por parte dos presos provisórios é a regularização de seu registro, bem como a necessidade de contato com o juiz do processo para determinar que não houve condenação entre o período de inscrição e o dia da eleição. Contudo, caso o direito de voto fosse estendido a todos, isso não seria necessário, na medida em que a condenação não obstará o direito de voto.

Considerando se tratar a suspensão de direitos políticos de restrição de direitos fundamentais, nada impede que esta previsão seja suprimida, de modo a ampliar a aplicação dos direitos políticos.

Cumprе destacar que já houve proposta de emenda constitucional neste sentido, para permitir o voto dos condenados, a PEC nº 65 de 2003, contudo, esta foi arquivada em 2011.

5 Considerações finais

Ao longo deste trabalho, buscamos determinar de que forma são efetivados os direitos políticos dos presos provisórios e quais são as limitações constitucionais aos direitos políticos dos presos.

Para isto, apresentamos as limitações constitucionais ao sufrágio universal, tratando em especial da suspensão dos direitos políticos os presos com condenação penal transitada em julgado. Ainda, analisamos a forma de concretização dos direitos políticos dos presos provisórios, e questionamos a respeito da suspensão dos direitos políticos dos presos definitivos.

Inicialmente, apresentamos o rol do art. 15 da Constituição Federal como se tratando de rol em numerus clausus, para então nos debruçarmos sobre a terceira hipótese do artigo.

Determinamos que somente a condenação criminal transitada em julgado, qual seja, a da qual não é mais possível recurso, pode ensejar a suspensão dos direitos políticos com base no inciso III.

Ainda, determinamos que o retorno dos direitos políticos não depende de prévia reparação do dano do ilícito penal, bastando o cumprimento da pena.

Destacamos que a suspensão dos direitos políticos não pode atingir os presos provisórios, em virtude do princípio da presunção de inocência, de modo que estes devem ter seu direito de voto resguardado.

Determinamos que, sendo o voto um direito e um dever de cada cidadão, o Estado tem especial responsabilidade em o garantir para aqueles que se encontram sob sua custódia, sob pena de discriminação ilegítima entre os cidadãos.

Analisamos a forma como o direito de voto dos presos provisórios vem sendo garantido, de modo a determinar que apesar de passados trinta anos do sufrágio universal que também os atinge, os presos provisórios ainda têm seus direitos políticos violados, na medida em que somente uma pequena parcela deles recebe a possibilidade de votar nas seções eleitorais especiais estabelecidas dentro dos estabelecimentos penais.

Tratamos também da questão dos jovens internados maiores de 16 anos e menores de 21 anos, que se encontram em situação similar aos presos provisórios, na medida em que possuem direitos políticos assegurados pela Constituição Cidadã sem que estes sejam integralmente garantidos na prática.

Analisamos o procedimento para a realização das eleições dentro dos estabelecimentos penais e de internação para medida socioeducativa, determinando que não pode o procedimento se tornar mais rigoroso para abranger um menor número de eleitores devido ao princípio do não retrocesso em matéria de direitos humanos.

Por fim, tratamos da possibilidade do direito de voto para presos com condenação definitiva, trazendo o exemplo realizado no Canadá;

Determinamos que a possibilidade de exercício do voto por parte dos presos definitivos apresenta potenciais consequências positivas para uma maior integração social do apenado, bem como determinamos que o procedimento adotado para a garantia do voto dos presos provisórios pode ser expandido a todos os presos.

Assim, concluímos não ser legítima a previsão constitucional de suspensão dos direitos políticos dos presos com condenação penal transitada em julgado.

6 Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 jun. 2018.

BRASIL. Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Brasília, DF, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 20 jun. 2018.

BRASIL. Resolução nº 23.219, de 2 de março de 2010. Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2010/RES232192010.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

BRASIL. Resolução nº 23.554, de 18 de dezembro de 2017. Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2017/RES235542017.html>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Regras de Mandela – Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>>. Acesso em 05 jun. 2018.

DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Junho de 2016. Ministério da Justiça e Cidadania. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/relatorio_2016_2211.pdf> Acesso em: 19 jun. 2018.

DORINI, João Paulo de Campos; SALGUEIRO, Fernanda Elias Zaccarelli. O direito de voto dos presos provisórios e dos adolescentes submetidos a medidas socioeducativas. Revista da Defensoria Pública da União. 2010. Disponível em: <http://www.dpu.def.br/images/es-dpu/revista/artigo03_-_jo%C3%A3o_paulo_de_campos_dorini_e_fernanda_elias_zaccarelli_salgueiro.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – PRE/SP. Direito de voto dos presos provisórios. 2014. Online. Disponível em: <<http://www.presp.mpf.mp.br/index.php/grandes-temas-de-direito-eleitoral/diretoriniito-de-voto-dos-presos-provisorios>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Paris: 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>> Acesso em 10 jul. 2018.

SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA/RIO GRANDE DO SUL. Presos provisórios do RS poderão votar nas eleições 2018, 16 de março de 2018. Online. Disponível em: <<https://estado.rs.gov.br/presos-provisorios-do-rs-poderao-votar-nas-eleicoes-2018>>. Acesso em 10 jul. 2018.

SILVA, Carlos Eduardo Cunha Martins. A prerrogativa de sufrágio dos presos como radicalização da vontade democrática. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009, p. 436-459. Disponível em: < http://publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2052.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2018.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Série Inclusão: presos provisórios têm direito assegurado para participação cidadã na democracia, 17 de abril de 2013. Online. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2013/Abril/serie-inclusao-presos-provisorios-tem-direito-assegurado-para-participacao-cidada-na-democracia>>. Acesso em 10 jul. 2018.

PARTICIPAÇÃO SOCIAL E ILUMINAÇÃO PÚBLICA NO MUNICÍPIO DE MANAUS

Bárbara Dias Cabral

Introdução

Quando se trata de conservação ambiental, a participação popular possui especial relevância, por lidar com bens e direitos difusos e coletivos. Se a população diretamente atingida pelas decisões estatais é ouvida, a possibilidade de danos ao meio ambiente e à sociedade é reduzida.

Embora a doutrina jurídica e as normas brasileiras façam menção à temática, há exemplos de sua aplicação? O objetivo é apresentar os preceitos doutrinários e legais sobre participação popular em questões ambientais, em todas as esferas públicas, além de mostrar um exemplo concreto e recente de seu aproveitamento na esfera municipal.

A metodologia empregada é a pesquisa bibliográfica. Para tanto, o trabalho se propõe a conceituar Participação Popular e apontar sua previsão na legislação federal. Num segundo momento, abordará a legislação municipal em Manaus quanto a mesma matéria. Por fim, apresentará a Participação Popular & Meio Ambiente na prática: relatos sobre uma audiência pública para tratar sobre a concessão de iluminação pública sustentável no Município de Manaus.

1. A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA LEGISLAÇÃO FEDERAL

Sobre a conceituação de Participação Popular, Teixeira (2009) explica que teria a conotação intervenção nas decisões relativas à vida privada dos indivíduos, em todos os aspectos cotidianos, assim como local de moradia, preservação da saúde, em que ofício trabalhar etc. A seguir será apresentada a fundamentação constitucional da Participação Popular, bem como sua previsão no Estatuto da Cidade.

No Dicionário de Políticas Públicas, explana Gontijo (2015, p. 314) que:

Existem pelo menos três formas de participação política: a) a participação como presença – o participante não se posiciona em relação aos assuntos tratados (fazer parte); b) a participação como ativação – o participante desenvolve, dentro ou fora de uma participação política, uma série de atividades que lhe foram confiadas por delegação permanente, de que é incumbido de vez em quando, ou que ele mesmo pode promover (tomar parte); c) a participação estrita – o participante contribui diretamente, com base em suas escolhas vinculadas a interesses comuns, de decisões políticas (ter parte).

Cada uma das três formas apresentadas de participação tem seu momento. Porém, o destaque está na participação estrita quanto às questões ambientais; a população deve ter voz, pois decisões que impactam o meio ambiente podem ter consequências irreversíveis.

1.1 A Participação Popular na Constituição e Legislação Federal

O processo participativo da população em relação à Administração Pública deve ocorrer em todos os níveis do processo democrático e em todas as esferas do Poder. A Constituição Federal da República Federativa do Brasil reconheceu tal direito em diversos momentos. Ab initio, previu a iniciativa popular nos procedimentos legislativos (BRASIL, 1988):

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 2º A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

A Constituição Federal dá a devida abertura para que cidadãos se manifestem sobre a edição de novos textos legais. Ademais, fala sobre o poder de ação da sociedade quando traz no artigo 14, III (BRASIL, 1988) que 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 a iniciativa popular.

O tema também está presente quando trata da atuação de representantes da sociedade civil em órgãos colegiados dotados de poderes normativos (BRASIL, 1988):

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo:

XIII - dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

Ou seja, na composição do CNJ há expressa previsão constitucional para que dois cidadãos sejam integrantes, atendidos os requisitos propostos. Desta forma, há representatividade do povo nas decisões do referido Conselho.

Conforme Moraes (2003, p. 41): o princípio democrático exprime fundamentalmente a exigência da integral participação de todos e de cada

uma das pessoas na vida política do país. Complementando a ideia, Bobbio (1993, p.117), ensina que: sem respeito às liberdades civis, a participação do povo no poder político é um engano, e sem essa participação popular no poder estatal, as liberdades civis têm poucas probabilidades de durar.

Consoante o art. 14, I da CF (BRASIL, 1988): 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 o plebiscito. Cabe à sociedade tomar parte na formulação e na execução de políticas ambientais nas hipóteses de realização de plebiscitos.

Seguindo o pensamento constitucional, a participação popular também encontra previsão na legislação federal. Especialmente quando se trata de questões ambientais, cumpre à sociedade atuar diametralmente na defesa do meio ambiente, de acordo com o art. 11, § 2º, da Resolução nº 001 (CONAMA, 1986):

Respeitado o sigilo industrial, assim solicitando e demonstrando pelo interessado o RIMA será acessível ao público. Suas cópias permanecerão à disposição dos interessados, nos centros de documentação ou bibliotecas da SEMA e do estadual de controle ambiental correspondente, inclusive o período de análise técnica, [...] Ao determinar a execução do estudo de impacto ambiental e apresentação do RIMA, o estadual competente ou o IBAMA ou, quando couber o Município, determinará o prazo para recebimento dos comentários a serem feitos pelos órgãos públicos e demais interessados e, sempre que julgar necessário, promoverá a realização de audiência pública para informação sobre o projeto e seus impactos ambientais e discussão do RIMA.

Nos casos de EIA-RIMA envolvendo projetos com relevante impacto ambiental, o poder público, em todas as esferas, é responsável por tomar a iniciativa de realizar uma audiência pública. Não apenas para informação à sociedade, mas para ouvi-la antes de tomar decisões, na busca do melhor resultado para todos os envolvidos.

A participação popular nas questões relacionadas ao ambiente se dá por meio de representantes da sociedade civil em órgãos colegiados responsáveis pela formulação de diretrizes e pelo acompanhamento da exe-

cução de políticas públicas; por ocasião da discussão de estudos de impacto ambiental em audiências públicas.

Outro mecanismo de participação popular direta na proteção do meio ambiente é feito mediante o Poder Judiciário. Há uma série de instrumentos processuais que viabilizam a prestação jurisdicional na área ambiental.

Cita-se, por exemplo, a Ação Civil Pública Ambiental. Conforme previsão no art. 1º, I da Lei nº 7.347/85 (BRASIL, 1985): Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados[...] ao meio-ambiente.

Antes da publicação da Lei da Ação Civil Pública, a defesa do meio ambiente estava restrita às ações individuais e à atividade administrativa do Poder Público no exercício do poder de polícia administrativa.

1.2 A Participação Popular no Estatuto da Cidade

Para uma gestão municipal democrática é preciso participação popular. Preza o Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001) no art. 2º, II, que:

A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais [...] gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.

Explanando sobre a questão está Perez (2004, p.32):

a democracia participativa baseia-se na abertura do Estado a uma participação popular maior do que admitida no sistema da democracia puramente representativa. Para tanto, democracia participativa conta com instrumentos institucionais até certo ponto novos (iniciativa popular de leis, referendo) que, importam na modificação do modo de atuação de todos os poderes estatais e na alteração do relacionamento Estado-sociedade.

No Estatuto da Cidade também há previsão para o controle social, garantida a participação de comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil. Especificamente quanto à elaboração do Plano Diretor, garante a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade.

A gestão participativa e democrática garante a participação da população nas discussões e debates sobre o destino do município, de maneira que os cidadãos possam manifestar suas ideias, influenciando, assim, o futuro da cidade de uma forma mais benéfica à coletividade.

Cumprê destacar que o referido Estatuto não se prendeu a inserir a gestão democrática da cidade apenas de forma principiológica. Ao contrário, o legislador discriminou em capítulo próprio as formas de manifestação prática da participação popular (artigos 43, 44 e 45).

2. A LEGISLAÇÃO MUNICIPAL EM MANAUS E PARTICIPAÇÃO POPULAR

Audiências públicas, debates com associações representativas dos vários segmentos comunitários, publicização de documentos e disseminação das informações produzidas...são formas de Participação Popular em âmbito municipal.

A Constituição do Estado do Amazonas, no §2º de seu artigo 3º assevera que a soberania popular será exercida, entre outros meios, pela participação da coletividade na formulação e execução das políticas de governo. A seguir, será tratada a questão na Lei Orgânica no Município de Manaus bem como em seu Plano Diretor.

2.1 A Lei Orgânica do Município de Manaus

Com a Constituição de 1988, (in)diretamente nasceram novos meios de participação, unindo a democracia representativa com a democracia participativa (FLEURY, 2006). Esses mecanismos foram, posteriormente, implantados nos estados e municípios mediante Constituições Estaduais, Leis Orgânicas municipais e outros mecanismos legislativos.

A Lei Orgânica do Município de Manaus, promulgada três anos após a Constituição Federal, em seu artigo 41 garante à população manauara

as sessões ordinárias da Câmara Municipal, de pessoas ou entidades representativas da população, para reivindicar ou apresentar sugestões sobre assuntos de interesse da comunidade.

Vinte anos antes da LOA de Manaus, o Projeto Jaraqui nasceu, com o apoio de intelectuais e professores. O objetivo do projeto é discutir com a população assuntos ligados à política, economia e cultura sem ligações diretas com partidos políticos. Já em 2013 foi lançada a campanha ‘Poder Popular – Exercendo a cidadania’. O vereador Bibiano afirmou que (CMM, 2013):

Assim como ocorre no cenário nacional, a participação popular no Legislativo é considerada tímida. A maioria das pessoas imagina que a sua contribuição no cenário político limita-se ao momento de colocar o seu voto na urna e esse pensamento deve ser mudado, sobretudo porque a Constituição Federal garante ao povo a prerrogativa do poder.

Em seu artigo 15, a supracitada LOA trata da questão do exercício da soberania popular por meio da participação e controle da coletividade quanto à formulação e execução das políticas de governo em áreas como desenvolvimento socioeconômico e meio ambiente, entre outras.

Já em seu artigo 16 reza sobre os meios processuais que asseguram a participação do povo das questões de relevância coletiva: o plebiscito e o referendo, além da iniciativa popular. Desta forma, é possível concluir que há um empenho legislativo do município de Manaus em garantir que a sociedade se inteire das questões políticas, incluindo assuntos ambientais.

2.2 Plano Diretor do Município de Manaus

Em expressão previsão, a LOA-Manaus afirma que o Plano Diretor deverá ser elaborado com a participação das entidades representativas da comunidade diretamente interessadas (art. 227 §1º). Sobre a importância da Participação Popular nas políticas públicas desenvolvidas no seio do município, tem-se que (COELHO, 2008):

Em âmbito municipal o exercício da democracia diretamente pelos detentores do poder é possível e, desta forma, a participação popular na Administração municipal pode ser muito mais intensa do que em outras esferas federativas, onde os limites territoriais apresentam-se como empecilho. O art. 29, XII, da Carta Magna indica como preceito aos municípios a cooperação das associações representativas no planejamento municipal.

Por sua vez, o Plano Diretor do Município de Manaus-PDMM prevê a participação popular em diversas situações: atividades turísticas (art. 17, IV), acesso à moradia (art. 29, IV), planejamento e na gestão da Cidade (art. 38, III). Fala também na possibilidade de criação de conselhos comunitários de gestão urbana (art. 39, XII).

Já o artigo 35 do PDMM institui como objetivo da Gestão Democrática o impulso dos mecanismos para construção de uma gestão urbana corresponsável, visando uma maior participação da sociedade em diferentes níveis.

No artigo seguinte, o PDMM institui como uma das diretrizes da gestão democrática: a efetiva participação da sociedade no planejamento da cidade, estabelecendo um compromisso com a aplicação desta Lei Complementar, seu monitoramento e avaliação.

Em relação ao desenvolvimento sustentável regional, faz previsão de participação de agentes econômicos e de instituições locais (art. 58, IV), bem como em caso de operações urbanas consorciadas¹¹⁷ (art. 104).

Nota-se que tanto a Constituição do Estado do Amazonas quanto o Plano Diretor do Município de Manaus se preocuparam em estar em conformidade com a Constituição Federal em relação à Participação Popular. Embora preceitos legais não sejam suficientes para a efetividade de tal participação social, e o início. Cumpre ao Poder Público desenvolver políticas públicas que tragam efetividade – o que será abordado em capítulo oportuno.

117 É considerada operação urbana consorciada o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Executivo, reguladas por lei municipal específica e realizadas com a participação de proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e valorização ambiental em uma área específica da cidade.

3. A QUESTÃO DA ILUMINAÇÃO PÚBLICA NO MUNICÍPIO DE MANAUS

Nos capítulos anteriores foram apresentados os fundamentos legais para a Participação Popular; tanto na esfera federal, como na Estadual e Municipal. Neste capítulo será apresentada a participação social especificamente relacionada à gestão da concessão de iluminação pública no Município de Manaus.

Para melhor compreensão das informações abaixo apresentadas, é preciso destacar que a questão da iluminação pública é assunto pertinente ao meio ambiente, pois este se desdobra nas dimensões artificial, natural, cultural e do trabalho (FIORILLO e RODRIGUES, 1995, p.111).

Desta forma, quando a norma ou determinada política pública garantem participação da sociedade nas questões públicas ambientais, está incluso a sua participação para a resolução de problemas de iluminação artificial.

3.1 A concessão de iluminação pública no município de Manaus

Como já foi explicado, a questão da iluminação pública faz parte das temáticas ambientais. Portanto, cumpre apresentar o Código Ambiental de Manaus (Lei nº 605, de 24 de julho de 2001) e suas previsões sobre o assunto.

Em Manaus, a participação popular, a prestação de informações relativas ao meio ambiente e o envolvimento da comunidade são objetivos da Política Municipal de Meio Ambiente (art. 3º, VIII).

Aduz também que o Planejamento Ambiental¹¹⁸ tem por princípio a participação dos diferentes segmentos da sociedade organizada na sua elaboração e na sua aplicação (art. 24, VI). Também é princípio e objetivo da educação ambiental (art. 79, I e art. 80, IV)

118 O Planejamento Ambiental é o instrumento da Política Ambiental, que estabelece as diretrizes visando o desenvolvimento sustentável do Município. É um processo dinâmico, participativo, descentralizado e lastreado na realidade socioeconômica e ambiental local que deve levar em conta as funções da zona rural e da zona urbana.

Sobre a concessão de iluminação pública no município de Manaus, cabe apresentar a linha do tempo da matéria:

- Decreto nº 4.133, de 15/08/2008: dispõe sobre a administração do serviço de iluminação pública em Manaus. Entende por “Serviço de Iluminação Pública” o serviço público que tem por objetivo exclusivo prover claridade, de forma periódica, contínua ou eventual, aos logradouros públicos, aí incluídos avenidas, ruas, travessias, vielas, becos, escadarias, escadões, travessas, praças, passeios, parques, áreas de lazer, campos de futebol, quadras de uso público, terminais e pontos de transporte público, faixas de pedestres, trevos, pontes, viadutos e demais áreas comuns institucionais de livre acesso.
- Extrato de 23/11/2018: prorroga por mais doze (12) meses do contrato nº 010/2015 – Casa Civil, cujo objeto consiste no Serviço de Gestão Completa e Execução do Sistema de Iluminação Pública (SIP). O valor global estimado do contrato importa a quantia de R\$55.149.492,81 (cinquenta e cinco milhões, cento e quarenta e nove mil, quatrocentos e noventa e dois reais e oitenta e um centavos) devidos à empresa FM Rodrigues & CIA Ltda.
- Portaria nº 010/2019 – SEMPPE: Constituiu a Comissão de Acompanhamento e Fiscalização da Execução do Contrato nº 010/2015 e seus aditivos.

Como foi visto, em questões ambientais, incluindo a iluminação pública, é garantida à população sua participação nas decisões públicas sobre o tema. Por meio do Diário Oficial do Município de Manaus é dada ampla publicidade sobre tais decisões.

3.2 Audiência pública sobre o plano de iluminação no município de Manaus

Haveriam muitos exemplos no Município de Manaus para demonstrar a efetividade da Participação Popular. Conforme Varella (2003, p. 323), a participação é: extremamente importante e produz resultados concretos, tanto internacional como localmente. Desta forma, prever legalmente a participação popular é um dos primeiros passos para o avanço da democracia e, a nível mais específico, para o desenvolvimento sustentável.

Participar significa que a opinião de uma pessoa pode ser levada em conta. É um desafio permanente ensinar a participação (MACHADO, 2011, P. 106). Cabe aqui o destaque à participatividade social referente as decisões sobre iluminação pública nos últimos anos:

- Por meio de seu sítio eletrônico (MANAUS, 2018), a prefeitura informou à população sobre audiência pública para discutir concessão da iluminação pública. Informou que Manaus possui mais de 127 mil pontos de iluminação pública, dos quais 49,6 mil são luminárias de LED instaladas, representando em torno de 39% da rede de iluminação pública da cidade e que buscará a substituição de 100% das luminárias convencionais para led¹¹⁹;
- Houve também aviso sobre a referida audiência publicado por meio do Diário Oficial do Município, marcada para 04 de janeiro de 2019 (MANAUS, 2018);
- Por fim, foi publicada a ata da supramencionada audiência (Manaus, 2019), em 15 de janeiro de 2019. Destacou a presença de representantes de diversas áreas do poder público. Informou que o uso do led trará os seguintes benefícios sociais: uma economia de até 30% de energia elétrica; uma cidade mais clara e segura; uma vida útil mais longa e sustentável.

Ademais, na referida audiência avisou-se que perguntas que não puderem ser respondidas na ocasião seriam repassadas aos organizadores dos eventos para posterior esclarecimento. Registrou que as sedes da SEM-PPE e AGEMAN estão de portas abertas a todos os interessados nessa concessão, dentro dos cinco dias úteis.

Demonstra-se aqui a pro-atividade do poder público municipal em inserir a sociedade em sua gestão. A publicidade de tal audiência foi dada. Cabe aos interessados acompanhar o sítio eletrônico da prefeitura bem como o Diário Oficial do Município para ficar a par das oportunidades de discussão sobre questões ambientais públicas. A transparência também ocorreu por meio da publicação da ata no Diário Oficial do Município.

119 A lâmpada LED traz muitas vantagens, entre elas, mais luminosidade, durabilidade, melhor qualidade de luz, menor emissão de calor, além de ser menos prejudicial ao meio ambiente.

Considerações Finais

Em termos de artigos de lei, foi possível perceber que o Brasil está bem servido quando o assunto é Participação Popular. Tanto na esfera federal, quando estadual e municipal. Especialmente quando se trata de meio ambiente. O trabalho dividiu-se três capítulos.

O primeiro concluiu que a Participação Popular é princípio constitucional, além de ser assunto tratado na legislação federal. O segundo pontuou sua previsão na Lei Orgânica e no Plano Diretor do Município de Manaus.

O terceiro capítulo destacou pontos relevantes referentes à concessão de iluminação pública no município de Manaus e apresentou um caso prático de participação popular ambiental: uma audiência pública sobre Iluminação Pública sustentável.

Como foi dito, ainda é tímida a participação popular nos assuntos da vida pública, seja sobre questões ambientais ou outras áreas da atuação política. Porém, Manaus tem feito sua parte, com Publicidade e Transparência, para inserir sua população no cotidiano da administração pública.

Referências

AMAZONAS. Constituição do Estado do Amazonas. Promulgada em 5 de outubro de 1989.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade y libertad*. Barcelona: Paidós, 1993.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências.

_____. Lei no 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.

COELHO, Luana Xavier Pinto. Garantias procedimentais do princípio democrático. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5155 Acesso em 15 março de 2019.

CONAMA. Resolução nº 001/1986. Dispõe sobre critérios básicos e diretrizes gerais para a avaliação de impacto ambiental. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=23>>. Acesso em: 18 março de 2019.

Dicionário de Políticas Públicas: volume 2/ Carmen Lúcia Freitas de Castro, Cynthia Rúbia Braga Gontijo, Luciana Moraes Raso Sardinha Pinto (organizadores). – Barbacena: EdUEMG, 2015.

FIORILLO, Celso A. P., RODRIGUES, Marcelo Abelha. Direito ambiental e patrimônio genético. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FLEURY, Sonia. Iniciativa popular. In: ANASTASIA, Fátima; AVRITZER, Leonardo (Org.). Reforma política no Brasil. Belo Horizonte: UFMG, 2006. p. 94-98.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2011.

MANAUS. Lei Orgânica do Município de Manaus. Promulgada em 5 de abril de 1990.

_____. Edital de aviso de audiência pública. Disponível em: <http://dom.manaus.am.gov.br/pdf/2018/dezembro/DOM%204495%2010.12.2018%20CAD%201.pdf> Acesso em 19 mar de 2019.

_____. Câmara Municipal de Manaus. Campanha quer incentivar a apresentação de projetos de iniciativa popular à Câmara Municipal de Manaus. <http://www.cmm.am.gov.br/campanha-quer-incentivar-a-apresentacao-de-projetos-de-iniciativa-popular-a-camara-municipal-de-manau/> Acesso em 18 março de 2019.

_____. Lei nº 605, de 24 de julho de 2001. Institui o Código Ambiental do município de Manaus e dá outras providências. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/am/m/manaus/lei-ordina>

ria/2001/60/605/lei-ordinaria-n-605-2001-institui-o-codigo-ambiental-do-municipio-de-manaus-e-da-outras-providencias Acesso em 19 mar de 2019.

_____. Lei Complementar nº 002, de 16 de janeiro de 2014. DISPÕE sobre o Plano Diretor Urbano e Ambiental do Município de Manaus e dá outras providências. Disponível em: <http://dom.manaus.am.gov.br/pdf/2014/janeiro/DOM%203332%20.01.2014%20Es.pdf> Acesso em 19 mar de 2019.

_____. Decreto nº 4133 de 15/08/2018. Dispõe sobre a administração dos serviços de iluminação pública e dá outras providências. Disponível em: [_http://dom.manaus.am.gov.br/pdf/2018/agosto/DOM%204422%2015.08.2018%20CAD%201.pdf/view](http://dom.manaus.am.gov.br/pdf/2018/agosto/DOM%204422%2015.08.2018%20CAD%201.pdf/view) Acesso em 19 mar de 2019.

_____. Extrato de 23/11/2018. Prorrogação por mais doze (12) meses do contrato nº 010/2015 – Casa Civil, cujo objeto consiste no Serviço de Gestão Completa e Execução do Sistema de Iluminação Pública (SIP). Disponível em: <http://dom.manaus.am.gov.br/pdf/2018/dezembro/DOM%204496%2011.12.2018%20CAD%201.pdf> Acesso em 19 mar de 2019.

_____. Ata de Audiência Pública realizada em 04/01/2019, para outorga da concessão da prestação de Serviço de Gestão Completa e Execução do Sistema de Iluminação Pública (SIP) do Município de Manaus. Disponível em: <http://dom.manaus.am.gov.br/pdf/2019/janeiro/DOM%204517%2015.01.2019%20CAD%201.pdf/view> Acesso em 19 mar de 2019.

_____. Prefeitura de Manaus prepara audiência pública para discutir concessão da iluminação pública. Disponível em: <https://ageman.manaus.am.gov.br/prefeitura-de-manaus-prepara-audiencia-publica-para-discutir-concessao-da-iluminacao-publica/> Acesso em 19 mar de 2019.

_____. Portaria nº 010/2019 – SEMPPE. Constituir Comissão de Acompanhamento e Fiscalização da Execução do Contrato nº 010/2015 e seus aditivos. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/225408065/dom-manaus-caderno1-25-01-2019-pg-6> Acesso em 19 mar de 2019.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003.

PEREZ, Marcos Augusto. A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004

TEIXEIRA, M.L. et al. Participação em saúde: do que estamos falando? Sociologias, Porto Alegre, ano 11, n. 21, 2009.

VARELLA, Marcelo Dias. Direito internacional econômico ambiental. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

UMA ANÁLISE LUSO-BRASILEIRA DOS INSTITUTOS DE PLEBISCITO E DE REFERENDO E REFLEXÕES ACERCA DA PARTICIPAÇÃO POPULAR EM DEMOCRACIAS SEMIDIRETAS

Bruna Franceschini

Introdução

O presente artigo dedica-se a desvelar algumas das nuances atreladas à participação popular, partindo do pressuposto elementar de que a participação política do cidadão é um direito humano assente, no artigo 21 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

Muito comenta-se a respeito da crise da representatividade democrática, aliás, segundo Rousseau a vontade geral não seria, sequer, passível de representação (ROUSSEAU, 2003, p. 32, 33, 70, 71). No entanto, como é amplamente divulgado, o modelo democrático pelas vias diretas, como se dava em Atenas, não seria passível de atender as necessidades das complexas sociedades contemporâneas. As perspectivas de participação direta dos cidadãos em funções legislativas e políticas; a ideia de um poder soberano que envolva a assembleia dos cidadãos; a qual, por sua vez, ocupar-se-ia de todos temas relevantes de uma determinada localidade; os mandatos curtos para todos os cargos públicos; além da restrição do exercício da cidadania, não se adequariam ao atual momento de Estado Democrático de Direito (HELD, 1987, p. 32 e 33). Ademais, cumpre enaltecer que a democracia direta desde os primórdios do pensamento de

Rousseau já estava restrita pelo número de eleitores ou cidadãos de um certo local¹²⁰.

Dessa maneira, a democracia moldou-se ao longo do tempo, e continua nesse processo de adequação, de forma que os modelos clássicos, apreendidos como puros, tiveram de recepcionar institutos característicos de outros modelos democráticos. Por isso, em que pesem as definições de que grande parte do mundo se organize dentro de um regime democrático representativo, não se pode negar a existência de mecanismos de democracia direta. Segundo Dalmo de Abreu Dallari (1995, p. 130), são cinco as formas de participação mais conhecidas e utilizadas: o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular, o recall¹²¹ e o veto popular¹²².

Portanto, surge a concepção de democracias semidiretas (BENEVIDES, 1991, p. 33), rol composto tanto pelo Brasil, como por Portugal. O objeto do estudo serão, verdadeiramente, os institutos de referendo e plebiscito nestes dois países. Primeiramente, será percorrida a legislação constitucional de cada um deles, para, então, partir para a análise prática da utilização desses instrumentos de participação.

Finalmente, será alcançada a crítica que se pretende ilustrar, que não se trata tão somente da crise do modelo representativo, mas sim, de uma dificuldade inerente à participação popular mesmo quando existam mecanismos legais e constitucionais para garantir sua eficácia social (BARROSO, 2011, p. 243). A democracia semidireta ou participativa é hasteada como a bandeira de salvação da democracia (puramente representativa), entretanto, mesmo em países exemplos para o resto do mundo, seja em educação, seja em diversos aspectos sociais e econômicos, a população instruída também tende a afastar-se de suas práticas cidadãs. É o que se passa na Suíça, por

120 Sobre o tema: “Quanto menor a unidade democrática, maior o seu potencial para a participação dos cidadãos e menor a necessidade de que os cidadãos deleguem as decisões do governo a representantes. Quanto maior a unidade, maior sua capacidade para tratar de problemas importantes para seus cidadãos e maior a necessidade dos cidadãos delegarem as decisões a representantes”. (DAHL, 2001, p. 125)

121 O recall é um instrumento tipicamente norte-americano que possibilita a revogação de mandatos de representantes políticos diante da insatisfação dos cidadãos.

122 O veto popular refere-se ao direito dos cidadãos anunciarem se determinada lei será vigente no país ou não.

exemplo, tema do terceiro e último tópico deste artigo cuja experiência servirá para embasar a exposição das contradições da participação, pois mesmo garantindo mecanismos para a população ser consultada, mesmo em países com altos índices de educação e tradição política, o povo, ainda assim, muitas vezes, opta por demitir-se de sua função decisória.

1 O REFERENDO E O PLEBISCITO

1.1 A questão da nomenclatura

Os termos referendo e plebiscito ensejam ampla discussão acerca do seu correto emprego semântico/jurídico, isto porque, diante da vastidão dos países do mundo, a compreensão das nomenclaturas é recebida de maneira diversa. Por exemplo, a constituição espanhola admite o referendo para “decisões políticas de especial transcendência”, ao passo que as Cartas Magnas da Suíça, França e Itália o concebem para questões “transcendentais” ou atos normativos de legislação ordinária; nos Estados Unidos, o termo plebiscito é praticamente inexistente; já, no Chile e no Uruguai, plebiscito é reconhecido no sentido de referendo; em Portugal, o plebiscito possui conotação negativa; enquanto no Brasil os dois mecanismos são recepcionados pela constituição (BENEVIDES, 1991, p. 35).

Ao longo da história, o plebiscito foi utilizado para legitimar governantes e diversas decisões destes. Logo, demonstrou-se um poder perigoso sob o controle do poder executivo, afinal, este, via de regra, é o responsável pela convocação e autorização de tal mecanismo. Portanto, aquilo que tinha como objetivo inicial de uma participação do povo e um canal de conquista de direitos transmutou-se para uma visão de desrespeito da soberania popular em benefício de instituições e governos já existentes.

Napoleão Bonaparte e Adolph Hitler foram grandes entusiastas deste instrumento. Famosos foram os exemplos dos referendos na época napoleônica como nas medidas que determinaram a adoção do consulado vitalício e a aprovação da hereditariedade imperial. Entretanto, essas figuras ficaram conhecidas como plebiscitos. Outro exemplo de plebiscito foi o convocado por Hitler sobre a anexação da Áustria, bem como os que legitimaram as anexações dos países bálticos, na formação da URSS (BENEVIDES, 1991. p. 59 e 62).

Em alguns países, o termo plebiscito está ligado umbilicalmente a questões territoriais, são exemplos famosos do seu uso nesse sentido quando a Noruega se separou da Suécia (1905), quando a Islândia se separou da Dinamarca (1944) ou quando Gibraltar preferiu manter-se unido à Inglaterra (1967). Entretanto, este, de acordo com algumas legislações, também poderá versar sobre qualquer matéria de interesse público. Nesse mesmo sentido, há países que admitem os chamados “referendos consultivos”, os quais, na verdade, se revestem da mesma concepção dos plebiscitos e da mesma conotação negativa, para alguns autores.

A nomenclatura, portanto, deverá ser analisada de acordo com a legislação constitucional e infraconstitucional de cada país, para compreender a sua valoração em determinado contexto.

1.2 O referendo em Portugal

O texto originário da Constituição da República Portuguesa (CRP), de 1976, não anunciava qualquer mecanismo de democracia direta, pois havia certo temor de que as decisões políticas por intermédio do povo fossem evitadas de práticas mal-intencionadas. Com a revisão de 1982, no entanto, passa-se a admitir o referendo local e, em 1989, foram introduzidos os referendos políticos e legislativos.

Em Portugal, há a preocupação de não permitir que o instituto transforme-se em instrumento plebiscitário¹²³, por isso, como sistematiza J. J. Gomes Canotilho (1993, p. 424), foram excluídos os referendos constitucionais, ou seja, referendos que pretendiam rever a constituição; foram excluídos os referendos em matérias políticas e legislativas de reserva absoluta da Assembleia da República para que não se venha cogitar a ruína da democracia no seu molde representativo e para que, tampouco, surjam ‘votos demagógicos’ com consequências negativas para a realização de uma política financeira, orçamental e tributária competente. Por fim, resta excluída a iniciativa popular, de forma que incumbe à Assembleia

123 Apenas a fim ilustrativo, o temor das práticas plebiscitárias se reflete no número 7, do artigo 115 que veda a convocação e a efetivação do referendo entre a data de convocação e a data da realização de eleições gerais para os órgãos de soberania, para os órgãos de governo próprio das regiões autónomas e para os órgãos de poder local, bem como para os deputados ao Parlamento Europeu.

da República, na figura dos deputados e dos grupos parlamentares, e ao Governo a iniciativa do referendo.

Há certa distinção entre o poder de convocação e o poder de proposta de convocação, sendo certo que nunca é o povo quem convoca o referendo, isto porque trata-se de um ato jurídico-público que só poderá ser exercido por órgãos legitimados do poder. No caso português, cabe ao Presidente da República, nos termos do artigo 115, número 1 da CRP. Entretanto, está resguardada a iniciativa popular frente ao poder de apresentação de proposta para a convocação do referendo (artigo 115, número 2). É fato que aqueles que possuem este poder tem o condão de exercer uma maior influência política, pois possuem o poder de colocação da pergunta, a qual, por sua vez, a depender da sua elaboração, pode vir a ser tendenciosa. O direito constitucional português optou por uma repartição deste poder, visto que, se, de um lado a Assembleia da República e o Governo apresentam propostas de consultas populares diretas em matérias de suas próprias competências, mas, de outro, existe a iniciativa popular, ainda que endereçada à Assembleia da República.

Ao Presidente, então, resta a tarefa de aceitar, ou não, a proposta do referendo. Vale dizer, que a legislação portuguesa adota o referendo como facultativo, uma vez que da leitura do dispositivo legal 115, número 1 da CRP extrai-se a conjugação do verbo “poder”, e não o verbo “dever”, o que é reforçado pelos números 2 e 3 do mesmo artigo constitucional. A única exceção será o número 1, do artigo 256 sobre a instituição em concreto das regiões administrativas.

Outro aspecto a ser considerado é o fato de que o referendo em Portugal é essencialmente político, como explana Maria Lúcia Amaral (2012, p. 260 e 261), já que a tarefa da participação popular não é nem a de aprovar uma lei elaborada pelo Parlamento, tampouco a de revogar uma lei já existente. Incide, portanto, em matérias a serem futuramente decididas por lei, reside aí a forte preocupação com a forma que a pergunta será apresentada.

Na mesma esteira, Jorge Miranda (2008) anuncia a “singularidade do referendo português”, pois, por meio deste, o povo não aprova ou rejeita determinado ato jurídico-público (seja uma lei ou uma convenção internacional), mas sim, decide se este ato deve ser aprovado ou rejeitado.

De acordo com os ensinamentos do mesmo doutrinador, o referendo é uma expressão do exercício do direito de sufrágio, artigo 10, número

1 da CRP, portanto obedece aos princípios de Direito Eleitoral subjetivo (universalidade, igualdade, individualidade, pessoalidade, liberdade e imediatividade) e de Direito Eleitoral objetivo (liberdade e igualdade dos eleitores e dos partidos e grupos de cidadãos nas campanhas referendárias; imparcialidade das entidades públicas; participação na administração; estabilidade da legislação, ou seja, após aprovada a proposta de referendo, não há que se alterar a lei de convocação e realização deste; cabe aos tribunais a jurisdiicionalidade e o contencioso referendário).

Ademais, suscitam-se princípios específicos sobre o assunto que oferecem um panorama geral do funcionamento do instituto: o referendo deverá versar sobre tema de relevante interesse local, regional ou nacional, artigos 115, número 3 e 232, número 2 da CRP; deverá obedecer à unicidade da matéria e evocar perguntas cuja resposta seja sim ou não, consoante ao número 6 do artigo 115; deverá respeitar a separação entre a iniciativa e convocação, desta feita, não será o mesmo órgão que tomará a iniciativa do referendo e que o convocará, em respeito à separação de poderes, artigos 115, número 1; 2º e 111; e, somente terá caráter vinculativo, se o referendo contar com a participação de mais da metade dos cidadãos inscritos no recenseamento eleitoral, artigo 115, número 11 (MIRANDA, 2008).

Por fim, cumpre enaltecer o artigo 295, oriundo da revisão de 2005 que admite a convocação de referendo sobre a aprovação de tratado que vise a construção e o aprofundamento da União Europeia, sem se verificar qualquer colisão com as disposições do artigo 115, número 3 do mesmo diploma.

1.3 Plebiscito e referendo no Brasil

A Constituição Federal (CF), de 1988, em seu artigo 14, elenca as formas de participação popular admitidas no direito pátrio: o referendo¹²⁴,

124 Foi a primeira vez que a Carta Magna se preocupou em positivar o referendo. (AUAD, 2004, p. 21)

o plebiscito¹²⁵ e a iniciativa popular¹²⁶. Neste trabalho somente caberá uma análise dos dois primeiros institutos, inicialmente com o objetivo de compreender as semelhanças e diferenças entre eles. As similitudes decorrem do fato de ambos serem uma consulta popular sobre temas relevantes em matérias constitucional, administrativa ou legislativa.

A diferença reside, na verdade, no momento que tal consulta será efetuada. O plebiscito será convocado com anterioridade ao ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, por meio do voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido à apreciação. Ao passo que no referendo já existe o ato legislativo ou administrativo, incumbindo ao povo ratificá-lo ou rejeitá-lo.

Nos termos de José Afonso da Silva (2005, p. 142), a competência exclusiva para autorizar o referendo é do Congresso Nacional, como claramente depreende-se do texto legal (artigo 14, inciso II), todavia a CF não estabeleceu as condições de seu exercício. Logo, caberá também ao Congresso Nacional autorizar o referendo em matéria constitucional, expedindo leis e definindo critérios para o seu exercício. No que tange ao plebiscito, também é função Congresso Nacional decidir quando queira deste instrumento se valer, no entanto, há os casos específicos de plebiscitos para a formação de novos Estados e municípios (artigo 18, parágrafos 3º e 4º CF).

Benevides (1991, p. 40 e 132) assevera que a distinção entre o plebiscito e o referendo está também na natureza da questão em voga, de maneira que enquanto este concerne unicamente a normas legais ou constitucionais, aquele (o plebiscito) concerne a qualquer questão de interesse público e não, obrigatoriamente, sobre questões de natureza jurídica.

125 Foi a Constituição de 1937 que previu o plebiscito pela primeira vez, durante o governo de Getúlio Vargas, o qual também se apoiava nesse instituto com intenções totalitárias e populistas, como já brevemente mencionado no item 1.1 (AUAD, 2004, p. 16)

126 A iniciativa popular, que consiste, em âmbito federal, na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, 1% do eleitorado nacional, distribuído por, pelo menos, cinco Estados, com não menos de 0,3% dos eleitores de cada um deles (artigo 61, parágrafo 2.º, da CF). Estatui-se, também, que lei disporá sobre a iniciativa popular no processo legislativo estadual. E em sede municipal, de acordo com lei orgânica, o povo poderá se manifestar por, pelo menos, 5% do seu eleitorado e somente sobre temas concernentes aos interesses específicos do município. (SILVA, 2005. p. 141 e 142).

Sobre o fato das consultas serem vinculantes ou consultivas, em que pese o silêncio do texto constitucional, pode-se afirmar ser a consulta por meio de um referendo sempre vinculante, afinal uma votação, sem consequências jurídicas ou políticas seria uma “contradição nos termos”, nas palavras da autora citada supra (BENEVIDES, 1991, p. 135).

2 A UTILIZAÇÃO PRÁTICA DOS INSTITUTOS

2.1 Em Portugal

Os referendos nacionais foram apenas três, sendo que nenhum teve o efeito vinculativo, pelo fato de não terem alcançado o número superior de 50% dos cidadãos inscritos. Em 1998 e 2007, a população foi chamada a se pronunciar acerca da interrupção voluntária da gravidez. A pergunta a ser respondida foi a seguinte: “concorda com a despenalização da interrupção voluntária da gravidez, se realizada, por opção da mulher, nas 10 primeiras semanas, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado?”

De acordo com os dados oficiais da Comissão Nacional de Eleições (PORTUGAL), na primeira consulta, 8.496.089 era o número de inscritos, apenas 2.709.503 foram os votantes, o que implicou em uma porcentagem de pouco mais de 31%. Os votos brancos tiveram a porcentagem de 1,07% e os votos nulos 0,57%. Finalmente, 48,28% dos votantes responderam “sim”, restando 50,07% dos votos com a resposta “não” à pergunta formulada.

Em 2007 (PORTUGAL), a porcentagem de participação aumentou, sem, contudo, chegar aos 50% necessários. Participaram do referendo 43,57% dos 8.814.016 inscritos. Os votos brancos tiveram uma porcentagem de 1,25% e os nulos 0,67%. O resultado obtido mudou, sendo que 59,25% dos votantes responderam “sim” à despenalização e 40,75% optaram pelo “não”.

No mesmo ano de 1998, outra foi a utilização do referendo, dessa vez, sobre a criação concreta das regiões administrativas (PORTUGAL). As perguntas na ocasião foram: “concorda com a instituição em concreto das regiões administrativas?” E: “concorda com a instituição em concreto da região administrativa da sua área de recenseamento eleitoral. Para a segunda pergunta, não estão disponíveis os dados oficiais no sítio ele-

trônico da Comissão Nacional de Eleições, mas pelos dados referentes à primeira pergunta é possível visualizar o índice de participação popular. Dos 8.640.026 inscritos, apenas 48,12% participaram, ou seja, uma taxa de 51,88% de abstenção. Os votos brancos ficaram em 0% e os nulos 1,84%. O resultado foi de 34,97% a favor do questionamento apresentado e 60,87% contra.

Em 1998 e em 2004, houve proposta de referendo sobre a União Europeia, mas diante da pronúncia do Tribunal Constitucional pela inconstitucionalidade das perguntas, a Assembleia da República não procedeu com as reformulações necessárias.

Perante a análise de Jorge Miranda (2008), o referendo nacional demonstrou pouco êxito. Entretanto, o referendo local correspondeu ainda menos ao pretendido, pois, desde 1982, só foram realizados dois referendos locais, um na freguesia do concelho de Viana do Castelo e outro numa freguesia do concelho de Tavira.

2.2 No Brasil

Houve, no ano de 1963, um referendo sobre a continuação, ou não, do parlamentarismo no país, o qual foi rejeitado para a instauração do presidencialismo. De acordo com os dados do Tribunal Superior Eleitoral (BRASIL), a pergunta feita foi: “aprova o ato adicional que institui o Parlamentarismo?”. Compareceram 66,18% do eleitorado, sendo que 16,88% responderam “sim” e 76,98% foram contrários ao modelo mencionado.

Em 1993, foi realizado plebiscito que demandava escolher monarquia ou república e parlamentarismo ou presidencialismo. Quanto à forma de governo, 10,26% optaram pela monarquia, enquanto 66,28% escolheram a república. Já no que se refere ao sistema de governo, o parlamentarismo contou com 24,79% dos votos, contra 55,41% a favor do presidencialismo. 73,36% do eleitorado compareceu às eleições (BRASIL).

Em 2005, nova consulta foi realizada, sob a figura do referendo. O povo foi chamado a decidir acerca da proibição do comércio de armas de fogo e munições no país. Versa sobre a alteração no artigo 35 do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003), salvo para as entidades previstas no artigo 6º do Estatuto. A pergunta veiculada foi: “o comércio de armas de fogo e munição deve ser proibido no Brasil?”.

Segundo dados oficiais (BRASIL), a resposta em sentido negativo recebeu 59.109.265 votos (63,94%), e a em sentido positivo, 33.333.045 votos (36,06%). Foram registrados 1.329.207 (1,39%) votos em branco e 1.604.307 (1,68%) votos nulos. 78,15% da população compareceu à eleição, a abstenção, por conseguinte, ficou em 21,85%. Portanto, comércio de armas de fogo e munição, nos termos da lei e por força do referendo, continua permitido no Brasil (LENZA, 2012, p. 1125).

3 REFLEXÕES SOBRE A PARTICIPAÇÃO POPULAR

Dados amplos sobre o uso do referendo, em trinta países da Europa e nove da América Latina, entre os anos de 1995 e 2005, foram apresentados na Conferência Internacional de Democracia Direta realizada em Buenos Aires, no ano de 2007. Até aquele momento, imensa era a disparidade entre os países no que se refere ao uso do instrumento. Dezesseis eram os países que tinha realizado apenas um referendo, enquanto apenas um país, a Suíça, já tinha realizados trinta e três (SERDÜLT, 2007).

Como pode-se notar, os mecanismos ora expostos não possuem grande eficácia social nos países estudados, visto que são raramente utilizados; são mecanismos dúbios quanto à prática; e que quando o povo é chamado a pronunciar-se, mesmo com a luta constante por direitos de participação, acaba por deixar as urnas esvaziadas.

Hodiernamente, uma vez constada a crise da democracia representativa as bandeiras que se levantam como soluções para tal questão são os movimentos a favor de um fortalecimento da democracia semidireta e participativa, as quais como já aludido se efetivam por meio dos diversos mecanismos de participação ou consulta popular. No entanto, o que se observa, nos diversos contextos políticos, sociais e econômicos, é que, muitas vezes, o povo tende a se distanciar de tais instrumentos. O que, a seu turno, gera um impasse, pois, por um lado, a democracia representativa não atende aos clamores da sociedade e acabar por abrir espaço para a participação popular, por outro, quando o povo conquista a abertura para participar da vida política, muitas vezes, afasta-se.

Para prosseguir com a discussão do tema que se propõe, é interessante percorrer um panorama geral da participação popular pelo mundo, no caso específico da Suíça, como grande modelo de eficácia social dos

mecanismos de consulta popular. Todavia, esse país também demonstra o mesmo distanciamento da vida política. O povo suíço é chamado a votar cerca de quatro vezes por ano, sobre matérias de relevância federal. Além disso, é chamado a pronunciar-se sobre cerca de vinte assuntos cantonais, no mesmo lapso temporal (SEBASTIÃO, 2005, p.174). Apesar deste elevado número de consultas, não há que iludir-se com uma participação expressiva, na verdade, assim como no contexto da democracia representativa, é apenas uma minoria que vota (SEBASTIÃO, 2005, p. 170 e 173). Exemplo disso, é a constatação de que o nível de participação nas eleições ao Conselho Nacional tem diminuído (cerca de 42% apenas). Há, na Suíça, três tipos de votantes: o habitual, 30% dos eleitores; e os ocasionais que correspondem a 50%; e, os abstencionistas, aproximadamente 20%.

Segundo Robert A. Dahl (1989, p. 265 a 280), são quatro os graus de envolvimento político: a) o apolítico; b) o político; b.1) os que buscam o poder; b.2) os que exercem o poder. E seu estudo vem a corroborar a compreensão de que na maioria dos sistemas é sempre uma minoria quem se interessa pela atividade política⁴⁷. O autor elenca algumas causas para isso: o fato das pessoas agirem na espera de uma recompensa ou vantagens pessoais; a dificuldade de perceber diferença entre as alternativas oferecidas como escolhas ao cidadãos; crença de que a participação não tem importância; e os obstáculos à participação (DAHL apud SEBASTIÃO, 2005. p.24).

Diante deste cenário e em consonância com os autores que se debruçam sobre o tema “democracia”, a solução para o desinteresse seria uma educação cívica crítica, o estímulo à cidadania ativa com observância aos aspectos de globalização e tecnologia e afins. Entretanto, os mecanismos de democracia direta estudados versam sobre uma pluralidade de temas que extrapolam o conhecimento mediano, necessitando muitas vezes de conhecimentos técnicos e especializados. Ademais, o tempo do ser humano precisa ser otimizado, de acordo com o modelo de sociedade atual, as pessoas não têm tempo para se dedicar à política de forma integral, tampouco podem ficar esperando eternamente para que uma decisão seja tomada de forma consensual, como Robert A. Dahl (2001, p.122) assevera.

Sob outro prisma reside a ideia, ainda que utópica, de Yannis Papadopoulos (1995, p.438), de que por meio dos próprios referendos - consultas populares, no geral - haveria um estímulo constante em prol do interesse cívico e na formação da opinião pública.

Que a necessidade de formação e estudos políticos é uma necessidade latente para que haja uma participação comprometida não é novidade, entretanto, uma última problematização sobre o tema merece destaque. Pesquisas demonstram que apesar de serem os cidadãos mais instruídos os que mais votam, o aumento dessa porcentagem de cidadãos bem informados também conduz a um maior número de abstenções (SEBASTIÃO, 2005, p. 29). Noutras palavras, a informação e a consciência política exercem simultaneamente funções antagônicas: estimula a participação de alguns e noutros gera a repulsa e, por conseguinte a abstenção.

Nesta questão, emerge um outro paradoxo democrático e tornando o assunto ainda mais complexo, pois a mera informação pode ter consequências negativas, senão associada com uma crença de que a participação individual possa acarretar efeitos para toda a sociedade; com a crença nas instituições representativas, dentre elas os próprios partidos políticos; e, com a possibilidade de canalizar essa capacidade de expressão dos atores políticos que se conquista com a referida informação. Há quem defenda ainda que os excessos da comunicação (ou informação) poderão transformar-se no germe da destruição da própria democracia (SEBASTIÃO, 2005, p. 30).

Com este escopo e de acordo com a máxima de que democracia demais acaba por matar a própria democracia, é preciso ter em vista que a participação popular também apresenta em seu bojo contradições e perigos. O objetivo não é, em nenhum momento, o de rechaçar os mecanismos de participação ativa e popular, muito pelo contrário. O que se pretende com os dados apresentados é o de elucidar que mesmo a democracia participativa, tão em voga nos dias de hoje, possui suas complicações, o que não poderia deixar de ser, pois a democracia está em constante reinvenção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os modelos puros de democracia foram substituídos por modelos mistos, chamado de democracias semidiretas, os quais conjugam o tipo representativo com mecanismos de democracia direta. O Brasil reconhece a iniciativa popular, o plebiscito e o referendo como formas legítimas de expressão da soberania popular, ao passo que Portugal, legisla, especialmente, a figura do referendo.

Em que pesem as discussões acerca da nomenclatura dos institutos do referendo e do plebiscito, o que deve ser realizado, nos dias de hoje é uma leitura dos mecanismos à luz das legislações de que fazem parte, pois não há ainda um entendimento pacificado sobre o tema. No caso do Brasil, o plebiscito poderá versar sobre assuntos de quaisquer natureza, não necessariamente sobre ato normativo e a consulta deverá ser realizada antes de determinado ato entrar em vigor. O referendo será destinado a um momento posterior, com a incumbência de aprovação ou rejeição de um ato legislativo ou administrativo. Em Portugal, o plebiscito é ainda compreendido com carga negativa, dada a herança de seu uso em regimes autoritários e o referendo é o meio pelo qual o povo não aprova ou rejeita determinado ato jurídico-público (seja uma lei ou uma convenção internacional), mas sim, decide se este ato deve ser aprovado ou rejeitado.

A utilização dos mecanismos, no entanto, apesar da guarida constitucional não se mostrou eficiente em nenhum dos dois países, tampouco representa uma esmagadora maioria ativamente política na Suíça, país referência mundial no uso de tal modelo. Isto tudo traz à tona a questão da educação cidadã, da consciência política e de uma cidadania ativa. O impasse e a complexidade do problema demonstra-se pelas consequências antagônicas que a informação popular pode causar. Imagina-se, em um primeiro momento, que as sociedades bem organizadas e com alto índice de educação e boas condições sociais terão ampla participação popular. Fato este que distancia-se da realidade, pois mesmo na Suíça, quem participa das votações é uma minoria.

A educação, a informação e a comunicação assim como são elementos essenciais para uma democracia participativa, podem ser utilizadas como meio de distanciamento das pessoas das atividades públicas e políticas. Outros entraves podem ser constatados, a falta de tempo para uma dedicação profunda na política, a necessidade de conhecimentos sobre temas técnicos e especializados e a dificuldade de organizações por intermédio de mecanismos da democracia direta em sociedades de maiores dimensões.

Por todo o exposto, verifica-se que a democracia, como por vezes defendido pelos doutrinadores, é um caminho, repleto de inconstâncias e nuances que precisam ser analisadas no caso concreto, mediante uma participação popular ampla e eficiente e sem repetir as análises já vislumbradas em momentos pretéritos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Maria Lúcia. A forma da república. Uma introdução ao estudo de Direito Constitucional. 1ª ed. Coimbra: Coimbra, 2012.
- AUAD, Denise. Mecanismos de participação popular no Brasil: plebiscito, referendo e iniciativa popular. Disponível em: <<http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/73/73>>. Acesso em 14 de abril de 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. A cidadania ativa. Referendo, plebiscito e iniciativa popular. São Paulo: Ática S.A., 1991.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 14 de abril de 2019.
- _____. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/referendo-de-1963>>; <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/plebiscito-de-1993>>; <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/referendo-2005/referendo-2005-1>> Acesso em 14 de abril de 2019.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- DAHL, Robert A. Democracy and its critics. New Haven e Londres: Yale University Press, 1989.
- _____. Sobre a democracia. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da Teoria Geral do Estado. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, Organização das Nações Unidas, 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em 14 de abril de 2019.

- HELD, David. Modelos de democracia. Belo Horizonte: Paidéia, 1987.
- LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MIRANDA, Jorge. O referendo e o plebiscito: a experiência portuguesa. In: *Questiones Constitucionales*, nº 19. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/19/ard/ard6.htm>>. Acesso em 14 de abril de 2019.
- PAPADOPOULOS, Yannis. Analysis of functions and dysfunctions of direct democracy: top-down and bottom-up perspectives. In: *Politics and Society*, 1995. Disponível em: <<https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0032329295023004002>> Acesso em 14 de abril de 2019.
- PORTUGAL. Comissão Nacional de Eleições (CNE). Resultados eleitorais: referendo nacional. Disponível em: <<http://eleicoes.cne.pt/raster/index.cfm?dia=28&mes=06&ano=1998&eleicao=re1>>; <<http://eleicoes.cne.pt/raster/index.cfm?dia=11&mes=02&ano=2007&eleicao=re1>>; <<http://eleicoes.cne.pt/raster/index.cfm?dia=08&mes=11&ano=1998&eleicao=re2a>>. Acesso em 14 de abril de 2019.
- _____. Constituição da República Portuguesa. Diário da República n.º 86/1976, Série I de 10 de abril de 1976. Disponível em: <<https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>>. Acesso em 14 de abril de 2019.
- ROUSSEAU, Jean-Jaques. O contrato social. 5ªed. Portugal:Europa-América, 2003.
- SEBASTIÃO, Sônia M. Pedro. A democracia directa ainda interessa? O caso suíço. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2005
- SERDÜLT, Uwe. Direct Democracy in Switzerland and its discontents. In: Conferência Internacional Democracia Direta na América Latina, 14 e 15 de março de 2007, Buenos Aires, Argentina. Disponível em: <http://www.whatisdemocracy.net/wddm/maillist/Direct_Democracy_in_Switzerland.pdf>. Acesso em 14 de abril de 2019.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25^aed.
São Paulo:

URBANO, Maria Benedita Malaquias Pires. O referendo. Perfil histórico- evolutivo do instituto. Configuração jurídica do referendo em Portugal. Coimbra: Coimbra, 1998.

O FENÔMENO DAS CANDIDATURAS COLETIVAS COMO FORMA DE AUMENTAR A PARTICIPAÇÃO FEMININA E A QUALIDADE DEMOCRÁTICA NO BRASIL

Francisco Jeferson Inácio Ferreira

Ana Alice Carvalho Rafael

Introdução

A democracia é uma das inúmeras grandes contribuições da antiga civilização grega, idealmente, praticada em suas cidades-estados de maneira direta, mesmo que o conceito de cidadão fosse extremamente excludente, essa forma de governo passou para história e inspira a teoria política até os dias atuais. Por outro lado, a democracia direta ficou guardada na história, deu lugar a democracia moderna, construída na era das revoluções, alicerçada no fenômeno da representação. Dessa maneira, o povo exerce seu poder soberano através de seus representantes

Assim sendo, é de imperiosa necessidade trazer à baila os fundamentos e legitimidades da representação, ademais, entender que esta deve ser pensada como apenas uma das formas de exercício da soberania popular, que pode e deve ser complementada com várias outras maneiras que sequer podem ser estabelecidas para todas as realidades.

Nessa esteira, é de fundamental importância trazer a luz a baixa representação feminina na democracia brasileira. Contudo, de maior importância é demonstrar que há inúmeras tentativas de aumentar tal re-

apresentação, sendo o fenômeno das candidaturas coletivas uma dessas importantes alternativas, uma vez que representam uma união de várias pessoas, que possivelmente teriam poucas chances de eleger-se, agora em torno de uma candidatura comum conseguem força suficiente para conseguir adentrar no sistema democrático brasileiro.

Como método de abordagem utilizou-se o método dedutivo, partindo do conceito de democracia e das suas falhas, notadamente quanto a representação feminina, posteriormente, trazendo as candidaturas coletivas como uma forma de aumentar essa representação. Como método de pesquisa utilizou-se o método bibliográfico através de pesquisa em vários meios como livros acadêmicos, artigos científicos, notícias e estatísticas disponíveis na rede mundial de computadores, entre outros meios levando em conta aspectos qualitativos e quantitativos.

1. A Construção Histórica da Democracia

Qualquer discussão acerca de democracia impõe uma análise acerca da sua origem bem como sua evolução ao longo da história. Se hoje a democracia é tida, quase que unanimemente, como a melhor forma de governo, esta percorreu um tortuoso percurso até atingir tal status, desde sua origem na Grécia, na sua forma direta, até às discussões atuais sobre democracia participativa, houveram grandes transformações até chegarmos ao conceito, ainda em disputa, do que é democracia.

A palavra democracia tem origem grega e é resultado da união de duas palavras *demos*, povo e *kratos*, poder, ou seja, poder do povo. A democracia era uma das três formas de governo que os gregos distinguiam, juntamente com a monarquia - governo de um só - e a aristocracia - governo dos excelentes -, surgiu e floresceu, notadamente, no século V a.C. na cidade-estado de Atenas. (RIBEIRO, 2013)

O modelo democrático praticado em Atenas era a democracia direta, onde todos os cidadãos, homens atenienses adultos, reuniam-se na *ékklesia* - assembleia do povo - tendo direito à palavra e ao voto, essas reuniões aconteciam em lugar público e tinham fim de discutir os assuntos da vida pública. No entanto, é imprescindível salientar que não gozavam da cidadania ateniense, logo estavam excluídos da democracia, mulheres, crianças, estrangeiro, escravos, além de outras pessoas que por

outros motivos não gozavam dos direitos da cidadania. (DE MENEZES, 2010)

Outro exemplo de importante cultura antiga é Roma. A civilização romana foi bastante permeada pela cultura grega, no entanto, mesmo importando bastante conhecimento da Grécia, o modelo de democracia grega não encontrou eco nas formas de governo empregadas em Roma. Desde a monarquia, passando pela república e finalmente até o império os romanos não reproduziram o sistema de democracia direta dos helênicos.

De semelhante maneira, o medievo não reproduziu o modelo democrático grego, as condições sociais e econômicas como as relações sociais de suserania e vassalagem, as relações baseadas na economia agrícola dos feudos, entre outros fatores que dificultaram o florescimento da democracia na Europa ocidental. Na historiografia tradicional ocidental a assinatura da Carta Magna de 1215 representa o principal avanço democrático na Europa medieval.

Com a assinatura da Magna Charta Libertatum o rei inglês teve seus poderes reduzidos em favor das classes eclesiásticas e nobiliárquicas, direitos civis foram afirmados e, dessa maneira, serviu de pedra angular para o início do constitucionalismo e da democracia inglesa, que posteriormente contou com a criação da câmara dos comuns e afirmação do parlamentarismo britânico rumo a uma monarquia constitucional. (ISAKHAN; STOCKWELL, 2011)

Isto posto, a principal mudança de paradigma rumo ao conceito moderno de democracia são frutos de duas grandes revoluções e construções jurídicas de imensuráveis repercussões na história mundial: a revolução francesa e a independência norte-americana, ambas acontecidas no final do século XVIII, lançaram as bases de todo modelo democrático posteriormente construído por todos os países do mundo ocidental e, consequentemente, modelo para o mundo todo.

Baseados nas ideias de vários teóricos como Jean-Jacques Rousseau (1999), John Locke e Montesquieu os revolucionários da França e das Treze Colônias – futuro Estados Unidos da América – construíram as primeiras constituições escritas do mundo moderno. Essas constituições tinham como norte ideias como do contrato social “cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da von-

tade geral; e recebemos, coletivamente, cada membro como parte indivisível do todo”. (ROUSSEAU, 1999, p. 22)

Outrossim, o teórico inglês John Locke teve bastante influência nas construções constitucionais do fim do século XVIII, em especial na declaração de independência norte-americana, como pontua Luís Roberto Barroso (2009) “A Declaração foi inspirada por ideias de John Locke, especialmente pelo *Second treatise on civil government*. O texto, de forte teor retórico, procura enunciar as causas que levaram à decisão extrema.” (BARROSO, 2009, p.16)

Porém, a democracia representativa nascida das revoluções do século XVIII, inicialmente, assim como a grega, era bastante excludente, boa parte da população não gozava de direitos políticos, não podia votar nem ser votada, institutos como o voto censitário, além como a exclusão de negros e mulheres do direito ao voto faziam com que a democracia moderna tivesse traços bastante aristocráticos. (LOSURDO, 2004)

Alexis de Tocqueville (2005) um grande entusiasta da democracia americana demonstrou em seu ilustre livro *A Democracia na América* como nem todos os habitantes dos Estados Unidos possuíam direitos políticos e como haviam restrições censitárias para exercê-los. (TOCQUEVILLE, 2005)

No velho continente, na nascente França republicana revolucionária, as restrições em relação ao gozo de direitos político também existiram, mulheres eram excluídas do voto, houveram diversas tentativas de restrições censitárias a fim de excluir não proprietários, somente após muitas emancipações e desemancipações o voto universal foi de fato adquirido. (LOSURDO, 2004)

O voto universal feminino, entretanto, passou por um longo caminho até ser adquirido, somente no século XX, através de movimentos de mulheres em vários países, alguns chamados de *Suffragettes*, foi possível a conquista do voto feminino em diversos países, inicialmente, em países desenvolvidos e posteriormente se alastrando pela maioria dos países do globo. (KARAWEJCZYK, 2013)

2. Democracia moderna

Qual de fato seria o regime democrático praticado modernamente? Partindo dessa indagação é imperativo lançar mão das contribuições e

construções diversas acerca do regime democrático consolidado e praticado na maior parte dos países pós-revoluções do fim do século XVIII, além de como esses regimes construíram instituições e institutos de exercício do poder democrático.

Tomando como partida o conceito clássico do século XVIII de democracia trazido por Joseph A. Schumpeter (1961), infere-se:

A filosofia da democracia do século XVIII pode ser expressa da seguinte maneira: o método democrático é o arranjo institucional para se chegar a certas decisões políticas que realizam o bem comum, cabendo ao próprio povo decidir, através da eleição de indivíduos que se reúnem para cumprir-lhe a vontade. (SCUMPETER, 1961, p. 300)

De semelhante maneira, o Bobbio (1986) tentando trazer uma noção básica e de maneira formal traz democracia como “um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados.” (BOBBIO, 1986, p. 12), acrescenta, posteriormente, ele que as opções de decisões coletivas devem ser de fato reais e seja possível escolher entre elas para configurar democracia de fato.

Para Hans Kelsen (2000) discutindo acerca do fundamento da democracia – o povo – traz:

A democracia, no plano da ideia, é uma forma de Estado e de sociedade em que a vontade geral, ou, sem tantas metáforas, a ordem social, é realizada por quem está submetido a essa ordem, isto é, pelo povo. Democracia significa identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo. (KELSEN, 2000, p. 35)

Ulteriormente, faz ele, a distinção entre o conceito de povo passivo – objeto da democracia – como um ente uniforme ficcional e o povo ativo – sujeito da democracia – destacando, também, a importância dos partidos políticos como estruturas de ação democrática dos sujeitos ativos.

Em suma, tomando por base as considerações acima explicitadas pode-se chegar a uma síntese que a democracia é um conjunto de normas e instituições construídas para escolher representantes responsáveis pela tomada decisões políticas e coletivas tendo como fundamento o poder do povo, sendo direcionadas ao próprio povo, visando atingir uma ficção que é o bem comum.

Friedrich Müller (2003) em seu insigne - Quem é o Povo? - apresenta o povo sob três categorias distintas, o povo ativo, o povo como instância de atribuição de legitimidade e o povo como ícone. Este consiste no povo mitificado, sacralizado, muitas vezes utilizado como justificção ilegítima do poder sem, entretanto, corresponder a pessoas de fato; esse é o povo como legitimador do exercício do poder (muitas vezes positivados nas constituições sob o conceito de nacionalidade); aquele representa o povo enquanto sujeito ativo, capaz de exercer os direitos políticos. (MÜLLER, 2003)

Por sua vez, Kelsen (2000) aduz que o povo só é tido como uno por uma ficção jurídica, no sentido em que todos os seus membros são submetidos a mesma ordem jurídica, assim o povo não é um conglomerado homogêneo, mas na verdade um sistema de atos individuais determinados pela ordem jurídica do Estado. Divide, também o povo em sujeito e objetos do poder, governantes e governados. (KELSEN, 2000)

Em síntese, o povo é o fundamento da democracia, como é possível extrair inclusive do sentido etimológico da palavra. Porém, o fato de ser o fundamento este não exerce todas as funções de governo, uma vez que o tamanho e a complexidade das sociedades modernas dificultam, praticamente impossibilitando o exercício democrático de forma direta, desse modo, os Estados democráticos modernos lançam mão do fenômeno da representação.

Assim, de maneira melhor esquematizada, a representação pode ser entendida como um sistema institucionalizado de responsabilidade e controle político dos governantes pelos governados, realizado através de eleições livres e competitivas. Ademais, pode-se fazer distinções acerca de três tipos históricos de representação: como relação de delegação, como relação de confiança e como relação de reflexão sociológica. (COTTA, 1998)

Ainda conforme Cotta (1998), o articulista que esses três formas de representação apresentam características bem distintas, a primeira pode ser comparada à procuração privada onde o representante guarda uma relação mais direta com o representado; na segunda o representante guarda uma certa margem de independência com seus representados, podendo inclusive contrariar, as vezes, os interesses destes; em relação a terceira há uma tentativa de espelhamento entre classes, gênero, etnia, entre outras características em relação ao corpo de representantes e o corpo social.

Desse modo, desde a França revolucionário trava-se o debate acerca de quais interesses os representantes devem defender: os dos seus eleitores ou os da nação, inicialmente, nas revoluções do século XVIII a segunda opção saiu vencedora, no entanto, esse ideal foi com o passar do tempo sendo superado, como a maior complexidade e pluralidade das sociedades houve a tendência a considerar os representantes como representante dos interesses dos seus representados, sendo as instituições estatais espaços de embate entre tais interesses. (BOBBIO, 1986)

O sistema representativo pressupõe a existência de normas e instituições para que possa de fato atuar, uma vez que nas sociedades modernas a democracia direta é praticamente impossível, nesse sentido Kelsen (2000) afirma que o parlamentarismo é a única forma possível de praticar a democracia, sendo regido pelo princípio majoritário-minoritário, assim, não a sobreposição total da maioria sobre a minoria ocorrendo na verdade um pacto de compromissos entre ambos os lados em busca de uma decisão negociada. (KELSEN, 2000)

Santos e Avritzer (2002), no entanto, traz que o ideal de representação liberal ignora problemas acerca de tal instituto e traz uma concepção que este envolve ao menos três dimensões: a autorização, a identidade e a prestação de contas, dimensões indispensáveis a qualquer debate acerca do fenômeno da representação (SANTOS; AVRITZER, 2002).

Enfim, o sistema democrático representativo liberal foi o modelo que vigorou desde o seu florescimento, no fim do século XVIII, até os dias atuais, contanto com uma vasta experiência de construções teóricas e empíricas de seu funcionamento, contanto com inúmeras variações e aplicações em relação aos seus básicos institutos.

3. A Crise do Modelo Democrático Vigente

O modelo liberal de democracia vigorou e se expandiu ao longo dos mais de dois séculos desde seu estabelecimento, tendo, inclusive, se expandido consideravelmente na segunda metade do século XX, deixando de ser um modelo de governo praticado quase exclusivamente em países do centro do capitalismo passando a assumir o papel central em todo mundo chegando aos países tido como subdesenvolvidos.

Santos e Avritzer (2002), estudando sobre os fenômenos democráticos recentes, notadamente em países do Sul do mundo, explicam que após o fim da segunda guerra dois grandes debates tomaram conta dos estudos dos fenômenos democráticos, o primeiro teve como resultado o entendimento pela deseabilidade da democracia, isso, porém, implicou a expansão de um modelo eminentemente procedimental e que minava as possibilidades de participação popular (SANTOS; AVRITZER, 2002).

O segundo rondou acerca da relação entre forma democrática e o modelo capitalista de produção, desse modo, tal debate trouxe discussões sobre a necessidade de superação ou reforma da relação capital trabalho a fim de permitir a expansão democrática, surgindo assim, modelos alternativos, além de mais participativos, frente ao modelo do consenso liberal. (SANTOS; AVRITZER, 2002)

No entanto, a timidez das formas de participação na democracia vigente frente às necessidades cada vez mais latentes de diversos grupos, até então marginalizados pela representação em voga, fez surgir críticas cada vez mais apuradas e pretensivas sobre como a democracia deveria ser mais inclusiva em relação ao corpo social. Neste ínterim, críticas vindas sob a perspectiva de movimentos sociais como os feministas, negros, indígenas, dos trabalhadores, trouxeram à baila uma enorme gama de novas perspectivas democráticas.

Essas novas críticas e perspectivas buscam trazer para o interior do debate democrático uma carga valorativa no sentido que buscam aproximá-lo de um ideal de justiça (YOUNG, 2006), pois o campo de deliberação política da democracia não é neutro, como ficticiamente pretende o ideal formalista liberal, portanto, faz-se necessário compreender que desigualdades e injustiças existente no corpo social tendem a se refletir no corpo político. (MIGUEL, 2018)

Nessa senda, Fraser (2007) desenvolve importante teoria acerca do binômio redistribuição e reconhecimento como políticas necessárias para que se possa atingir uma maior justiça democrática, a primeira trata sobre políticas que busquem uma mais justa distribuição de bens e recursos, enquanto a segunda trata do respeito, do reconhecimento, em sentido a alcançar a igualdade e dignidade das várias características e diversidades presentes no corpo social. (FRASER, 2007)

Phillips (2001), nesse sentido, defende uma política de presença, frente a uma política de ideias, onde haja uma maior presença nos espaços de representação de grupos sociais sub-representados, desse modo, deve-se buscar uma política de paridade entre homens e mulheres, uma melhor representação de grupos étnicos do corpo social, bem como das classes trabalhadoras, entre outras formas de permitir uma maior presença democrática de grupos historicamente marginalizados. (PHILLIPS, 2001)

Coadunando com essa ideia Young (2006) busca estabelecer o conceito de perspectiva social, em distinção com opiniões e interesses, sendo aquela como algo que “sugere que agentes que estão ‘próximos’ no campo social têm pontos de vista semelhantes [...] consiste num conjunto de questões, experiências e pressupostos mediante os quais mais propriamente se iniciam raciocínios”. (YOUNG, 2006, p. 162-163)

Em suma, as três teóricas convergem no sentido de tecerem críticas a baixa representação de grupos marginalizados como mulheres, indígenas ou negros, além de apresentarem alternativas a fim de aumentar o acesso de tais grupos aos espaços de poder, porém, sem homogeneizar tais características, ressaltando sempre que as diversas características do corpo social interseccionam-se, relacionam-se e comunicam-se, sem necessariamente formarem grupos fechados e isolados.

Wolkmer (2001), de semelhante maneira, porém paralelamente, relaciona inúmeros outros fatores para a atual crise da representação e que na verdade é uma crise de todo o sistema político (eleitoral e partidário) de diversos fatores decorrentes, inclusive, das novas relações sociais existentes nos fenômenos da globalização e da pós-modernidade. (WOLKMER, 2001)

Santos e Avritzer (2006), tratam a crise da forma de democracia vigente sob a ótica de uma triplicidade, sendo:

uma tripla crise da explicação democrática tradicional: há, em primeiro lugar, uma crise do marco estrutural de explicação da possibilidade democrática (Moore, 1966); há, em segundo lugar, uma crise da explicação homogeneizante sobre a forma da democracia que emergiu como resultado dos debates do período entre guerras (Shumpeter, 1942) e há, em terceiro lugar, uma nova propensão a examinar a democracia local e a possibilidade de variação no interior dos Estados nacionais a partir da recuperação de tradições participativas solapadas no processo de constru-

ção de identidades nacionais homogêneas (Anderson, 1991). (SANTOS; AVRITZER, 2006, p. 42-43)

A Democracia participativa, ante o exposto, apresenta-se como uma notável alternativa frente aos inúmeros desafios que democracia representativa de inspiração liberal-individualista não conseguiu solucionar diante da inovações e pluralidades emergentes vindas no bojo do pós Segunda Grande Guerra e que se acentuaram com o advento do século XXI e todas revoluções tecnológicas, comunicacionais e culturais a ele aderidas.

Destarte, cabe fazer uma reflexão acerca de uma radicalização do processo democrático tendo a participação como uma forma complementar a representação, não o descartar, mas reconhecer suas limitações e crises e, assim, redefini-lo como um sistema combinado, entendendo as múltiplas formas de exercício da cidadania baseadas em paradigmas coletivos e comunitários, através de novas redes horizontais, procedimentos de tomadas de decisões, instituições a fim de descentralizar o processo democrático. (WOLKMER, 2001)

4. A Sub-representação Feminina

Assim, como forma de melhor atender a Democracia e os Direitos Humanos é imperioso construir novas formas de participação democrática, partindo desse princípio, bem como levando em consideração as falhas democráticas brasileiras que fazem com que as mulheres muitas vezes sejam sub-representadas nas casas de poderes estatais brasileiras.

Tendo em mente a Declaração dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas – ONU – de 1948 que traz a consagração dos Direitos Humanos básicos, em seu artigo 21 está anunciado direitos relativos a democracia, representação, igualdade de participação como norte para que os países desenvolvam políticas democráticas.

Artigo 21°

Toda a pessoa tem o direito de tomar parte na direcção dos negócios, públicos do seu país, quer directamente, quer por intermédio de representantes livremente escolhidos.

Toda a pessoa tem direito de acesso, em condições de igualdade, às funções públicas do seu país.

A vontade do povo é o fundamento da autoridade dos poderes públicos: e deve exprimir-se através de eleições honestas a realizar periodicamente por sufrágio universal e igual, com voto secreto ou segundo processo equivalente que salvaguarde a liberdade de voto. (ONU, 2019)

Desse modo, o acesso às condições de igualdade aos espaços de poder e funções públicas de seu país configura-se como um Direito Humano e, portanto, deve ser assegurado pelos países como uma forma de consolidar os compromissos estabelecidos a fim de universalizar os Direitos Humanos.

A experiência brasileira, contudo, apresenta uma exemplar situação de uma democracia que apresenta um grau de déficit em relação a participação, representação e ocupação dos espaços de poder por parte de grupos sociais historicamente marginalizados. Nesta abordagem, faz-se uma análise sob a perspectiva de gênero e o fenômeno da sub-representação feminina nos espaços institucionais de poder do Estado brasileiro.

Partindo de uma análise quantitativa é possível observar a sub-representação feminina nos espaços de poder. Segundo o censo de IBGE de 2010 o Brasil possuía população de 190.755.799 habitantes, sendo a distribuição por sexo com proporção de 51,03% mulheres para 48,97% homens, ou seja, a população brasileira é por uma pequena porcentagem majoritariamente feminina. (IBGE, 2019)

Levando em consideração o número de eleitores em 2018 essa proporção pende ainda mais para o lado feminino totalizando 52,5% do eleitorado sendo do sexo feminino em relação a 47,5% do eleitorado sendo do sexo masculino, além do mais, essa tendência aumenta nas faixas etárias mais elevadas chegando a 56,5% na faixa de mais de 79 anos. (TSE, 2019)

Tomando como referência o poder legislativo, a situação mostra uma clara desvantagem feminina quanto ao número de representantes. Levando em conta a Câmara Federal, para a legislatura referente ao quadriênio 2019-2022 foram eleitas 77 deputadas, um crescimento de cerca de 50% em relação ao número de 51 deputadas da legislatura anterior, totalizando, porém, apenas 15% do total de parlamentares da Câmara Federal. (CÂMARA FEDERAL, 2019)

O Senado Federal, de igual modo, apresenta uma baixa representação feminina, dos 27 senadores eleitos em 2018 apenas 5 são mulheres, representando 18,5% dos eleitos, além disso, em relação a composição total do

senado houve uma redução de uma senadora, passando de 13 até 2018 para 12 a partir de 2019. (SENADO FEDERAL, 2019)

Dessa forma, considerando todo histórico de baixa presença feminina no legislativo, a lei nº 12.034 de 2009 modificou a lei nº 9.504 de 1997, que trata das eleições, passando a trazer no artigo 10, inciso II, § 3º o número mínimo de 30% de candidaturas dos partidos ou coligações para um sexo em relação às câmaras legislativas.

A redação do artigo: “§ 3º Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo.”. (Brasil, 2019) Dessa maneira, apesar de não falar especificamente do sexo feminino, essa legislação adveio a fim de aumentar a presença feminina nos espaços decisórios. (BRASIL, 2019)

Todavia, essa lei não foi suficientemente satisfatória para cumprir a sua função de aumentar a presença feminina no legislativo, então, para as eleições de 2018 o Tribunal Superior Eleitoral editou a resolução nº 23.575 de 2018 que modificou os parágrafos 3º e 4º do artigo 19 de resolução nº 23.553 de 2017, passando a trazer a seguinte redação: (TSE, 2019)

§ 3º Os partidos políticos devem destinar no mínimo 30% (trinta por cento) do montante do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) para aplicação nas campanhas de suas candidatas.

§ 4º Havendo percentual mais elevado de candidaturas femininas, o mínimo de recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) deve ser aplicado no financiamento das campanhas de candidatas na mesma proporção. (TSE, 2019)

Ainda assim, como é possível observar através dos números anteriormente mencionados, a representação feminina nos espaços decisórios continua abaixo do que seria proporcional em relação ao corpo social. Assim, diversas formas de buscar reverter esse quadro são tentadas pelos atores sociais, uma delas são as candidaturas coletivas.

Desse modo, as candidaturas coletivas surgem como uma iniciativa que possibilita a união de esforços e capacidades de grupos de pessoas que nem sempre tem armas eleitorais paritárias em relação às grandes candidaturas financiadas por estrutura do partido e da iniciativa privada, representando uma fresta no excludente e de difícil permeabilidade sistema eleitoral brasileiro.

5. Candidaturas Coletivas

As candidaturas coletivas não encontram qualquer substrato na legislação brasileira, a candidatura e o mandato são considerados individuais, então, somente a pessoa oficialmente eleita pode exercer os direitos inerentes a candidatura e ao mandato como ter voz e voto no parlamento, gabinete para execução dos seus trabalhos, entre vários outros direitos. Como é possível observar no Código Eleitoral, no capítulo que trata do registro eleitoral, os artigos tratam o candidato singularmente, exigindo inclusive documentos pessoais.

§ 1º O requerimento de registro deverá ser instruído:

I - com a cópia autêntica da ata da convenção que houver feito a escolha do candidato, a qual deverá ser conferida com o original na Secretaria do Tribunal ou no cartório eleitoral;

II - com autorização do candidato, em documento com a assinatura reconhecida por tabelião;

III - com certidão fornecida pelo cartório eleitoral da zona de inscrição, em que conste que o registrando é eleitor;

IV - com prova de filiação partidária, salvo para os candidatos a presidente e vice-presidente, senador e respectivo suplente, governador e vice-governador, prefeito e vice-prefeito;

V - com fôlha corrida;

V - com fôlha-corrída fornecida pelos cartórios competentes, para que se verifique se o candidato está no gozo dos direitos políticos

VI - com declaração de bens, de que constem a origem e as mutações patrimoniais. (BRASIL, 1965)

As candidaturas coletivas, portanto, são construídas através de um acordo informal entre as partes que se comprometem a exercerem e tomarem as decisões do mandato de maneira deliberativa entre os membros do grupo da candidatura coletiva, como explica Afonso Benites em matéria do jornal *El País* “São agrupamentos nos quais uma pessoa aparece como a candidata na urna, mas se compromete a dividir todas

as ações do mandato com as outras que foram previamente definidas.” (EL PAIS, 2018)

Sobre a possibilidades jurídica de tais candidatura em fala ao jornal Nexo o professor Diogo Rais afirmou:

Quando o partido entra com o pedido de registro de um candidato, essa pessoa precisa assinar, em atitude personalíssima, um documento atestando que ela deseja se candidatar. Não existe um dispositivo legal que diga ‘a candidatura coletiva é proibida’, mas há diversos dispositivos levando à personalização da candidatura, o que significa que ela é representada por uma pessoa. (NEXO, 2018)

Essas tentativas coletivas tiveram suas primeiras experiências exitosas relativamente recente, no ano de 2016 uma candidatura composta por cinco pessoas elegeu-se para a câmara de vereadores na cidade de Alto Paraíso no estado de Goiás, oficialmente o advogado João Yuri é o eleito e portador do mandato, todavia, as decisões do mandato são tomadas por todos os membros de maneira coletiva, sem hierarquia entre legalmente vereador e os demais integrantes do “mandato coletivo”. (FOLHA DE SÃO PAULO, 2016)

No mesmo ano uma experiência intitulada “gabinetona” iniciou-se na câmara de vereadores de Belo Horizonte onde as duas vereadoras Áurea Carolina e Cida Falabella uniram seus gabinetes e passaram a atuar em conjunto com mais dez pessoas que contribuíram coletivamente para a construção das suas eleições. (FOLHA DE SÃO PAULO, 2018)

Em São Paulo, por exemplo, para as eleições de 2018 foi construída a candidatura chamada de Conjunto 18 formada pelas mulheres Moira Lázaro, Ana Paula Massonetto e Nilza Camilo concorreu ao senado de maneira coletiva, elas acordaram que uma concorreria enquanto as outras seriam suas suplentes, ademais pactuaram que cada uma exerceria 32 meses dos 96 totais do mandato, enquanto as outras trabalhariam no gabinete como assessoras. (EL PAIS, 2018)

Em Pernambuco, igualmente, uma candidatura nomeada de “Juntas” lançou e elegeu as cinco mulheres Carol Vergolino, Jô Cavalcanti, Joelma Carla, Kátia Cunha e Robeyoncé Lima, entre uma de suas bandeiras foi justamente possibilitar a maior participação feminina na política, ademais, buscam horizontalizar as decisões políticas. (FOLHA PE, 2018)

Dessa maneira, é inegável que o fenômeno das candidaturas coletivas está e possivelmente estará cada vez mais presente nas eleições brasileiras

como forma de possibilitar uma nova forma de construção política e de representação. Levando isso em consideração foi proposta em 2017, pela deputada Renata Abreu do podemos de São Paulo, a Proposta de Emenda a Constituição nº 379/2017 com o objetivo de acrescentar o §12º no artigo 14 da Constituição Federal a fim de possibilitar a possibilidade de candidaturas coletivas, “§ 12. Os mandatos, no âmbito do Poder Legislativo poderão ser individuais ou coletivos, na forma da lei.”. (CÂMARA FEDERAL, 2017)

Considerações Finais

Diante do exposto, infere-se que as candidaturas coletivas, apesar de não encontrarem nenhum amparo no ordenamento jurídico brasileiro, representam uma significativa e inovadora alternativa às inúmeras falhas presentes na democracia brasileira, em especial à baixa representação feminina na política institucional do Estado brasileiro.

Assim, a forma democrática do Estado desenvolvida desde os mais remotos tempos na Grécia, passando pelas experiências modernas, encontram nas candidaturas coletivas uma ferramenta de democracia participativa, fruto de uma evolução a fim de conseguir melhorar seus mecanismos e permitir uma maior permeabilidade e inclusão, antes marginalizados, como exemplo tratado especificamente as mulheres.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BENITES, Afonso. “Vote em um e eleja vários”: os coletivos querem crescer na política. **El País**. Brasília, sem paginação ago. 2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/08/08/politica/1533685243_080142.html>. Acesso em: 21 mar. 2019.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**. São Paulo: Paz e Terra, 2007.
- BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Lei nº 12.034, de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12034.htm#art3>. Acesso em: 20 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 4.737, de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4737.htm>. Acesso em: 21 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.504, de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm>. Acesso em: 20 mar. 2019.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº 379, de 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4B295C6ADE95D85AFF2B-25FBFEAC7933.proposicoesWebExterno1?codteor=1620713&filename=PEC+379/2017>. Acesso em: 21 mar. 2019.

CÂMARA FEDERAL. **Bancada feminina na Câmara sobe de 51 para 77 deputadas**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/564035-BANCADA-FEMININA-NA-CAMARA-SOBE-DE-51-PARA-77-DEPUTADAS.html>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

CARAZZAI, Estelita Hass. Grupo é eleito para ‘mandato coletivo’ de vereador em Goiás. **Folha de São Paulo**. Curitiba, sem paginação. out. 2016. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/eleicoes-2016/2016/10/1822231-grupo-e-eleito-para-mandato-coletivo-de-vereador-em-goias.shtml>>. Acesso em: 21 mar. 2019.

COTTA, Maurizio. Representação Política. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Unb, 1998. p. 1101-1107.

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem Ética? **Lua Nova**, São Paulo, p.101-138, jan. 2007.

- IBGE. **Brasil em Síntese**. Disponível em: <<https://brasilemsintese.ibge.gov.br/populacao/populacao-total-1980-2010.html>>. Acesso em: 20 mar. 2019.
- ISAKHAN, Benjamin; STOCKWELL, Stephen. **The Secret History of Democracy**. Londres: Palgrave Macmillan, 2011.
- KARAWEJCZYK, Mônica. As suffragettes e a luta pelo voto feminino. **História, Imagem e Narrativas**, Porto Alegre, v. 1, n. 17, p.1-16, out. 2013.
- KELSEN, Hans. **A Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LOSURDO, Domenico. **Democracia ou Bonapartismo**. Rio de Janeiro: Ufij; Unesp, 2004.
- MENEZES, Marilde Loiola de. Democracia de Assembleia e Democracia de Parlamento: uma breve história das instituições democráticas. **Sociologias**, Porto Alegre, v. 12, n. 23, p.20-45, abr. 2010.
- MIGUEL, Luís Felipe. **Dominação e Resistência**. Rio de Janeiro: Boitempo, 2018.
- MÜLLER, Friedrich. **Quem é o Povo?** São Paulo: Max Limonad, 2003.
- ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 20 mar. 2019.
- PHILLIPS, Anne. DE UMA POLÍTICA DE IDÉIAS A UMA POLÍTICA DE PRESENÇA? **Estudos Feministas**, Florianópolis, p.268-290, 2001.
- RAIS, Diogo. O que é mandato coletivo. E quais os seus limites práticos e legais. **Nexo**. sem paginação. mar. 2018. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/03/02/O-que-%C3%A9-9-mandato-coletivo.-E-quais-os-seus-limites-pr%C3%A1ticos-e-legais>>. Acesso em: 21 mar. 2019.

RAPOSO, Renato. Cinco mulheres lançam candidatura coletiva a deputada estadual em Pernambuco. **Folha Pe**. Recife, sem paginação. jun. 2018. Disponível em: <<https://www.folhape.com.br/politica/politica/blog-da-folha/2018/06/13/BLG,6631,7,509,POLITICA,2419-CINCO-MULHERES-LANCAM-CANDIDATURA-COLETIVA-DEPUTADA-ESTADUAL-PERNAMBUCO.aspx>>. Acesso em: 21 mar. 2019.

RIBEIRO, Renato Janine. **A Democracia**. 3. ed. São Paulo: Publifolha, 2013.

ROUSSEAU, Jean-jacques. **O Contrato Social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Santos, Boaventura de Sousa (1998), Reinventar a democracia. Lisboa: Gradiva.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a Democracia**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SCHUMPETER, Joseph A.. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SENADO FEDERAL. **Cresce percentual de mulheres entre senadores eleitos**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/10/06/cresce-percentual-de-mulheres-entre-senadores-eleitos>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

TAVARES, Joelmir. Grupos estudam candidaturas coletivas para ‘desafiar o sistema’. **Folha de São Paulo**. São Paulo, sem paginação. fev. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/02/grupos-estudam-candidaturas-coletivas-para-desafiar-o-sistema.shtml>>. Acesso em: 21 mar. 2019.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TSE. Resolução nº 23.553, de 2017. . Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2017/RES235532017.html>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

TSE. Resolução nº 23.575, de 2018. . Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2018/RES235752018.html>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

TSE. **Estatísticas do eleitorado – Por sexo e faixa etária.** Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleitor/estatisticas-de-eleitorado/estatistica-do-eleitorado-por-sexo-e-faixa-etaria>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

WOLKMER, A. C. Do paradigma da representação à democracia participativa.

YOUNG, Iris Marion. representação política, identidade e minorias. **Lua Nova**, São Paulo, p.139-190, 2006.

A CONJUNTURA POLÍTICA, ECONÔMICA E SOCIAL DO BRASIL NO PERÍODO QUE ANTECEDE O GOLPE MILITAR DE 1964

Guilherme Freitas Gomes

As discussões sobre o golpe de 1964, devem estar baseadas na compreensão do contexto sociopolítico e econômico do país, na década que lhe antecede.

Os anos que precederam o golpe de Estado no Brasil, foram marcados por momentos políticos turbulentos, tais como a crise econômico-financeira; as constantes crises políticas e institucionais; as crises do sistema partidário; a ampla mobilização política das categorias populares da classe trabalhadora e também uma maior organização e ofensiva dos setores militares e empresariais, que contribuíram para a efetivação dos articuladores e das conspirações que tramavam a derrubada do presidente João Goulart¹²⁷, visto como solução para o fim das crises econômicas, políticas e sociais que aconteciam sucessivamente no país até então.

127 GOULART, João - dep. fed. RS 1951 e 1952-1953; min. Trab. 1953-1954; dep. fed. RS 1954; vice-pres. Rep. 1956-1961; pres.Rep. 1961-1964.- João Belchior Marques Goulart, conhecido também pelo apelido de Jango, foi presidente do Brasil entre os anos de 1961 e 1964, quando foi deposto pelo Golpe Militar de 1964. João Goulart nasceu na cidade gaúcha de São Borja, em 1º de março de 1919, e faleceu na cidade argentina de Mercedes, em 6 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://memoriasdaditadura.org.br/biografias-da-resistencia/joao-goulart/index.html> acessado em 15/12/2018.

Em 1960, Jânio Quadros foi eleito presidente pela União Democrática Nacional (UDN¹²⁸). Na época a legislação autorizava chapas independentes para a presidência e para a vice-presidência e por esse motivo, tivemos a reeleição de João Goulart (Jango), candidato pelo PTB¹²⁹ como vice-presidente de nosso país.

Com a vitória de Jânio Quadros nas eleições para presidente, a UDN, principal representante da direita, finalmente chegaria ao poder, mas não obteve sequer a oportunidade de governar de fato o país, devido a postura independente de Jânio. O presidente nacional da UDN, Herbert Levy, deu uma declaração emblemática à época que dizia: “A UDN com Jânio não era governo e nem oposição, constringido a apoiar um governo que não era seu”.

Jânio Quadros exerceu os sete meses de governo com posições que incomodavam a burguesia nacional e os interesses dos Estados Unidos, ele tinha como política de ação a defesa pela autodeterminação e a não-intervenção em Cuba, a defesa de Cuba perante a OEA¹³⁰ (Organização dos

128 UDN- União Democrática Nacional foi partido político fundado em 1945, de caráter opcionista ao governo de Getúlio Vargas- o partido possuía visão e ideologia conservadora. A UDN tinha grande apoio das classes médias urbanas e de vários setores da elite empresarial. A primeira vitória significativa da UDN foi em 1960, quando elegeu Jânio Quadros para a presidência. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/uniao-democratica-nacional-udn> acessado em: 07 de fevereiro de 2019. | A União Democrática Nacional (UDN) foi um movimento que teve seu início na época do Estado Novo (1937 – 1945), tendo contribuído de forma efetiva para o fim desse regime. A UDN também teve atuação destacada no governo de Getúlio Vargas entre os anos de 1950-1954, ao fazer uma contundente oposição. Além do antigetulismo, foram características marcantes da UDN a defesa do liberalismo e intervencionismo. Disponível em <https://www.infoescola.com/historia-do-brasil/uniao-democratica-nacional-udn/> acessado em 07/02/2019

129 PTB- Partido político criado em março de 1945, portanto ainda antes da queda de Vargas e do fim do Estado Novo, dentro do movimento de organização de partidos nacionais. Sua principal base política eram os trabalhadores urbanos cujas entidades sindicais eram controladas pelo Ministério do Trabalho. Disponível em <https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos37-45/DireitosSociaisTrabalhistas/PTB> Acessado em: 07/02/2019.

130 OEA- A “Organização dos Estados Americanos” é a mais antiga organização dedicada a um tema regional no mundo a ser instalada, sendo que as suas mais remotas fundações se encontram nas discussões da Primeira Conferência Internacional Americana que teve lugar em Washington D.C., EUA, entre os anos de 1889 e 1890. Nesta cimeira seria aprovada a criação da “União Internacional das Repúblicas Americanas”, o embrião de um grupo que

Estados Americanos), além da condecoração do astronauta soviético e do ministro cubano Ernesto “Che” Guevara. Graças às suas ações, o presidente (Jânio) veio a sofrer um isolamento político, inclusive entre os seus correligionários, entre o empresariado nacional, e entre setores militares, que devido as suas ações, se sentiram traídos.

Em uma missão comercial, à China, no dia 24 de agosto de 1961, Jango teve notícia da renúncia de Jânio, que viera a se concretizar no dia 25 de agosto.

Levando em consideração a Constituição Federal que vigorava à época, Jango seria automaticamente, assim que chegasse em terras brasileiras, como vice-presidente seria empossado como novo presidente do Brasil. Mas os militares e os civis antigetulistas (representantes do empresariado nacional, que vinham exercendo suas políticas através de seus partidos, entidades de classe e de seus aparelhos ideológicos, como era o caso dos grandes jornais – e que temiam a volta e uma maior escalada das políticas de direito trabalhista) não estavam dispostos a admitir a posse do novo presidente. Graças a isso, neste momento iniciou-se a campanha pela legalidade, que pretendia defender a posse do novo presidente. A campanha pela legalidade era uma mobilização feita entre os setores civis e militares que defenderam a posse de João Goulart, a mesma também fora contestada por grupamentos de adversários civis e militares.

“...no Brasil, os três ministros militares, não queriam ver Jango... Na Presidência nem pintado de ouro. Imediatamente tentaram unir as Forças Armadas e setores da elite civil em uma conspiração para impedir a posse do vice. Foi um ‘golpe branco’, que só não deu certo porque a população, incluindo grande parte das Forças Armadas, levantou a bandeira da legalidade e da democracia...”

(Caio Navarro de Toledo, 2014)

teria por objetivo unir as decisões em âmbito internacional dos países do continente americano. O verdadeiro lançamento da organização ocorreria em 1948, em Bogotá, capital da Colômbia, com a constituição da carta da OEA, prevista para entrar em vigor em dezembro de 1951, sofrendo reformas em 1970, 1988, 1996 e 1997. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/> Acessado em: 18/02/2019.

A crise da sucessão que ocorreu por causa da renúncia acabaria sendo solucionada pela adoção do parlamentarismo. Aprovada com amplo apoio na Câmara dos Deputados no dia 2 de setembro, a nova modalidade de governo no Brasil garantiu a posse de Jango no Planalto mas o impediu de tomar posse com plenos poderes, que então, só lhe seriam restituídos após o plebiscito pela volta ao presidencialismo realizado em janeiro de 1963.

A medida da junta militar tentar lhe impedir a posse e lhe impor o parlamentarismo seria uma das manobras de contenção que estaria dentro de um plano de impor um maior poder militar e limitar o crescimento da esquerda e das pautas populares no país.

Do ponto de vista administrativo, o regime parlamentarista fracassou e se revelou ineficaz. Celso Furtado em 1980 fala que:

“O governo Goulart a rigor nunca existiu. Essa que é a pura realidade. Foi demasiadamente contestada pelo sistema de poder no Brasil, seja pelos setores privados, seja pelos setores militares, (Goulart) nunca conseguiu sair de sua situação de transitoriedade. No começo, sua luta foi fundamentalmente para restabelecer o poder do presidente e, em seguida, foi absorvido pelo problema sucessório. Repito, o governo Jango nunca existiu. Ele não pode ser comparado com um governo normal. Nunca dispôs de suficiente poder. Na verdade, durante quase todo o seu governo, (Goulart) foi uma espécie de candidato a alguma coisa e não propriamente um presidente.” (Furtado, 1980)

João Goulart (assim como seu influenciador e padrinho político, Getúlio Vargas), foi um líder (um fenômeno político) que emergiu em razão das debilitadas políticas das classes dominantes, numa época de uma maior tentativa de participação das massas populares no jogo político. A partir disso, oportunizou-se a expressão das manifestações das camadas populares, amparadas no caráter carismático e populista de seu líder Jango e nos seus planos e propostas políticas – apoiado por grandes setores trabalhistas de esquerda como a CGT ¹³¹(Comando Geral dos Trabalhadores).

131 CGT - Organização intersindical de trabalhadores, de âmbito nacional, não reconhecida pelo Ministério do Trabalho, criada durante o IV Congresso Sindical Nacional dos Trabalhadores realizado em São Paulo em agosto de 1962, com o objetivo de orientar, coordenar e

No início da década de 1960, a existência de um governo como o de João Goulart, identificado com propostas desenvolvimentistas nos marcos de um “capitalismo nacional autônomo” e cuja orientação trabalhista o fez ser obrigado a dialogar com as lideranças sindicais. Significava claramente um obstáculo às pretensões da grande burguesia nacional integrada de forma subalterna ao capital internacional, disposta, então, a tomar de assalto o poder de Estado, para fazer valer plenamente seus interesses.

O historiador Caio Navarro de Toledo fala que Jango, e seu governo eram vistos pela classe dominante e setores da hierarquia militar (liberais e conservadores), como um governo que só possuía aspectos negativos: desde baderna política; crise de autoridade; caos administrativo; inflação descontrolada; recessão econômica; quebra de hierarquia e indisciplina dentro das forças armadas; subversão da lei e da ordem e avanço das forças de esquerda e comunizantes.

No período do pré golpe, existia como fator quase que unitário das forças populares, de esquerda e de setores nacionalistas, a defesa de nossas riquezas, a luta pela soberania, e principalmente a luta anti-imperialista que juntava setores da esquerda (que defendiam o desenvolvimento nacional) e de setores da classe média e de parte do empresariado brasileiro que viam na luta anti-imperialista a defesa de suas próprias riquezas. Analisando tal conjuntura:

“Os agentes da C.I.A. perceberam que seria necessário quebrar a unidade anti-imperialista. A primeira medida para atingir esse objetivo foi assustar a burguesia nacional com o fantasma da reforma agrária na marra e da socialização das fábricas. ”
(Tupinambá, 1984)

dirigir o movimento sindical brasileiro. Desarticulou-se devido à repressão desencadeada pelo movimento político-militar de 31 de março de 1964, que ocasionou a prisão de seus líderes, a intervenção nos órgãos sindicais oficiais filiados e a extinção de todas as demais organizações intersindicais. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/comando-geral-dos-trabalhadores-cgt> acessado em: 18/02/2019.

Os agentes da C.I.A.¹³² tiveram uma efetiva participação na derubada do presidente do Brasil. Os agentes do imperialismo Norte-Americano jamais iriam permitir uma “nova Cuba” em seu quintal na América Latina. Documentos produzidos pelo Centro de Informação da Marinha (CENIMAR¹³³) revelam e tornam pública a atuação e o envolvimento direto de agentes da CIA em fatos ocorridos no Brasil antes e depois do golpe de 31 de março. Os agentes não só espalharam boatos que aterrorizaram a burguesia nacional - se utilizando inclusive da mídia da época (reforma agrária e a socialização/estatização das fábricas) e a pequena burguesia (com a reforma urbana) como se utilizaram de milhões de dólares à sua disposição, infiltrando provocadores e agitadores em diversos locais do país, tornando-se inclusive quadros dirigentes dentro dos sindicatos, nas igrejas, nos clubes, nas escolas, nas fábricas, na imprensa, nas fazendas, nos ministérios, nos partidos políticos (o próprio PCB, tinha como infiltrado num dos seus maiores quadros, Guerra Júnior, que na época tinha 30 anos, conhecia o PCB por dentro e era infiltrado da CIA, do SNI e do próprio CENIMAR),

132 C.I.A. - CIA é a sigla em inglês para Agência Central de Inteligência, e tem como missão coletar, avaliar e distribuir informações que sejam de uso da administração norte-americana na tomada de decisões sobre segurança nacional. Ela também pode se engajar em ações secretas, a pedido do presidente, mas não lhe é permitido espionar as atividades domésticas dos americanos ou participar de assassinatos, apesar de já ter sido acusada de tais atos. Disponível em: <https://www.infoescola.com/estados-unidos/agencia-central-de-inteligencia-cia/> acessado em 18/02/2019.

133 CENIMAR - O CENIMAR é um órgão da Marinha do Brasil que tinha o objetivo de obter informações de interesse para o Estado durante a Ditadura Militar. Criado no dia 21 de novembro de 1957, o Centro de Informações da Marinha, chamado apenas de CENIMAR, é fruto do Decreto nº 42.688 que lhe garantiu existência. Desde sua criação, o CENIMAR esteve subordinado ao Estado-Maior da Armada, sendo dirigido por um Oficial que ocupa um posto chamado de Capitão de Mar e Guerra, designação típica da Marinha que é o equivalente a coronel no Exército e na Aeronáutica. O diretor no CENIMAR era indicado pelo próprio Presidente da República e era integrado às divisões de Busca, de Registro e Seleção e de Serviços Gerais. A atividade do CENIMAR ganhou repercussão histórica especialmente por causa de sua investigação de movimentos subversivos durante a Ditadura Militar. A partir de 1968, o CENIMAR passou a exercer tal função e a ser empregado diretamente na repressão à luta armada exercida por organizações de extrema esquerda que tentavam derrubar o regime militar vigente no país. Disponível em: <http://www.arquivonacional.gov.br/br/difusao/arquivo-na-historia/696-doi-codi.html> Acessado em: 20/12/2018.

enfim, em todos os lugares sempre havia alguém pronto a executar as ordens dos imperialistas.

A partir de então as classes dominantes, além de ficarem alarmadas com os boatos das reformas, os agentes infiltrados pela CIA conseguiram espalhar e amedrontar as elites empresariais com declarações de que a revolução comunista já estava às portas do país e que não era dado um ano para que a revolução comunista se instalasse no Brasil.

A partir de 1960, o crescimento da ação sindicalista aumentou no país coincidindo com aceleração do processo de participação política do povo. O aumento desse sindicalismo entretanto, não acontecia pela grande capacidade de pressão autônoma da classe trabalhadora, mas sim, por causa do apoio que as lideranças sindicais oficiais recebiam do governo. Nesse mesmo período, surgia a CGT (Comando Geral dos Trabalhadores), sendo esta, uma organização política de liderança comunista e nacionalista, destinada principalmente a ampliar o poder de pressão, e articulação dos trabalhadores.

Verifica-se no período, a participação ativa de amplas camadas de trabalhadores urbanos e rurais nos embates políticos, atraindo setores de camadas médias, com destaque para estudantes e intelectuais. Se a ampliação da mobilização popular não colocava imediatamente em xeque a ordem capitalista, não deixava de representar uma séria ameaça aos interesses das frações de classe burguesas ligadas aos bancos, à grande indústria e ao latifúndio. Isto levava a uma conjuntura de crescente tensão, com o governo de João Goulart sendo pressionado por todos os setores da luta política e sofrendo um esvaziamento de poder e autoridade.

Logo no início de 1964, a CIA temia a possibilidade de que o presidente João Goulart realizasse projetos de cunho nacionalista que atingissem as companhias privadas de distribuição de petróleo que recebiam enormes investimentos europeus e principalmente dos EUA. Jango foi derrubado por um golpe amplamente financiado pelo imperialismo estadunidense. E também por diversos meios como; financiamento de políticos de oposição, forte propaganda anticomunista e antirreformas nos meios de comunicação, movimentação de entidades da sociedade civil, até o deslocamento de navios próximos à costa brasileira.

Havia em curso diversas estratégias sobre o fortalecimento da economia do país. Foi criado o Plano Trienal que tinha o objetivo de fazer o país voltar a crescer sem sacrificar o desenvolvimento nacional;

O Plano Trienal procurava compatibilizar o combate ao surto inflacionário com uma política de desenvolvimento que permitisse ao país retomar as taxas de crescimento semelhantes às do final dos anos 50. Como reconheciam alguns setores da esquerda, o Plano constituía-se num avanço em relação às teses ortodoxas dominantes, pois afirmava ser possível combater o processo inflacionário sem sacrificar o desenvolvimento.

(CAIO NAVARRO DE TOLEDO, 2014)

Ao mesmo tempo, na época antecedente ao golpe, o governo faria um apelo às mais variadas categorias pertencentes a classe trabalhadora para que apertasse o cinto;

Apesar de não atribuir aos salários efeitos inflacionários, na prática, o Plano pedia – como todos os planos de “salvação nacional” – que os trabalhadores (novamente) “apertarem os cintos”, em nome de benefícios que viriam obter a médio e a longo prazo. Os tradicionais apelos à “colaboração” e ao “patriotismo” da classe trabalhadora eram reiterados pelos formuladores do Plano.

(CAIO NAVARRO DE TOLEDO, 2014)

Ainda no mesmo período, estava em curso a disputa ideológica sobre qual deveria ser o melhor caminho a seguir para a conquista do pleno desenvolvimento da economia brasileira – desenvolvimento do capitalismo nacional. Continuou então, a polarização entre os grupos que defendiam propostas de cunho nacionalistas e de outro que eram favoráveis à participação internacional no processo. Desde Vargas, o Estado era o principal ente orientador da política econômica que estimulou a industrialização da nação. Durante o período de desenvolvimento, a industrialização brasileira foi dirigida e financiada majoritariamente por capitais estatais.

A Ascensão de Jango à Presidência provocou cada vez mais, uma maior participação da esquerda nos quadros do governo, trazendo assim para o centro dos debates políticos e na sociedade às propostas nacionalistas, que foram utilizadas pelos setores conservadores com diligente habilidade para denunciarem que o Brasil estava em marcha inexoravelmente para o comunismo. O governo era pressionado pela esquerda que ansiava pelas reformas estruturais e pela direita que se encontrava amedrontada pela crescente participação sindicalista no governo.

Após as desconfianças tanto da esquerda quanto da direita, e tendo o Estado mergulhado em grave crise econômica, com a impossibilidade de o

governo realizar novos investimentos, a direita executou com os seus parceiros, tendo tido sucesso, o golpe civil- (empresarial) -militar afastando de maneira ilegal o governo de Jango do poder.

Bibliografia:

Caio Navarro de Toledo. 1964: o golpe contra as reformas e a democracia. Publicado na Revista Brasileira de História. São Paulo, V.24, nº47, p 13-28 – 2014

Celso Furtado. O Estado de São Paulo. São Paulo, 20/01/1980.

Comitê Central do Partido Comunista Brasileiro. O PCB e o golpe de 1964. Publicado em 01/04/2014 no site pcb.org.br acessado em 29 de agosto de 2017.

Fabiano Farias de Souza. Conjuntura política e econômica no Brasil (1950-1964): terreno fértil para o golpe de 1964. Publicada em 2013 na Revista História e Cultura, Franca-SP.

Jornal O Poder Popular. Edição 19 - MAR/2017 - Ano 03

Tarcísio Tupinambá. 1964, a revolução dos ricos. Editora Cátedra, Rio de Janeiro, 1985.

PARTICIPAÇÃO POLÍTICA DAS MULHERES NO BRASIL: AVANÇOS E DESAFIOS COM BASE NA PERSPECTIVA DE POLÍTICA COMO LIBERDADE

Letícia Rabelo Borges Mariano

Introdução

A participação política das mulheres conta com inúmeros desafios para seu fortalecimento no Brasil. Em termos de representatividade política feminina, o país está muito aquém do desejado para promover a igualdade de gênero. O presente artigo partirá da premissa de que, no Estado Democrático de Direito, a politização da mulher se desenvolve pela consciência da importância de sua ativa participação.

As razões para a ausência de protagonismo feminino no espaço público são encontradas historicamente na dificuldade de acesso das mulheres às esferas institucionais das atividades intelectuais, na falta de autonomia dentro do contexto privado e na ausência de cidadania plena no ambiente público. Nas palavras de Adichie (2017):

Nosso mundo está cheio de homens e mulheres que não gostam de mulheres poderosas. Estamos tão condicionados a pensar o poder como coisa masculina que uma mulher poderosa é uma aberração.

A história brasileira, por ser fundada no patriarcalismo, sempre apresentou diversos cenários de mulheres subjugadas e tratadas como seres inferiores. Comprometidas com os papéis do lar, eram impedidas de apri-

morar suas capacidades intelectuais e alcançar seus objetivos profissionais. Nesse sentido, contribui Hollanda (2018):

Há algo profundamente inquietante na equação entre poder e violência. Ou na ausência de poder das mulheres e no excesso de violência dos homens sobre as mulheres. Ou no fato de os homens ocuparem o topo da pirâmide do poder, enquanto as mulheres ficam na base da pirâmide da violência.

Parte do árduo empenho para o reconhecimento da igualdade de gênero e de oportunidades nos segmentos que abrigaram o domínio masculino foi a conquista feminina do direito de votar e ser votada. Esse avanço foi significativo para a abertura do espaço para a efetividade da participação da mulher nos processos decisórios na sociedade. Passo além desse direito é o que integra o empoderamento da mulher no sentido de ocupar espaços decisórios e políticos.

Para analisar a participação política das mulheres no Brasil, é relevante abordar primeiramente como se iniciou o rompimento com os padrões impostos e a persistência para superá-los. Depois, os reflexos da tutela nacional e internacional dos direitos políticos das mulheres. Por fim, examinar os desafios para assegurar a equidade na atuação no espaço público.

1. A luta pelo fim do paradigma patriarcal de “mulher do lar”

Os obstáculos enfrentados pelas mulheres para participar da vida pública, se hoje já são muitos, antes eram empecilhos intransponíveis arraigados na cultura e nas leis da sociedade brasileira. Independentemente da classe social a que pertencessem, mulheres tiveram que lutar contra inúmeros entraves para ingressar no campo político, definido pelos homens como naturalmente masculino.

O rompimento dos padrões socialmente aceitos de mulher submissa emerge no interior das relações de trabalho. Quando a mulher trabalhadora recusa o papel social de dona de casa como sendo o único e o prioritário, ela não aceita mais a subordinação a uma autoridade patriarcal e principia a construção de seu espaço de liberdade. (PRIORE, 2004).

A emancipação feminina se iniciou com a inserção das mulheres no processo de produção. O ingresso no mercado de trabalho, porém, foi marcado por variação salarial, intimidação física, desqualificação intelec-

tual e assédio sexual. Além disso, a hostilidade com que o trabalho feminino fora do lar era tratado no interior da família era alarmante. Priore (2004) concebeu a seguinte reflexão sobre os padrões da época:

Os pais desejavam que as filhas encontrassem um “bom partido” para casar e assegurar o futuro, e isso batia de frente com as aspirações de trabalhar fora e obter êxito em suas profissões. Não socializar informações importantes era uma boa estratégia, e os homens se valiam dela procurando preservar seu espaço na esfera pública e desqualificar o trabalho feminino.

O anseio das mulheres por êxito profissional era contestado se valendo da associação entre a mulher no trabalho e a questão da moralidade social. No discurso de diversos setores sociais, destaca-se a ameaça à honra feminina representada pelo mundo do trabalho, visão ligada à urgência de manter a mulher na esfera da vida privada. O jornal *A Razão*, em 29 de julho de 1919, repetia argumentos como:

O papel de uma mãe não consiste em abandonar seus filhos em casa e ir para a fábrica trabalhar, pois tal abandono origina muitas vezes consequências lamentáveis, quando melhor seria que somente o homem procurasse produzir de forma a prover as necessidades do lar.

Continuando as reivindicações, muitas mulheres divulgaram seus ideais em revistas como *A Mensageira* e *Revista Feminina*. Muitos discursos, porém, não eram totalmente emancipadores, já que apontavam para os benefícios do trabalho feminino fora do lar no desenvolvimento do lado materno. Uma mulher profissionalmente ativa e politicamente participante, que debatia questões nacionais, teria melhores condições de aprimorá-lo. (PRIORE, 2004).

A figura da “mulher do lar” foi paulatinamente substituída pela da “mãe cívica”, exaltada como a que preparava física, intelectual e moralmente o futuro cidadão da pátria, contribuindo de forma decisiva para o engrandecimento da nação. Este discurso de valorização da maternidade mostra a manutenção da figura da mulher como coadjuvante no espaço público, como se a participação fosse incompatível com a sua constituição biológica.

Só muito recentemente a figura da “mulher pública” foi pensada sob os mesmos parâmetros pelos quais se pensa o “homem público”, isto é, enquanto ser racional dotado de capacidade intelectual e moral para a direção dos negócios da cidade. (PRIORE, 2004). Até pouco tempo acre-

ditava-se que a mulher, sendo feita para o casamento e para a maternidade, não deveria comparecer a certos lugares desacompanhada, e a política ainda era considerada assunto preferencialmente masculino.

A líder feminista Bertha Lutz, referência na luta pelos direitos políticos das mulheres brasileiras, expôs suas ideias na imprensa pela primeira vez ao final de 1918. O feminismo já era uma palavra conhecida no vocabulário político da capital federal. Era a consciência feminina de que algo estava errado na forma como a sociedade tratava as mulheres. Em uma reflexão mais profunda, feminismo seria a busca por igualdade de oportunidades.

Em 1922, Bertha Lutz criou a Federação Brasileira pelo Progresso Feminino, ação fundamental para o processo de negociação pelo voto feminino junto à classe elite política do país. Lutz considerava a educação um passo importante, mas não conduziria as mulheres à independência econômica se não fosse acompanhada da igualdade com os homens perante a lei. Como bem observa Marques (2016):

Os fios que prendiam as mulheres ao lar as impediam de concorrer a empregos estáveis de melhor remuneração, mesmo aquelas que tinham a sorte e o amparo da família para frequentar o ensino superior. Entendia que esses fios, um a um, restringiam as mulheres a uma existência dependente dos homens.

Sem direitos políticos, tratadas pela legislação civil como tuteladas e com limitadas perspectivas de trabalho, as mulheres no Brasil viviam no limbo dos direitos que a ordem liberal proclamara serem universais. A saída era cultivar uma calculada imagem pública de serenidade para dialogar com os homens poderosos. (MARQUES, 2016).

Desde a formação da sociedade brasileira, as mulheres foram excluídas de todo e qualquer direito político. Por exemplo, a Carta Outorgada do Império (1824) e a primeira Constituição da República (1891) não lhes concederam o direito de votar e nem de serem votadas.

Após intensas campanhas nacionais e ocupações das galerias do Congresso pedindo pelo voto feminino, ele foi assegurado pelo Código Eleitoral Provisório (Decreto 21076), de 24 de fevereiro de 1932. As mulheres conquistavam, depois de muitos anos de reivindicações e discussões, o direito de votar e serem eleitas para cargos no Executivo e Legislativo.

Em um primeiro momento, só puderam votar as mulheres casadas,

desde que autorizadas pelos maridos, as viúvas e as solteiras com renda. Na Assembleia Constituinte de 1934, referidas restrições foram extintas e o voto feminino se consolidou como um direito de todas as mulheres. Em 1946, a obrigatoriedade do voto foi estendida às mulheres. (BULOS, 2012).

A Constituição de 1946 definiu que o voto era obrigatório, exceto para as mulheres que não exerciam atividades remuneradas, ou seja, a maioria das mulheres casadas continuavam submissa à vontade de seus maridos. Foi apenas no Código Eleitoral de 1965 que os direitos e obrigações eleitorais foram igualados entre homens e mulheres.

Em seu primeiro discurso, no dia da posse na Câmara dos Deputados, 28 de julho de 1936, Bertha Lutz registrou a realidade daquele tempo, que permanece muito atual:

A mulher é metade da população, a metade menos favorecida. Seu labor no lar é incessante e anônimo; seu trabalho profissional é pobremente remunerado, e as mais das vezes o seu talento é frustrado, quanto às oportunidades de desenvolvimento e expansão. É justo, pois, que nomes femininos sejam incluídos nas cédulas dos partidos e sejam sufragados pelo voto popular.

Como o espaço público moderno foi definido como esfera essencialmente masculina, do qual as mulheres participavam apenas como coadjuvantes, desempenhando as funções consideradas menos importantes nos campos produtivos que lhes eram abertos, as mulheres ainda tinham muitos obstáculos a superar para se firmarem no espaço público.

2. Conquista dos direitos políticos no Brasil e adesão a convenções internacionais: mais mulheres na política?

Os direitos políticos resumem o conjunto de direitos que regulam a forma de participação popular no governo. (BULOS, 2012). Sua conquista pelas mulheres no Brasil se deve a luta persistente que feministas travaram para, finalmente, conseguirem se firmar como cidadãs.

A conquista do sufrágio feminino estabelece o direito da mulher de eleger e ser eleita. Representa que não existem diferenças fundamentais entre homens e mulheres que não tenham sido originadas por condicionamentos sociais e culturais. A tutela dos direitos políticos das mulheres

pelo ordenamento jurídico brasileiro foi um grande avanço rumo ao seu empoderamento político.

A tutela internacional dos direitos das mulheres também foi impulsionada no mesmo período. A Assembleia Geral das Nações Unidas, ao proclamar a Declaração Universal dos Direitos Humanos no dia 10 de dezembro de 1948, estimulou mundialmente os avanços pela igualdade de gênero. Os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais e na igualdade de direitos entre homens e mulheres:

Art. XXI. 1. Todo ser humano tem o direito de fazer parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.

Em 1979, a Organização das Nações Unidas aprovou a Convenção para a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. O Brasil ratificou a Convenção, assumindo mais um compromisso internacional de buscar a igualdade de gênero, por meio de ações concretas:

Art. 7º. Os Estados-Partes tomarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na vida política e pública do país e, em particular, garantirão, em igualdade de condições com os homens, o direito a:

b) participar na formulação de políticas governamentais e na execução destas, e ocupar cargos públicos e exercer todas as funções públicas em todos os planos governamentais.

A IV Conferência Mundial sobre a Mulher, ocorrida em Pequim no ano de 1995, também culminou em uma plataforma de ação para os países signatários, entre eles o Brasil, destinada à afirmação política da mulher.

As convenções internacionais firmadas pelo Brasil abordaram temas sobre a necessária participação ativa da mulher em todas as dimensões da vida pública e privada. Abriram caminho para a idealização de uma política pública que estimule a participação feminina nos espaços da política institucional. (ONU Mulheres, 1995).

Foi afirmado internacionalmente que o caminho para se conseguir paridade no espaço político passa por garantir que poder e responsabilidades sejam compartilhados. Assim, estabeleceu-se que é mediante uma participação plena e em igualdade de condições no processo de tomada de decisões econômicas, sociais, culturais e políticas que se chegará a uma igualdade material entre homens e mulheres. (ONU Mulheres, 1995).

As convenções internacionais das quais o país participou e a conquista do sufrágio são avanços indiscutíveis, mas não acarretaram igualdade de gênero na política. A representatividade ainda deixa muito a desejar. No Brasil, a primeira prefeita foi eleita em 1928 em Lages, Rio Grande do Norte. 1934 vê a primeira deputada federal mulher, Carlota de Queirós, e o Senado só veria suas primeiras parlamentares mulheres em 1990.

Em 1994, Roseana Sarney é a primeira mulher escolhida pelo voto popular para chefiar um estado, o Maranhão. Em 2011, a primeira mulher presidenta do Brasil, Dilma Rousseff, tomou posse. E, no Parlamento, foram eleitas as primeiras vice-presidentas da Câmara dos Deputados e do Senado.

Recentemente, a ONU Mulheres em parceria com o Tribunal Superior Eleitoral lançou a plataforma “Cidade 50-50: todas e todos pela igualdade” para as eleições municipais de 2016. A iniciativa objetivava que candidatas e candidatos participantes das Eleições de 2016 assumissem compromissos públicos com os direitos das mulheres no momento eleitoral. (ONU Mulheres, 2016).

A realidade, porém, não correspondeu à expectativa. Em relação a 2016, do total de 5.568 municípios, em 1.286 cidades não houve nenhuma mulher eleita para o cargo de vereador. Além disso, apenas em 24 municípios as mulheres representam a maioria dos eleitos para o legislativo municipal. (IBOPE, 2017).

Nas eleições municipais de 2016, apenas 31,89% dos brasileiros que se candidataram eram mulheres. A primeira vez que as candidaturas femininas alcançaram 30% do total de candidaturas de um pleito no país foi nas eleições de 2012. (IBOPE, 2017).

Entretanto, desde 2009, a Lei das Eleições (Lei nº 9.504/1997) estabelece que nas eleições proporcionais (para os cargos de deputado federal, estadual e distrital e de vereador) cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo. Porém, mesmo após a criação das chamadas “cotas de gênero”, o núme-

ro de mulheres candidatas alcançou pouco mais que o mínimo exigido. (IBOPE, 2017).

Nas eleições de 2018, sete mulheres foram eleitas no Senado, mesmo número de 2010, e agora representam 13% da casa. Na Câmara, 77 mulheres foram eleitas deputadas federais, entre 513 cadeiras. Em 2014, tinham sido 51. Já nas Assembleias Legislativas, foram 161 mulheres eleitas deputadas estaduais, entre 1059 cadeiras. Em 2014, tinham sido 119. (TSE, 2018).

Em relação a representatividade no Poder Executivo, desde a proclamação da República, o Brasil já teve 35 presidentes e somente 1 deles foi uma mulher: Dilma Rousseff. Também foi no governo dela que as mulheres ganharam maior visibilidade ao assumirem a chefia de 8 ministérios em seu primeiro mandato e depois 9 ao ser reeleita.

Atrás dela fica o Presidente Lula que contou com 6 mulheres em seus ministérios no segundo mandato, frente a 2 mulheres no primeiro mandato. No governo de Fernando Henrique Cardoso foram somente 2 mulheres no primeiro mandato. Nos governos dos Presidentes Sarney, Fernando Collor e Itamar Franco somente duas mulheres ganharam cargos de chefia de ministérios. No governo Temer, apenas 1 ministra mulher e no atual governo Bolsonaro, 2 mulheres.

Temas como assédio e aborto vem sendo discutidos amplamente na sociedade e ganhando espaço no cenário político. Porém, a representatividade das mulheres na política ainda está longe de ser igualitária a dos homens, o que as deixa à margem dos processos de elaboração das políticas públicas. Ou seja, as mulheres não se encontram devidamente representadas nesse sistema político vigente.

Muitas das candidatas que se inscrevem na lista de cotas partidárias são consideradas candidatas laranjas. Não têm interesse em pleitear um cargo político, estão ali só para cumprir o coeficiente necessário que os partidos devem ter para serem considerados legais no processo eleitoral. Algumas nem chegam a fazer campanha política e também não obtêm votos qualificados. (TSE, 2018).

Em 2016, mais de 16 mil candidatos terminaram a eleição sem ter recebido sequer um voto, ou seja, nem o próprio candidato votou em si, mesmo concorrendo com o registro deferido. Desse total de candidatos sem votos, 14.417 eram mulheres e apenas 1.714 eram homens, o que

levou o Ministério Público Eleitoral a orientar os procuradores eleitorais a apurar a veracidade das assinaturas e documentos que constam do processo de registro de candidatura. Muitas mulheres nem sabiam que eram candidatas. (TSE, 2018).

Diante dos dados que foram expostos, fica evidente que a chegada das mulheres aos cargos do governo brasileiro de forma igualitária a dos homens remanesce um desafio para a sociedade. Apesar dos números mostrarem avanços em relação aos anos anteriores, eles ainda estão longe do ideal para que seja efetivada a isonomia.

3. Desafios para a participação política das mulheres

A política é uma necessidade imperiosa para a vida humana, tanto para o indivíduo como para a sociedade. Como o homem não é autárquico, porém depende de outros em sua existência, precisa haver um provimento da vida relativo a todos, sem o qual não seria possível o convívio. (ARENDDT, 2002).

A expressão das mulheres na política é fundamental para que atuem como protagonistas de suas próprias lutas e equilibrem os espaços e as relações de poder. Essa participação, seja no Executivo ou no Legislativo, é necessária para a liberdade. Isso porque o Estado, que necessariamente precisa dispor de meios de força, precisa ser controlado pelos governados no exercício dessa força. (ARENDDT, 2002).

Assim, para ter pautas relacionadas aos direitos das mulheres apresentadas e apreciadas no Legislativo Federal, associadas a temas como violência doméstica, aborto, estupro e igualdade salarial é preciso que as mulheres ocupem efetivamente este espaço político.

Uma das saídas para solucionar o desequilíbrio na disputa seria os partidos assegurarem que homens e mulheres disputassem eleições com igualdade efetiva de chances. Para tanto, é necessário que as legendas incentivem as mulheres a se candidatar e também invistam em suas candidaturas, oferecendo verbas para campanha, tempo de propaganda no rádio e na televisão, entre outras garantias de espaço dentro das agremiações. (TSE, 2018).

Em 1932 foi garantido às mulheres que elas poderiam votar e ser votadas, no entanto, a lei que garante às mulheres melhores condições para

serem votadas ainda é uma lei muito recente. A meta é que os recursos públicos destinados à participação das mulheres sejam efetivamente empregados financiando campanhas femininas e que seja feita uma melhor fiscalização em relação às candidaturas. (TSE, 2018).

De acordo com a procuradora-geral da República, Raquel Dodge, “o Brasil, apesar de ser um país democrático, com uma ampla participação feminina, está muito atrás de muitos outros países na nossa região e no mundo no tocante à participação das mulheres no Parlamento”. A presença de muitas mulheres nas casas legislativas seria reveladora de um aumento da participação política da mulher e isso estabeleceria um novo patamar a partir do qual a questão da representação se coloca. (TSE, 2018).

Porém, para que a participação política das mulheres aumente, a ação política também deve ser realizada na vida privada, onde se inicia a emancipação. A partir dessa referência, considerar a participação e ação política das mulheres exclusivamente como atividade relacionada às coisas do Estado seria reverter a ação e a política a um lugar. Política, assim, torna-se burocracia institucional, administração, gestão. Algo que, em tese, permite e promove o controle. (ARENDDT, 2002).

A política é o fenômeno capaz de promover a realização de verdadeiros seres humanos e, igualmente, ser um espaço para a perene autossuperação. (ARENDDT, 2002). O poder político das mulheres deve abranger, dessa forma, a deliberação de governos e a capacidade de exercer a ação política também fora desses meios.

O sentido de política em Aristóteles vinculava-se ao sujeito e ao seu lugar de ação: os cidadãos e a polis (quem e onde). Apesar de Aristóteles conceber toda a ação de seres humanos livres como política, a sua realidade social locava estes sujeitos em um único campo: o da polis. Tanto o ato quanto a ação política das mulheres devem estar para além da participação em governos, estados, instituições e movimentos.

Arendt (2002) vê a tradição ocidental da filosofia política como profundamente hostil à ação, contingência, pluralidade e aparência. Ao lutar pela participação política das mulheres, não se trata apenas de exclusiva participação em instituições e governos, para não reforçar a política apenas como algo pertencente a um lugar.

Existem, portanto, outros matizes de atos e ações políticas. Apesar dos avanços em se politizar questões tradicionalmente vistas como não

políticas, a exemplo da reprodução e sexualidade e da violência doméstica, a participação das mulheres, mesmo nestes temas, só é vista como política se ocorre dentro dos padrões tradicionais de um lugar previamente eleito como legítimo.

Ao se distanciar a ação privada de uma concepção de ação política se esteriliza o poder político ao ponto de transformá-lo em mera ferramenta mediada de e para governos: administração. É preciso exercitar também a percepção da política como uma capacidade dos sujeitos, ou seja, como liberdade e arte. (ARENDDT, 2002).

Pensar a política e a ação política como liberdade tem implicações tão determinantes que nos permite, por exemplo, admitir que a política é condição para a existência da democracia. Mas, isso se pensarmos a democracia como uma guardiã da diversidade, como um espaço legítimo para a pluralidade, e não apenas como resultado de um sufrágio. (ARENDDT, 2002).

Dito de outra forma, o crescimento da participação política das mulheres que ocorre quando estas ocupam espaços públicos (participação na política institucional), não deve esvaziar a capacidade inerente do sentido de política como arte criativa e emancipatória que deve se iniciar no campo privado.

Considerações Finais

À frente de todas as questões abordadas, conclui-se que foi com a crescente e inevitável incorporação das mulheres ao mercado de trabalho e à esfera pública em geral que mais reivindicações para o aprimoramento de sua participação na política passaram a ser discutidas e feitas.

Restou demonstrada a importância de cada indivíduo e cada órgão da sociedade se esforçar, através do ensino e da educação, por promover o respeito aos direitos e liberdades políticas das mulheres. A adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional para assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva também é fundamental.

A conscientização das mulheres sobre sua história foi e continua sendo uma fonte que impulsiona o desejo de continuar lutando por melhorias, reconhecimento e igualdade de oportunidades. Afinal, se várias gerações crescem sem saber quem são as mulheres que fizeram sua história, que lugar no país e no mundo são preparadas para ocupar?

Muitas pessoas têm lutado pela construção de uma esfera pública democrática, desejando afirmar a questão feminina e assegurar a conquista dos direitos que se referem à condição da mulher. Apesar das mudanças verificadas no Brasil, ainda é forte o peso do clientelismo, da política do favor e de outras formas tradicionais de relacionamento, violentas, perversas e corrosivas. (PRIORE, 2004).

Portanto, a luta para efetivação da participação política das mulheres no Brasil deve continuar. A meta é que os recursos públicos destinados à participação das mulheres sejam efetivamente empregados financiando campanhas femininas e que consciência da importância de sua ativa participação seja desenvolvida na vida privada, onde se inicia a emancipação.

Referências Bibliográficas

ADICHIE, Chimamanda Ngozi. Para educar crianças feministas: um manifesto. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

ARENDDT, Hannah. O que é o político. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BRASIL. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: < http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 06 mar. 2019.

BULOS, Uadi Lammego. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HOLLANDA, Heloisa Buarque de. Explosão feminista: arte, cultura, política e universidade. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

IBGE. Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf>, Acesso em: 06 mar. 2019.

MARQUES, Tereza Cristina de Novaes. Bertha Lutz. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2016.

ONU MULHERES. Documentos de referência. Disponível em: <<http://www.onumulheres.org.br/onu-mulheres/documentos-de-referencia/>>, Acesso em: 06 mar. 2019.

PRIORE, Mary Del. História das mulheres no Brasil. 7. ed. São Paulo:
Contexto, 2004.

TSE. Mulheres representam 52% do eleitorado brasileiro. Disponível em:
<<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Marco/mulheres-representam-52-do-eleitorado-brasileiro>>, Acesso em: 06 mar.
2019.

O BAIXO SENTIMENTO DE PERTENCIMENTO SOCIAL NA AMÉRICA LATINA COMO FATOR DE LIMITAÇÃO A UMA PARTICIPAÇÃO POLÍTICA MAIS CONSENTÂNEA COM A EFETIVAÇÃO DEMOCRÁTICA.

Marcos Vieira de Lemos

1 INTRODUÇÃO

O presente paper se propõe a investigar a relação entre a efetividade do processo democrático e a cidadania na América Latina a partir de proposição feita pelo professor Dr. Carlos Ugo Santander, em aula ministrada em 2017 na disciplina “Direitos Humanos e Cidadania na América Latina” do “mestrado interdisciplinar em Direitos Humanos” da Universidade Federal de Goiás (UFG), de que a cidadania teria relação com o sentimento de pertencimento social. Proposição, que a princípio, causou estranheza a muitos de seus alunos, inclusive ao autor deste trabalho.

Assim, seguindo-se o exemplo da ciência moderna, sempre pronta a admitir a ignorância, partiu-se de um reforço à proposição inicial, encontrado no relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) sobre a democracia na América, que considerou a cidadania “um tipo de igualdade básica associada ao conceito de pertencimento a uma comunidade”, o documento também considerou que essa

igualdade equivale “aos direitos e obrigações de que todos os indivíduos estão dotados por pertencer a um estado nacional” (PNUD, 2004, p. 59).

A estranheza inicial, se deveu ao fato de que em uma concepção eminentemente jurídica¹³⁴, ser cidadão, é algo que não está em uma relação direta de dependência da vontade, ou pelo menos, da vontade de pertencer a uma determinada ordem jurídico-política, e inclusive é certo que pode-se ser cidadão mesmo sem querer sê-lo ou, por outro lado, por mais que se deseje pertencer a um determinado Estado a cidadania nele, seja, na prática, inalcançável.

Na verdade, essa ideia de independência da cidadania em relação à vontade, precisa ser aqui melhor desenvolvida: a cidadania conforme tradicionalmente vista, tem um pressuposto: a nacionalidade. E esta, pode ser originária ou decorrente de naturalização, sendo que essa segunda, depende de manifestação do interessado – expressão de sua vontade de ser nacional, e com a nacionalidade vem a cidadania. O que precisa ficar claro nesse momento, é que mesmo em uma aquisição de cidadania decorrente de uma aquisição de nacionalidade por manifestação de vontade de ser nacional (o que evidentemente é apenas um dos requisitos para a obtenção de uma nacionalidade derivada, também chamada de secundária ou

134 Cidadania foi definida como: “um *status* que qualifica o nacional para gozar de direitos políticos ativos (votar) e passivos (ser votado), permitindo-lhe participar da vida do Estado.” Prossegue o autor: “Veja-se que a nacionalidade é pressuposto para a concessão da cidadania, pois somente o nacional é que pode votar e ser votado” (BULOS, 2010, p. 394). No mesmo sentido “los conceptos de nacionalidad y ciudadanía (...) son conceptos diferentes, a pesar que cierta doctrina los identifica y aún, como en el caso de la Constitución uruguaya, a veces los confunde. (...) La ‘ciudadanía’, (...) es una relación de carácter político de um individuo com un Estado determinado” (FREITAS, 2002, p. 266). Ainda no mesmo sentido a cidadania foi definida como “um *status* ligado ao regime político (...) (que) qualifica os participantes da vida do Estado, é atributo das pessoas integradas na sociedade estatal, atributo político decorrente do direito de participar no governo e direito de ser ouvido pela representação política. Cidadão, no direito brasileiro, é o indivíduo que seja titular dos direitos políticos de votar e ser votado e suas conseqüências” (SILVA, 1999, p. 346). Vale ainda contextualizar a conceituação historicamente, com o comentário de Washington de Barros Monteiro, referindo-se à Constituição brasileira de 1967: “Afirmam Espínola e Espínola Filho que, em nosso sistema legislativo, o conceito de cidadania está reservado à qualidade de possuir e exercer direitos políticos. Cidadão e eleitor são, pois, palavras sinônimas, em nossa Constituição. Quem não é eleitor não é cidadão, pôsto tenha a nacionalidade brasileira (MONTEIRO, W. de Barros. Curso de Direito Civil, Parte Geral. Saraiva, São Paulo: 1970, p. 89)

adquirida) pode não haver a vontade de pertencimento social. A vontade de ser nacional não decorre necessariamente de uma identificação com a sociedade de um dado país e não implica necessariamente na vontade de pertencer àquela ordem jurídico-política. Assim, exemplificativamente, alguém que não participa do ideário político de um determinado país, pode desejar sua nacionalidade, a fim de poder gozar de algum direito, exclusivo aos nacionais daquele país – e com a nacionalidade, pelo menos juridicamente, pode vir a cidadania.

Afinal, “cidadania é uma ideia eminentemente política que não está necessariamente ligada a valores universais, mas a decisões políticas” (BENEVIDES, 2013) e essas decisões políticas, não têm se manifestado no campo dogmático de forma a privilegiar, pelo menos explicitamente, qualquer desejo de participação na vida do Estado. Por outro lado, aceitar-se a relação entre cidadania e o sentimento de pertença, resulta em aceitar-se que quanto mais um indivíduo se sinta integrado, se identifique e, portanto, se sinta incluído, pertencente a uma determinada sociedade (no sentido de ordem jurídico-política, ou simplesmente Estado), mais cidadão ele seja. Tal ideia pressupõe, de início, que a cidadania permita uma graduação: pode-se ser mais ou menos cidadão.

A ideia de graduação da cidadania não é estranha ao direito e mais especificamente, ao direito latino americano:

No Brasil a cidadania plena é atingida apenas aos 35 anos, idade em que é possível participar plenamente da vida política do país, por atingir-se as condições de elegibilidade para Presidente e Senador da República (Art. 14, § 3º da CF/88).

No Equador e na Colômbia, a cidadania é adquirida, em termos constitucionais aos 18 anos de idade (respectivamente Art.s 12 da Constituição equatoriana de 1984 e Art. 98 da Constituição colombiana de 1991).

Na Constituição uruguaia de 1997, o fato de não se haver cumprido 18 anos de idade é tido como causa de suspensão da cidadania (Art. 80, nº 3), norma que inclusive é criticada pela doutrina pátria, por resultar de confusão entre nacionalidade e cidadania (FREITAS, 2002, p. 271).

Esses exemplos denotam, que na seara latino-americana é tranquilo aceitar-se que a cidadania se atinge gradualmente. Contudo, o fator de graduação é, nas disposições constitucionais acima indicadas, a idade, nunca uma vontade de pertencer à sociedade. É nesse sentido que se

questiona como, e em que medida, a vontade de pertencimento social pode ser utilizada como lente de observação da efetividade dos processos democráticos na América Latina, notadamente em função de sua relação com a cidadania e com a participação política.

2 IDENTIFICAÇÃO SOCIAL NA AMÉRICA-LATINA NA ÓTICA DE ANÍBAL QUIJANO EM “COLONIALIDADE DO PODER, EUROCENTRISMO E AMÉRICA LATINA”

Aníbal Quijano apontou em “Colonialidade do poder, eurocentrismo e América latina” que desde muito cedo, na história desta região (na verdade não tão cedo, quando lembramos que a História latino-americana, não remonta a 5 (cinco) séculos atrás, mas que é tão antiga quanto as mais antigas civilizações dos outros continentes), a ela foi imposta uma colonialidade que pode muito bem ser vista como causa de um baixo sentimento de pertencimento social, pois como sentir-se pertencente a uma sociedade em que, por imposição da dominação colonial e como seu instrumento, novas identidades históricas e sociais foram produzidas, notadamente pela ideia de raça, sobretudo considerada na “codificação europeu x não europeu”, como forma de justificar uma sistemática divisão do trabalho (QUIJANO, 2005)?

No mais, é de se notar, também segundo o trabalho de referência deste item, que qualquer identificação social na América latina só poderia resultar em identificação de excluídos do centro do mundo, de acordo com a “geografia social do capitalismo”, mas que apesar disso, o papel que cabe, ou restou a esses excluídos desde o início da exploração colonial, com reflexos ainda insuperáveis em nossos tempos, foi o de transferência de suas mais valias para esse centro. E ainda, que tal identificação, também só seria possível através de um “espelho Eurocentrico” (QUIJANO, 2005) pois a Europa também se impôs hegemônica na cultura, no conhecimento e na produção do conhecimento, reprimindo tais manifestações nos colonizados.

Ao seguir-se a proposta do autor, encontramos fortes argumentos no sentido de que a cultura e a identidade que foi imposta aos povos da América Latina não lhes permitem, mesmo na contemporaneidade, um elevado grau de identificação social, bem como um enraizado sentimento

de pertencimento. Por outro lado, a proposta inicial – sobre a qual se debruça este trabalho, de que a cidadania guarda relação com o sentimento de pertencimento social – implica, evidentemente, em que esta relação se dê de maneira direta e não inversa. Assim, aceitá-la como verdadeira, implicará em aceitar-se que, a medida em que o índice democrático na América latina é considerado baixo, baixa também será a identificação social nesta região. Disso também resulta, como provável, que em relação aos quesitos onde a democracia parece melhor aflorar seja possível verificar que estejam em uma relação de menor dependência do sentimento de pertencimento social (já que este, na ótica de Quijano é baixo), que seria melhor relacionável com os quesitos em que a democracia teria obtido piores desempenhos.

A verificação dessa possibilidade é o objetivo do item seguinte deste trabalho, que partindo do referencial teórico proposto por QUIJANO, 1984, de haver baixa identificação social na América-latina em função da “Colonialidade do poder e do eurocentrismo”, espera encontrar correlações entre um baixo sentimento de pertencimento social, uma baixa efetividade democrática e uma ausência de cidadania plena na América-latina.

3 A VONTADE DE PERTENCIMENTO SOCIAL NA AMÉRICA LATINA COMO FATOR DEMOCRÁTICO NO DEMOCRACY INDEX

Duas concepções empíricas de democracia são o Democracy Index e o Freedom House. A primeira delas contempla aspectos institucionais, comportamentais e culturais e a segunda se apoia no conceito de liberdade, nas dimensões: liberdades políticas e civis (ALBUQUERQUE, 2014).

Adota-se aqui, apenas por parecer mais promissor para fins da investigação pretendida, o foco utilizado pelo Democracy Index, pois é ele que engloba aspectos comportamentais e culturais, que a priori, melhor podem ser associados ao sentimento de pertencimento social como fator de cidadania.

Conforme Albuquerque, 2014, o Democracy Index propõe uma mensuração da qualidade democrática em 167 países a partir de 60 indicadores divididos em 5(cinco) grupos: “a) processo eleitoral e pluralismo;

b) funcionamento do governo c) participação política ; d) cultura política; e e) liberdades civis”. Em função desses indicadores os regimes políticos são classificadas em democracias plenas, falhas, regimes políticos híbridos e autoritários, sendo que de maneira geral, na média, os países latino-americanos, em relação ao grupo processo eleitoral e pluralismo, estariam entre as democracias plenas; em relação às liberdades civis, nas democracias falhas; em relação ao funcionamento de governo, praticamente entre as democracias falhas, mas mais precisamente enquadradas no regime político híbrido¹³⁵; e por fim, no que se refere a cultura e participação política, esses países estariam enquadrados no que o democracy index considera regime político híbrido.

A ordenação desses grupos, a partir do que obteve o melhor, até o que obteve o pior desempenho no democracy index, assim resulta:

- 1) processo eleitoral e pluralismo;
- 2) liberdades civis;
- 3) funcionamento do governo;
- 4) cultura política, e,
- 5) participação política.

Ao realizar-se o esforço de tentar imaginar a importância do fator “sentimento de pertencimento social” em cada um desses grupos, surge uma forte intuição de que este fator é tanto mais importante quanto mais para o final da série se olha, sendo mínima sua importância no processo eleitoral e pluralismo e máxima na participação política. Senão, veja-se:

3.1 Grupo processo eleitoral e pluralismo

Os indicadores relacionados a este grupo estão em sua maior parte entrelaçados com o que se chama de democracia procedimental, concentrando-se em grande parte no momento das eleições e (de maneira direta e imediata) são grandemente dependentes da capacidade do Estado de garantir a lisura do processo eleitoral. Pouco dependem (direta e imediata-

135 O Democracy Index atribui notas de 0 a 10 para os grupos (dimensões) da democracia, considerando que as notas acima de 8 são atribuídas às democracias plenas; as entre 6 e 8 às falhas; as entre 4 e 6 aos regimes políticos híbridos e as abaixo de 4 aos regimes políticos autoritários. Em relação ao grupo “funcionamento de governo” a nota média dos países da América Latina obtida em 2011 foi de 5,95.

mente) da atuação do cidadão e mais especificamente de seu interesse em participar. Resume os indicadores desse grupo tidos como representativos por Albuquerque, 2014, o seguinte: A existência de eleições livres e justas com a participação universal da população adulta, precedidas de campanhas eleitorais também justas. Os partidos que as disputam, deixam transparecer seus orçamentos e a oposição não é esmagada, entre outros fatores porque o eleitor não é conduzido pelo uso de máquinas estatais ou não.

Conforme já mencionado, neste grupo os países da América latina tiveram um bom desempenho no Democracy Index, mas seus indicadores parecem guardar uma menor dependência da vontade de participação popular, que por sua vez deve ser identificada com um sentimento de pertencimento social.

3.2 Grupo liberdades civis

Defende-se, em relação a este grupo, assim como no anterior, que os indicadores a ele relacionados são mais dependentes de tutelas estatais específicas – que no presente caso se iniciam por previsões constitucionais protetivas – do que de qualquer interesse, notadamente manifestado por ações positivas, dos cidadãos, que antes de mais nada mantêm, em relação a esses indicadores, uma legítima expectativa de que estejam sob o controle do Estado, que deve dirigi-los de maneira a melhor assegurar aos cidadãos sua justa liberdade.

Os indicadores deste grupo correspondem, em sua maior parte a direitos invioláveis, que na Constituição brasileira de 1988 foram assentados nos Art.s 5º e 6º, mas encontram-se também nas Constituições dos outros países latino americanos, como a liberdade de imprensa garantida no Art. 32 da Constituição argentina de 1994; a inviolabilidade da propriedade prevista no Art. 32 da Constituição uruguaia de 1997; o direito absoluto a não ser submetido à tortura previsto no Art. 12 da Constituição colombiana de 1991, ou a liberdade religiosa e de consciência do Art. 6º da Constituição chilena de 1980.

Longe de se advogar aqui pela plena possibilidade de desenvolvimento desses direitos de maneira independente de uma forte participação política popular, mas insi-se, ser plenamente defensável, que a natureza dos indicadores relacionados a estes dois primeiros grupos, impõem-lhes

uma dependência imediata muito atrelada à capacidade do Estado e imediatamente pouco dependente da participação política e do sentimento de pertencimento social.

3.3 Grupo funcionamento do governo

Neste grupo as coisas começam a reverter-se. O desempenho no Democracy Index já não pode ser considerado bom. Ao mesmo tempo, a dependência de seus indicadores de um sentimento de pertencimento social, torna-se mais defensável. A seguir, tece-se argumentações tendentes a evidenciar isso, para alguns dos indicadores do grupo tidos como relevantes por Albuquerque, 2014:

3.3.1 Inexistência de poder estrangeiro na determinação das funções ou políticas governamentais;

Em que pese, nessa era da globalização, o tradicional conceito de cidadania, “como una relación de pertenencia a un Estado y de sujeción a un gobierno” estar “parcialmente em crisis” devido ao fato de estarmos passando por uma conversão de uma cidadania nacional para uma cidadania do mundo (CORAZAO, 2004, p. 117) a “unidade e escala da regulação e da emancipação social”, bem como a primeira linha de defesa dos direitos humanos continua sendo o Estado-nação, pois a sociedade interestatal é regida por uma ordem muito frágil para suportar o peso dessas competências, correspondendo, “ainda mais a aspirações do que a realidades” (SANTOS, 1997).

Nesse contexto evidencia-se que a sociedade deve reger a si mesma, sem externalidades gerenciais. A possibilidade de reger a sua vida e tomar suas próprias decisões faz parte de um conceito mais amplo, elementar da dignidade da pessoa humana: a noção de liberdade. Da mesma forma, uma sociedade, como corpo coletivo, deve, para que seja democrática, para que seus membros possam considerar-se seus cidadãos, ter o atributo da auto-determinação. Um governo cujas políticas sejam determinadas externamente, somente será exercido em uma sociedade sem uma completa identidade. Contudo, nesse contexto, o maior problema da América-latina, seja talvez o da construção dessa identidade a partir da imagem

distorcida que a ela foi imposta pelo “espelho eurocêntrico”(QUIJANO, 2005). Pois, como sentir-se pertencente a uma sociedade com a qual não nos identificamos? As colocações de Aníbal Quijano, podem pelo menos em parte, explicar o baixo desempenho dos países latino-americanos neste indicador do Democracy Index.

3.3.2 Ausência de interferências indevidas por parte dos militares

Ao notar-se, que os militares também são cidadãos, torna-se possível defender-se que, quanto mais eles se identificarem, sentirem-se pertencentes a uma sociedade, menos sentirão necessidade de promover uma ruptura drástica com os valores dela, sendo este, também um argumento que acreditamos possa apoiar a proposta inicial: se o sentimento de identidade social é baixo na América Latina, maior será a probabilidade de interferência dos militares nela.

3.3.3 Ausência de poder paralelo de grupos econômicos, religiosos ou de outra ordem junto às instituições democráticas;

É característica da pós-modernidade a submissão ao poder do dinheiro sem limitações éticas e é um desafio à democracia “asegurar los derechos, los valores y los procedimientos democráticos contra (...) los poderes fácticos nacionales, internacionales y transnacionales” (CORAZAO, 2004, p. 109 e 110).

Essa característica da pós-modernidade é contrária à conceituação de democracia seja por uma dimensão formal ou substancial. Subordinação aos interesses do capital não se amolda à vontade da maioria, não se amolda à busca por uma sociedade incluyente, à emancipação do homem e de valores sociais, ou a efetivação de direitos humanos.

Entretanto é uma característica enraizada na sociedade latino-americana e é, à toda evidência, difícil sentir-se pertencente a uma sociedade influenciada por poderes dos quais não se pode fazer parte. Nesse sentido, acredita-se também que a falta de objetivos próprios, tipicamente nacionais, o que durante décadas caracterizou o sistema oligárquico dominante

na América Latina (CARMAGNANI, 1984), pode servir como lente de observação tendente a apoiar a proposta da relevância do sentimento de pertencimento na conceituação de cidadania, sobretudo ao se notar que “ El poder oligárquico al que pretendía (a democracia) derrotar há sido substituido por el enfeudamiento del poder a las clases políticas o a elites” (CORAZAO, 2004, p 121). A existência de poderes paralelos enfraquece a relação Estado-cidadão e quanto mais apática essa relação, mais estranho o cidadão sente-se em relação ao Estado, estando isso também relacionado a uma baixa democrática.

3.3.4 Existência de mecanismos de accountability a serviço dos eleitores

O conceito de accountability envolve a ética do administrador de prestar contas com clareza e transparência àquele que tem seus bens, patrimônio e negócios administrados: o titular. Na seara da Administração Pública, a tarefa de administrar recai, precipuamente, sobre o Poder Executivo, mas para que o mecanismo de accountability possa adequadamente ser aplicado, é necessária a existência do titular daquilo que será administrado, e essa questão, tradicionalmente, sequer é mencionada como um problema, pois o titular, pelo menos em uma democracia, é o povo. Mas a questão que aqui se impõem é: influi o fato do povo sentir-se mais ou menos titular?

A resposta parece vir de nossas experiências mais comuns: exercemos vigília, nos interessamos e exigimos prestação de contas, precipuamente sobre o que é nosso. Um cidadão que não se sente titular, que não sente que uma determinada sociedade é sua e que os bens daquela sociedade são seus, não sentirá necessidade de exigir e tomar uma prestação de contas, ou pelo menos não sentirá falta dela.

Nesse sentido, por exemplo, o relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) 2004 sobre a democracia na América Latina aponta que debates e esclarecimentos ao eleitor sobre questões econômicas é algo cada vez mais ausente, e que mesmo a explicativa da complexidade do assunto não pode justificar a insatisfatória prestação de contas ao legítimo titular do poder, que é o povo. Ainda segundo o relatório, isso resulta em uma ausência de transparência que leva

a um decréscimo de credibilidade perante a opinião pública, o que por sua vez reflete diretamente no “nível de desenvolvimento da democracia” (PNUD, 2004, p. 192).

3.3.5 A corrupção não deve ser um problema significativo

No caminho para a consolidação da democracia está a sujeição dos poderes públicos a um efetivo controle da cidadania, onde a totalidade dos atores sociais atuem no combate à corrupção (PNUD, 2004, p. 15), sendo que o exercício de uma cidadania integral é o mais firme suporte de um sistema que prime pela dignidade da pessoa humana (CORAZAO, 2004, p. 120). Afirma Valentín Paniagua Corazao “La verdadera ciudadanía no es fruto de La extensión del sufragio, (...) La ciudadanía exige hoy condiciones mínimas de salud, bienestar, cultura, participación, inclusión (...)” que podem ser obtidas através de “afirmar nítidamente nuestras personalidades históricas, despejar las desconfianzas recíprocas e induciren una tarea colosal pero no inalcanzable, a buscar, de una vez para siempre, um régimen de libertad com equidad” (CORAZAO, 2004, p. 121). Esses fatores apontados por Corazao, todos, de uma maneira geral, disponíveis em um patamar insatisfatório na América Latina (saúde, bem-estar, cultura, participação e inclusão), são fatores relacionados a uma experiência no ambiente, que leva a uma maior identificação, a um sentimento de pertencimento, o que por sua vez pode ser capaz de gerar uma maior rejeição às práticas corruptas, que o relatório PNUD de 2004, identificou como tendo uma indesejável muito alta aceitação na América Latina, onde 41,9% dos consultados demonstram-se “de acordo em pagar o preço de certo grau de corrupção, contanto que as coisas funcionem” (PNUD, 2004, p. 88).

3.4 Grupo cultura política

Novamente conforme Albuquerque, 2014, os principais indicadores desse grupo são:

a existência de um razoável grau de consenso e coesão por parte da sociedade que apóie o funcionamento de uma democracia; uma baixa parcela da população que deseja lideranças fortes; sem parlamentos e sem

eleições; uma baixa parcela da população que prefira ser governada por militares e/ou tecnocratas; uma alta parcela da população (acima de 80%) deve acreditar que a democracia beneficia a performance econômica; uma alto grau de apoio à democracia (acima de 90%); e uma forte separação entre Igreja e Estado.

Tomando-se em conta a argumentação tecida no sub-item anterior (para cinco dos indicadores do grupo “funcionamento do governo”), a simples leitura dos indicadores do presente grupo (cultura política) parece indicar-lhes uma maior dependência do fator “sentimento de pertencimento social”, pois estão entrelaçados com o consenso, com a coesão social, com o respeito, com a tolerância, com o reconhecimento, com o compartilhamento de ideais, crenças e objetivos, bem como ser esse compartilhamento saudável para a vida social e quanto mais pessoas da sociedade sentirem-se a ela integradas, mais dessas coisas terão em comum.

E é por isso que a democracia é tida como instável na América Latina - porque “os estados latino-americanos não são caracterizados por um conjunto comum de valores dos cidadãos a respeito do papel apropriado ao governo” (PRZEWORSKI, et al., 2003). Falta-lhes para tanto, uma maior identificação social de sua população – é o que se está concluindo por aqui.

3.5 Grupo participação política

Segundo Albuquerque, 2014, além de obter o pior desempenho médio, a participação política é o único grupo do Democracy Index em que nenhum dos países latino americanos foi classificado como democracia plena. Os indicadores relevantes mencionados pelo autor foram:

um alto percentual de comparecimento nos processos eleitorais; a existência de um razoável grau de autonomia e voz nos processos políticos das minorias (étnicas, religiosas, etc.); uma considerável participação das mulheres no parlamento; o engajamento dos cidadãos com a política, um elevado nível de adultos alfabetizados (acima de 90%); e um sério esforço das autoridades no sentido de promover a participação política.

É aqui que o sentimento de pertencimento social mais se faz sentir como fator a impulsionar esses indicadores:

Apesar do grande número de países latino americanos em que o voto é obrigatório, 13 (treze) segundo Armando Albuquerque (2014), como negar que o comparecimento aos processos eleitorais, sobretudo se acompanhado de um engajamento dos cidadãos com a política, é extremamente dependente da vontade de participar (daquilo que é seu)?

A construção de uma identidade social está intimamente ligada à questão da educação e da cultura de um povo. E se por um lado, esse trabalho propõem-se a investigar a influência da identificação social no conceito de cidadania, por outro não resta dúvida de que a identificação social influencia no exercício da cidadania. Nesse sentido, afirmou-se, que os eleitores precisam considerar-se cidadãos, no sentido de interessarem-se pelo governo e identificarem-se com o que está sendo debatido (TOURRAINE, 1996, p. 43-44). Somente através de um engajamento dos cidadãos com a política será possível atingir-se uma organização social voltada a expansão dos direitos humanos e com eles da própria cidadania, pois, a “democracia de cidadania”, hoje plena de carências, é a que “avança para que o conjunto de nossos direitos se torne efetivo. É a que nos permite passar de eleitores a cidadãos. A que utiliza as liberdades políticas como alavanca para construir a cidadania civil e social” (PNUD, 2004, p. 36).

No que se refere ao indicador “autonomia e voz nos processos políticos das minorias”, se a cidadania depende de sentir-se pertencente à sociedade, sentir-se pertencente à sociedade depende de se ser cidadão e do exercício da cidadania, que será tanto mais exercida, por alguém, quanto mais esse alguém sentir-se integrado à sociedade e vice-versa. E a voz das minorias no processo político é um bom exemplo disso. Quem vai sentir-se participante de uma sociedade onde suas opiniões são ignoradas? O mesmo argumento, *mutatis mutandis*, é aplicável à participação parlamentar das mulheres (outro indicador do grupo “participação política”).

O sistema democrático deve resguardar as minorias, não apenas como forma de garantir-lhes tanta cidadania quanto a cabível às majorias, mas também como forma de garantir a própria democracia. Nesse sentido:

Impedir o domínio de classe é o que o princípio majoritário – no âmbito do parlamentarismo tem condições de realizar. Já é característico que, na prática, ele se mostre compatível com a proteção da minoria. De

fato, a existência da maioria pressupõem, por definição a existência de uma minoria e, por conseqüência, o direito da maioria pressupõem o direito à existência de uma minoria. Disto resulta não tanto a necessidade, mas principalmente a possibilidade de proteger a minoria contra a maioria. Esta proteção da minoria é a função essencial dos chamados direitos fundamentais, ou direitos do homem e do cidadão. (...)significa que o rol dos direitos fundamentais e das liberdades fundamentais se transforma, de instrumento de proteção do indivíduo contra o Estado, em instrumento de proteção da minoria (KELSEN, 2000, p. 67, 68).

Por fim, também foi mencionado como indicador do grupo “participação política”, “um elevado nível de adultos alfabetizados (acima de 90%)” como fator de potencial incremento democrático, e novamente, parece tranqüilo defender-se que um elevado índice de alfabetização, por militar em prol de uma maior equalização social também possibilita uma maior identificação social.

4 CONCLUSÕES

Se em uma concepção eminentemente jurídica, a cidadania depende de ser-se nacional e estar no pleno gozo dos direitos políticos existentes em um dado Estado, essa conceituação é insuficiente para definir-se o que é, efetivamente, ser cidadão em um Estado, pois observa-se que a cidadania, longe de ser algo que se adquire gradualmente pelo simples passar do tempo, é algo que se constrói, permanentemente, pelo seu exercício, ou em outras palavras, pelo dar significância ao pertencimento dos indivíduos a uma sociedade.

O sentimento de pertencimento social está relacionado com as experiências no ambiente em que se está inserido, sendo que o exercício, ou não, da cidadania, através da participação social (política e culturalmente, bem como no exercício da administração da própria sociedade), ou da falta desta participação, pode acentuar ou diminuir esse sentimento. Por outro lado, quanto mais alguém sentir-se pertencente a uma sociedade, mais compelido a participar dela se sentirá, podendo-se, portanto, falar em ser-se mais ou menos cidadão.

O Democracy Index tem seus indicadores divididos em 5 (cinco) grupos, e os países da América Latina obtiveram, na média, um desempenho

melhor nos grupos processo eleitoral e pluralismo, e, liberdades civis. Por outro lado se saíram pior (e seguindo-se a ordem, cada vez pior) nos grupos funcionamento do governo; cultura política, e, participação política.

O presente trabalho apresentou argumentos no sentido de estarem os grupos em que os países latinos americanos se saíram melhor, numa menor dependência do fator “sentimento de pertencimento social”. Por outro lado, argumentou-se que este fator é bastante mais significativo em relação aos grupos em que referidos países obtiveram os piores resultados.

Assim, acredita-se ter sido possível identificar que a cidadania se relaciona com a democracia através da participação política, sendo esta tão mais intensa quanto maior o sentimento de identificação social, pois foi possível relacionar a dificuldade de auto-identificação social nos países latino-americanos implantada a séculos atrás, como método da exploração colonial, com os piores resultados obtidos por estes países no índice democrático estabelecido pelo Democracy Index.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFIAS

ALBUQUERQUE, Armando. Democracia e Cidadania na América Latina : uma análise comparada. (2014)

BENEVIDES, Maria Victoria. Cidadania e Direitos Humanos. IEA/ USP: 2013.

BULOS, Uadi, Lammêgo. Direito constitucional ao alcance de todos. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARMAGNANI, Marcello. Estado y sociedad en América Latina, 1850-1930. Barcelona. Espanha. Editorial Crítica. 1984.

CORAZAO, Valentín Paniagua, Estado de derecho, política y democracia em lasociedad globalizada, La Molina: 2004 – Anuario de derecho constitucional latinoamericano, 11º ano. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005

FREITAS, Ruben Correa. Derecho Constitucional Contemporâneo. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2002

KELSEN, Hans. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. A Democracia. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. PNUD (2004): “A Democracia na América Latina rumo a uma democracia de cidadãos e cidadãos”. Santana de Parnaíba, São Paulo. LM&X, 2004.

PRZEWORSKI, Adam; CHEIBUB, José Antônio and LIMONGI, Fernando. Democracia e cultura: uma visão não culturalista. Lua Nova [online]. 2003, n.58, pp. 9-35.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. En libro: A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais (2005). Perspectivas latino-americanas. Edgardo Lander (org). Colección SurSur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. setembro 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. Revista Crítica de Ciências Sociais, Nº 48, Junho de 1997

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1999.

TOURAINE, Alain. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. O que é a democracia? 2ª Ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

NEOCONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E O CASO VISEU: A INELEGIBILIDADE REFLEXA NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

Mylena Araújo da Silva

INTRODUÇÃO

No âmbito jurídico a perspectiva Neoconstitucional e, principalmente, a aplicabilidade do Ativismo Judicial nas decisões é alvo de diversas discussões e críticas. Esse artigo científico busca compreender tais tendências no Brasil, através da análise do Recurso Especial Eleitoral nº 24.564 que obteve uma decisão pautada em uma interpretação extensiva do art. 14, §7º da Constituição, pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) que não se condicionou aos parâmetros legais para solucionar esta situação emblemática.

O mérito da averiguação dessa jurisprudência em específico advém por ser um julgado histórico e inédito no cenário jurídico, porém pouquíssimos são os estudos que buscam elucidar a relevância deste fato paradigmático. A explanação das repercussões jurídicas da decisão em análise está desenvolvida no quarto tópico do presente artigo.

O escopo deste artigo é elucidar a forma da prática ativista judicial no contexto neoconstitucional quando recai sobre uma norma que versa sobre um tema eleitoral. A pesquisa se concentra no questionamento sobre a intercessão criativa do judiciário nas lides quando o âmbito normativo é insuficiente para responder a essa nova configuração social. Como pro-

cedimento metodológico, fez-se a revisão bibliográfica e análise jurisprudencial do Respe 24.564.

A decisão supracitada foi feita em um contexto de ausência normativa e escassez jurisprudencial sobre a união estável homoafetiva, sendo assim é tida como histórica na seara jurídica, por isto este julgado será explicitado no primeiro tópico do referido trabalho acadêmico. Essa resolução do caso somente foi possível em razão da prática do Ativismo Judicial, que por sua vez está inserido no movimento mundial Neoconstitucionalismo. Dessa afirmativa extrai-se a indispensabilidade do estudo desses dois institutos para a completude deste artigo, que serão abordados no segundo item.

1 O CASO DE VISEU-PA: RESPE 24.564

As eleições municipais ocorridas no ano de 2004 em Viseu, pequena cidade localizada no Estado do Pará, fizeram surgir um dilema político-social acerca do tema de inelegibilidade e da homoafetividade.

A senhora Maria Eulina Rabelo de Sousa Fernandes era pré-candidata à prefeita desta cidade, mas mantinha uma relação estável atual prefeita reeleita, Astride Cunha. Até aquele momento, o entendimento jurisprudencial e doutrinário sobre a inelegibilidade reflexa do artigo 14, §7º da CF/88, apenas alcançava pessoas de sexos opostos que tinham uma união civil ou que estavam em união estável e concubinato.

Contudo, com o surgimento desta nova situação fática em Viseu-PA, colocou-se a indagação sobre a extensão ou não da aplicação dessa norma à união de fato entre pessoas do mesmo sexo. O começo dessa trama judicial reside na consulta eleitoral feita ao TSE, in verbis:

ANIVALDO JUVENIL VALE, brasileiro, casado, CIC/MF n° 078.591.476-53, agente político, atualmente exercendo o mandato de Deputado Federal pelo Estado do Pará, eleito pela legenda do PSDB - Partido da Social Democracia Brasileira, com endereço para correspondência sito a Câmara dos Deputados, Anexo III, Gabinete n° 570, Brasília (DF), CEP 70160-900, com o respeito e reverência dispensada ao Poder Judiciário, vem protocolar CONSULTA ELEITORAL, com amparo no inciso XII, do artigo 23, do Código

Eleitoral Brasileiro, formulando aos eminentes ministros do Tribunal Superior Eleitoral a seguinte indagação em tese: “hipoteticamente, um(a) prefeito(a), pessoa A, de um determinado município, mantém união com uma pessoa B, ambos do mesmo sexo.

É inelegível nos termos do §3º, do artigo 1º, da Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990, o(a) companheiro(a) do prefeito(a), oriundo de união constituída entre pessoas do mesmo sexo?»

São os termos em que aguarda pronunciamento.

Brasília (DF), 23 de março de 2004.

Em resposta à essa dúvida eleitoral, o TSE se manifestou:

Vistos. Trata-se de consulta formulada pelo Deputado Federal Anivaldo Juvenil Vale, nos termos: “Hipoteticamente, um prefeito, pessoa A, de um determinada seguintes o município, mantém união com uma pessoa B, ambos do mesmo sexo. É inelegível nos termos do § 3º, do artigo 1º, da Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990, o companheiro do prefeito, oriundo de união constituída entre pessoas do mesmo sexo?” A Assessoria Especial da Presidência - AESP, às fls.4-8, opinou, em princípio, no sentido de que fosse razoável responder positivamente ao questionamento, contudo pugnou pelo não-conhecimento da presente consulta. Decido. A questão posta nos autos refere-se à aplicação da regra da inelegibilidade prevista pelo art. 1º, § 3º, da Lei Complementar 64/90 para a união constituída entre pessoas do mesmo sexo. A Assessoria Especial aponta o Projeto de Lei no 1.151-A/1995 e a decisão do STJ no REsp. nº 387.197/SC, que reconhece sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo para fins de concessão de pensão por morte, encontrando-se o feito no aguardo de julgamento de recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal. Não obstante, a união entre pessoas do mesmo sexo não encontra amparo na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. Diante do exposto, não conheço da presente consulta, na linha dos precedentes invocados no parecer técnico da AES. Publique-se.

(TSE - CTA: 1025 DF, Relator: Min. CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO, Data de Julgamento: 20/04/2004, Data de Publicação: DJ - Diário de Justiça, Data 28/04/2004)

Ao ser apresentado esse caso à Justiça Eleitoral, o juiz eleitoral da 1ª instância indeferiu o registro da candidatura da candidata Maria Eulina por considerá-la inelegível ao interpretar extensivamente o artigo 14, § 7º da CF/88. Posteriormente, Maria Eulina interpôs o Recurso Eleitoral Ordinário 993 contra a sentença que declarou sua inelegibilidade.

Em sede de defesa, Eulina suscita o argumento que mesmo se a união homoafetiva entre ela e Astrid fosse verídica, a decisão do juízo eleitoral de 1ª instância que utilizou da interpretação extensiva da norma constitucional não garantia a inelegibilidade dela em face da ausência de previsão legal (p. 3 e 4).

Um dos recorridos, o Luiz Alfredo Fernandes, por sua vez, apresentaram argumentos atestando que a decisão do juízo eleitoral era plenamente cabível no caso ora analisado. In verbis:

A ausência de previsão legal para as relações homoafetivas não tem o condão de autorizar a reforma sentenciada do juízo considerando-se os princípios gerais que regem o direito, dentre os quais se encontra a analogia, ao caso em tela deve ser dado o mesmo tratamento conferido à companheira de uma relação heterossexual, em homenagem ao princípio da igualdade insculpido no art. 5º da CF. (p. 4)

Entretanto, no voto vista do Desembargador Rômulo José o princípio da reserva legal insculpido no art. 5º, II, da Constituição de 1998, é o seu principal argumento para rejeitar a incidência da inelegibilidade reflexa no caso Astrid/Eulina:

Destaco que nem a CF/88, tampouco a LC 64/90 trouxeram em seus dispositivos qualquer previsão legal acerca da inelegibilidade decorrente da união homoafetiva, até mesmo porque referida matéria sequer, de acordo com a Carta Política em vigor, encontra amparo, seja para reconhecer direitos ou para restringi-los. (Acórdão 18.229, p.36)

Assim, o TRE reformou a sentença com a aplicação dos artigos do Código Civil que tratam da união estável, interpretando de forma restrita (literal) em virtude da inexistência de previsão normativa. Consta-se que esta decisão foi alicerçada em concepções positivistas, pois foi considerado unicamente o que está expresso no texto da norma, conforme a ementa:

RECURSO ELEITORAL ORDINÁRIO. ELEIÇÃO MAJORITÁRIA. REGISTRO DE CANDIDATO. INELEGIBILIDADE. IMPUGNAÇÃO. PARENTESCO POR AFINIDADE. PROCEDÊNCIA. ARTIGO 14, § 7º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ART. 1º, § 3º DA LEI N.º 64/90. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. CANDIDATA E PREFEITA REELEITA. UNIÃO ESTÁVEL. OMISSÃO LEGISLATIVA E CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO DAS VEDAÇÕES LEGAIS. PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. PRINCÍPIO DA ISONOMIA MATERIAL

1. Considera-se união estável, para a proteção de Estado, aquela que decorre da união entre homem e mulher como entidade familiar, dentro do que dispõe a Lei Civil em vigor.
2. Inexistência de previsão constitucional e infraconstitucional. A regra de inelegibilidade inserida no art. 14, parágrafo 7º, da Constituição Federal não atinge, nem mesmo de maneira reflexa, as relações homoafetivas, por não se enquadrar no conceito de relação estável e diante do silêncio eloquente do art.226, parágrafo 3º, da Constituição.
3. A omissão do ordenamento jurídico que regulamente as relações homoafetivas e consequentemente as inelegibilidades decorrentes de tais relações não autoriza a aplicação por analogia das proibições decorrentes dos limites decorrentes das relações de parentesco para o mandato eletivo, previstas na Constituição Federal e na Lei Complementar 64/90.
4. Considerando o princípio da legalidade, não incumbe ao intérprete ampliar o elenco de inelegibilidades o que conduziria a

imiscuir na vontade do legislador. De igual modo, há de ser observado o princípio da isonomia material, não podendo ser restringidos direitos, sob pena de, a despeito da omissão legal, incorrer em inadmissível e inconcebível discriminação (BRASIL. TRE/PARÁ, Acórdão 18.224, 2004)

A partir da análise dessa decisão, é suscitada a proibição da analogia in malam partem das condições da inelegibilidade previstas no ordenamento jurídico, pois são restritivas de direitos. Na mesma linha, segue-se o argumento do Princípio da Legalidade empregado para proibir a ampliação da norma, pois infligiria a vontade do legislador e a restrição de direitos em face da omissão legal.

Por causa de tais divergências entre esses dois órgãos do judiciário, abriu-se a possibilidade do emprego de Recurso Especial Eleitoral para o TSE que julgou este caso que viria a ser o único julgado histórico deste tribunal no período de 2000 a 2009, nomeado de O Caso Viseu: Inelegibilidade Reflexa nas Relações Homoafetivas.

Em sede de recurso, a Procuradoria Geral Eleitoral do Pará, sustentou que deveria ser aplicado o princípio da interpretação teleológica neste dispositivo constitucional e que a falta de regulamentação acerca da união entre pessoas do mesmo sexo não poderia fundamentar o afastamento da incidência da vedação constitucional à perpetuidade das pessoas de uma mesma família no poder. Segue um trecho do parecer da Procuradoria Geral Eleitoral no julgamento do Recurso Especial Eleitoral nº 24.564:

No presente caso – não é fastidioso repetir – a candidata à Prefeitura de Viseu trava relação homoafetiva com a atual Prefeita, que, aliás, já está no segundo mandato. Fosse a relação constituída entre um homem e uma mulher, seja por matrimônio ou concubinato, e ninguém ousaria hastear argumento contrário à proibição estampada no preceptivo constitucional; a ninguém assaltaria a dúvida quanto à flagrante vulneração à ratio do dispositivo multicitado. In casu, será que o fato dos integrantes da relação pertencerem ao mesmo sexo evita a utilização da máquina administrativa em favor do companheiro, evita a formação das oligarquias familiares, do continuísmo, da perpetuação no cargo, da inversão dos postulados

republicanos, em verdadeira res domestica? A resposta afirmativa fere de morte o art. 14, § 7º, da Carta Magna.

Nesta decisão o relator, então integrante do TSE, ministro Gilmar Mendes reconhece a omissão legal da união homoafetiva e o seu reflexo na área eleitoral ao alegar

Que a falta de regulamentação acerca da união entre pessoas do mesmo sexo não poderia afastar a vedação constitucional de perpetuidade de pessoas da mesma família no poder. Apontam violação ao art. 14, §7º, da Constituição federal (TSE, REsp n. 24.564/PA, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 1.º.10.2004).

Ainda na fundamentação do seu voto, o Min. Gilmar Mendes lembrou a Petição n° 1984-9/RS¹³⁶, julgada em 10/02/2003 pelo STF que resultou no reconhecimento de companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial para fins previdenciários. Ele termina seu voto concluindo que a união estável tanto heteroafetiva como homoafetiva se submetem à regra constitucional da inelegibilidade:

REGISTRO DE CANDIDATO. CANDIDATA AO CARGO DE PREFEITO. RELAÇÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL COM A PREFEITA REELEITA DO MUNICÍPIO. INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento.¹³⁷

Assim, houve um processo hermenêutico produtivo a fim de dar tratamento jurídico baseado na equidade. Esta analogia obedeceu a ratio do texto constitucional ao equiparar os institutos distintos frente à norma restritiva de direitos.

É notório no acórdão que decidiu a inelegibilidade de Eulina Rabelo, que os operadores do Direito basearam seu parecer na finalidade da

¹³⁶ Pet 1.984/RS, rel. Min. Marco Aurélio. DJ de 20.02.2003.

¹³⁷ Recurso Especial Eleitoral n° 24.564/PA, rel. Min. Gilmar Mendes.

norma, fazendo uma interpretação teleológica do artigo em evitar que a mesma família perpetue no Poder Executivo.

Nesse momento histórico-jurídico a hermenêutica é fundamental nos procedimentos jurisdicionais, a fim de que as decisões sejam justas e efetivem as garantias constitucionais fundamentais, e necessária para solucionar os recentes conflitos da vida em sociedade que não encontram expresso amparo legal, pois o corpo social é plural.

Será explanado no próximo tópico que essas novas maneiras de aplicação do direito decorrem de uma nova conjuntura jurídica, na qual a Constituição deve estar em consonância com as realidades sociais, portanto, não é um mero documento político.

2 NEOCONSTITUCIONALISMO E ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

Rigaux (2003, p. 161) identifica em sua obra que as relações sociais fazem surgir a necessidade de um regulamento jurídico que não parecera necessário anteriormente, porque surge novas variedades de relações humanas que revela uma necessidade de direito, antes estranha ao legislador em todas as virtualidades concretas.

Em meados do século XX emergiu um novo paradigma jurídico, essa nova vertente do Direito advinda com o Estado Moderno trouxe a Constituição como o fundamento de validade a todo o ordenamento jurídico vigente com a finalidade de organização e a limitação do poder estatal, por meio da implementação das garantias fundamentais.

Para Jorge Galvão

Pode-se considerar neoconstitucionalismo como sendo uma interpretação da prática jurídica a partir da perspectiva dos juízes, em que a Constituição é tida como uma norma substantiva, composta primariamente de princípios, exigindo do interprete o manuseio de técnicas especiais, notadamente a ponderação. Ou seja, o Neoconstitucionalismo é um modo específico de enxergar o Direito, no qual se valoriza o papel dos juízes na concretização das promessas do texto constitucional (2014, p. 59).

O neoconstitucionalismo confere ao judiciário um papel essencial para alcançar a isonomia em sentido concreto, pois invoca a implementação de uma transformação na leitura das normas constitucionais. Passa-se a enxergar que o sistema jurídico não é fechado e surge uma nova concepção da atuação do juiz como coparticipante no processo de completude do ordenamento jurídico, e não somente um agente que tem uma posição estática e condicionada exclusivamente à lei.

Dessa forma, ocorre um notável progresso institucional, ou seja, passa-se de um positivismo legalista a uma constitucionalização do Direito integrado por princípios e normais gerais abertas, de forma que amplia muito mais o campo de atuação do intérprete visando a garantia de novos direitos.

Assim, o ordenamento jurídico busca acompanhar essa evolução social a fim de reger os novos fatos oriundos da transformação ocorrida, pois é verídico que uma norma jurídica não consegue antever circunstâncias que exurgem nas especificidades do caso concreto. As decisões judiciais que reconhecem a união estável homoafetiva como geradora de direitos e deveres são formas de legislação suplente que buscam atender às aspirações da sociedade e incidir sobre os novos institutos humanos.

Com isso, a atuação conjunta do Legislativo, do Executivo e do Judiciário em prol desta adequação se torna indispensável para a obtenção da segurança jurídica frente à progressiva transformação social (POUND apud VERBICARO, 2017, p. 543). É nesse contexto que se analisa a forma como estas modificações sociais estão sendo absorvidas pelo mundo jurídico. Conforme Isabella Figueiredo, o fenômeno denominado Ativismo Judicial é o responsável pela absorção acelerada dessas mudanças que provoca um desconforto e uma insegurança jurídica para os mais variados setores sociais e políticos (FERNANDES; KAREN; 2017, p. 117).

Desponta, com esses alicerces, o denominado Ativismo Judicial que, em nome da prevalência dos direitos inerentes à pessoa humana, possibilita o intérprete de abranger o significado da norma, desde que sua decisão contenha argumentos racionais coerentes. Para Barroso (2008, p. 6) o ativismo judicial é uma escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.

Este fenômeno jurídico identifica as mudanças ocorridas no direito constitucional e no Estado e confere ao Judiciário um papel essencial para alcançar a justiça na aplicação do Direito, pois invoca a implementação de

uma transformação da concepção de Constituição no contínuo labor de modelá-la ao plano fático.

Essa nova configuração da prática judiciária propicia uma maior liberdade da atuação dos magistrados em um contexto em que houve uma crescente judicialização dos conflitos sociais, concebendo uma das projeções do que se convencionou chamar de discricionariedade judicial. No pensamento de Verbicaro:

A discricionariedade judicial nada mais é do que um subproduto necessário de indeterminação e da incompletude inerente à ordenação social. Isso porque, à luz de seu pensamento, não é possível alcançar, através de regras jurídicas, toda a contingência da vida em sociedade. Ante a incapacidade humana para predizer o futuro, o legislador não seria capaz de antecipar todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer e, ainda que conseguisse um padrão normativo para cada situação em particular, ainda assim, os termos gerais, a textura aberta da linguagem jurídica, impediriam o afastamento por completo do uso discricionário na atividade judicial. Nesses termos, o recurso à discricionariedade judicial não se configura como um mal necessário ou como um efeito deletério que se deve, irremediavelmente, reconhecer, uma suma realidade com a qual se pode alcançar flexibilidade e racionalidade na aplicação das regras jurídicas (2017, p. 218-219).

Com o advento da Constituição, o Poder Judiciário somente muda o seu foco quando houve a superação de uma postura acomodada frente à realidade e aos anseios sociais. Um exemplo da aderência dos Tribunais à prática ativista é evidente quando houve o reconhecimento judicial da união estável homoafetiva com a equiparação dos mesmos direitos e deveres da heteroafetiva na área eleitoral e na cível:

CIVIL. RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. UNIÃO ESTÁVEL.
RECONHECIMENTO. EMPREGO DA ANALOGIA.

1. “A regra do art. 226, § 3º da Constituição, que se refere ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, representou a superação da distinção que se fazia anteriormente entre o casamen-

to e as relações de companheirismo. Trata-se de norma inclusiva, de inspiração anti-discriminatória, que não deve ser interpretada como norma excludente e discriminatória, voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas”.

2. É juridicamente possível pedido de reconhecimento de união estável de casal homossexual, uma vez que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, vedação explícita ao ajuizamento de demanda com tal propósito. Competência do juízo da vara de família para julgar o pedido.

3. Os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução do Código Civil autorizam o julgador a reconhecer a união estável entre pessoas de mesmo sexo.

4. A extensão, aos relacionamentos homoafetivos, dos efeitos jurídicos do regime de união estável aplicável aos casais heterossexuais traduz a corporificação dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

5. A Lei Maria da Penha atribuiu às uniões homoafetivas o caráter de entidade familiar, ao prever, no seu artigo 5º, parágrafo único, que as relações pessoais mencionadas naquele dispositivo independem de orientação sexual.

6. Recurso especial desprovido.

(STJ - REsp: 827962 RS 2006/0057725-5, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 21/06/2011, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/08/2011)

Além dessa decisão, houve as paradigmáticas ADI 4227 e ADPF 132 julgadas em 2011, quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu à união homoafetiva todos os mesmos efeitos jurídicos da heteroafetiva. Os delineamentos desta decisão são expressos por Marcelo Pereira ao afirmar que apesar da

(...) ausência de lei ordinária que preveja tal cenário, a emanção dos princípios constitucionais inscritos na Constituição brasileira

de 1988, dotados de normatividade e, portanto, aptos à concretude hermenêutica, como a igualdade, a dignidade e a felicidade humana, proclama a necessidade de tratamento paritário entre homossexuais e heterossexuais, como um direito a ser reconhecido por uma ordem social plural, e compatível com as demandas da sociedade atual, que não poderá dar as costas ao anseio de tantos grupos desprestigiados (in FERNANDES; KAREN. 2017, p. 226).

O ministro Celso de Mello no julgamento da ADI 4.227, dissertou que o neoconstitucionalismo é um meio para a legitimação da interpretação judicial construtiva tendo em vista que há uma maior proeminência do Judiciário.

A força normativa de que se acham impregnados os princípios constitucionais e a intervenção decisiva representada pelo fortalecimento da jurisdição constitucional exprimem aspectos de lato relevo que delineiam alguns dos elementos que compõem o marco doutrinário que confere suporte teórico ao Neoconstitucionalismo, em ordem a permitir, numa perspectiva de implementação concretizadora, a plena realização, em sua dimensão global, do próprio texto normativo da Constituição (ADI 4227, STF, publicação 14/10/2011, p. 858 e 859).

Esse exemplo demonstra a aderência cada vez mais ampla dos tribunais e dos integrantes da Suprema Corte ao movimento neoconstitucionalista que, com a presença de princípios, possibilita os magistrados criar as suas decisões por meio de uma interpretação progressista da lei de modo a modificar a engenharia político-social.

Desta maneira, está despontando o entendimento de que o Direito é constituído pelas decisões dos tribunais através de suas práticas interpretativas e argumentativas - e de maneira mais ampla, pelo que dizem os operadores sobre a situação sob análise (FERRAJOLI, 2012, p.21). Um fator essencial para a percepção dessas mudanças sociais são as modificações dos entendimentos dos tribunais, através da hermenêutica constitucional, sobre um fato antes pacificado.

Para Peter Häberle, a Constituição passa por um processo de interpretação diário em que fatores a renovam a cada dia e se torna recriada por

todos que vivem sob sua égide, é o que esse autor denomina de ‘sociedade aberta dos interpretes da constituição’. O autor propõe um novo modelo hermenêutico de atuação ao Poder Judiciário, trata-se de uma teoria hermenêutica constitucional adequada à sociedade pluralista que deve ser implementado pelos juízes.

No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição (HÄBERLE, 2002, p. 13).

Apesar disso, o resultado interpretativo deve ser consistente e racional, para que assim possa viabilizar justificativas razoáveis e alternativas para a comunidade que tanto anseia por adequação (HÄBERLE, 2002, p. 42-43).

Na última década houve um crescimento constante no procedimento de mudanças dos sentidos das normas constitucionais sem uma alteração expressa no dispositivo legal (maneira formal) por meio de uma emenda. Essa Mutação Constitucional que adv m da altera o do significado e do sentido interpretativo de um texto constitucional por via jurisprudencial, implementa sua correspondência a uma demanda social.

O emprego dos métodos da hermen tica jurídica fez possível uma considerável e silenciosa mudança de sentido nas normas constitucionais, sem necessidade de substitui-las expressamente ou sequer alterá-las pelas vias formais de emendas constitucionais. Evidentemente, quando o sistema entra em crise e demanda rápidas reformas, todo o edifício constitucional estremece. Suscita-se então o problema de acomodar a constitui o com a realidade a que ela responde ou serve de instrumento. (BONAVIDES, 2014, p. 458)

Como exemplo dessa nova configura o no ordenamento jurídico   verificável que isso ocorreu no caso ora analisado, o REspe 24.564. Dessa forma, conclui-se que a atua o judicial garante a manuten o dos regimes democráticos e do Estado de Direito visando proteger os núcleos substanciais do texto constitucional e efetivar suas normas.

Diante destes termos cabe elucidar o entendimento de Canotilho sobre a essência da interpreta o constitucional:

Interpretar a Constituição é uma tarefa que se impõe a todos os aplicadores das normas constitucionais (legislador, administração, tribunais). Todos aqueles que são incumbidos de aplicar e concretizar a constituição devem: (1) encontrar um resultado constitucionalmente 'justo' através da opção de um procedimento (método) racional e controlável; (2) fundamentar esse resultado também de forma racional e controlável. (2010, p. 1207)

Observa-se, desse modo, a relevância da hermenêutica na construção do Direito. Antes de ingressar na análise das consequências que o uso desta ferramenta gera jurídico-socialmente, faz-se mister analisar o seu conceito e qual seu objeto de estudo.

Para Bonavides (2014, p. 448) a utilização da hermenêutica é essencial para tornar material o Direito. E, como decorrência disso, o intérprete/aplicador das normas jurídicas deve buscar solução mesmo quando não encontre na lei uma adequação pertinente.

A atividade hermenêutica utilizada para decidir o REspe 24.564, ao dar interpretação extensiva à norma de inelegibilidade Constitucional do art. 14, §7º, que aduz ser inelegível o cônjuge do atual chefe do Poder Executivo reeleito, para englobar a união estável homoafetiva.

Extrai-se do voto do Ministro Eros Grau no Recurso Extraordinário nº 543.177-7/AM que o regime jurídico das inelegibilidades merece uma interpretação construtiva de seus preceitos caso vise atender a sua ratio nas instâncias políticas e solidificar o binômio democracia e igualdade.¹³⁸ Tendo em vista coibir as práticas arcaicas que o artigo 14, §7º da Constituição tem por finalidade reprimir, o Recurso Especial Eleitoral número 24.564 declarou inelegível a candidata Maria Eulina Rabelo de Sousa Fernandes.

Visto isso, percebe-se que as interpretações referentes às causas de inelegibilidade têm causado uma preocupação na área jurídico-política. É a manipulação do sistema eleitoral em prol da família para constituir zonas de influência que exige uma resposta jurídica para desvencilhar dos mais diferentes âmbitos políticos-administrativos estes círculos domésticos que tem por consequência última o abandono do interesse público que foi consubstanciado nos votos direcionados a este candidato.

138 Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 543.117-7/AM. Rel. min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 24.6.2008. Publicação na RTJ v. 206-02, p. 899, 22 ago. 2008.

4 O LEGADO NO NEOCONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO DO RESPE 24.564

O julgamento do Recurso Especial ora analisado apresentou a necessidade de reconhecer a união estável homoafetiva e atribuir a este instituto as mesmas prerrogativas de um casal heterossexual. Com a decisão neoconstitucionalista proferida pela Corte Eleitoral, além do reconhecimento da união homoafetiva, houve a garantia de igualdade em relação aos deveres da comunidade política.

Dessa forma, ao estender o limite da inelegibilidade reflexa à Eulina e Astrid, o TSE reafirmou o objetivo fundamental do Estado Democrático de Direito Brasileiro inserido no inciso I do art. 3º da Constituição que assegura à sociedade um tratamento igualitário e justo. Diante desta concepção, vê-se que a via judiciária é um meio para buscar um tratamento paritário em respeito à orientação sexual das pessoas possibilitando os mesmos deveres e direitos como membros plenos da comunidade política¹³⁹.

Como característica da democracia contemporânea e de uma sociedade plural, a busca por tutela judicial ou legislativa de um interesse ainda não englobado pelo ordenamento jurídico evidencia a demora ou a omissão de uma resposta estatal às demandas sociais. É nesse viés que emergem as judicializações de lides acerca dos reconhecimentos de direitos às travestis, transexuais e homoafetivos.

Mediante essa atuação proativa do Judiciário, que evidencia o neoconstitucionalismo no Brasil, percebe-se que a diminuição das disparidades estabelecidas entre os gêneros ou por orientação sexual pode ser alcançada e promovida através da hermenêutica aplicada pelos juízes. Diante dessa questão, a conciliação das diferenças e a promoção da igualdade demonstra que os direitos políticos também estão suscetíveis às transformações de aplicação.

Conclui-se que a viabilização da isonomia no seio de um processo democrático como ocorreu no julgamento do REspe 24.564 no decorrer das eleições de 2004 possibilitou que deveres também fossem dados ao

139 Maria Berenice Dias sustenta em sua obra *A Homoafetividade como Direito* que o princípio da isonomia, a liberdade de expressão e o direito de inviolabilidade da intimidade e da vida privada formam a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual e para dirimir preconceitos aos homoafetivos (DIAS, p.12).

casal homoafetivo como forma de assegurar um jogo eleitoral sem vícios de modo a viabilizar a democracia constitucional de forma plena.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, a análise do caso foi imprescindível para inferir o aspecto que o neoconstitucionalismo toma no Judiciário brasileiro de forma a alargar o alcance das normas visando ofertar uma tutela jurídica onde há uma lacuna legislativa. A partir dessa perspectiva, observa-se que o Judiciário tomou o ofício de criar o direito não ignorando os emergentes fatos sociais.

A sociedade contemporânea é marcada pela diversidade e complexidade de atores sociais além da rápida modificação e criação de novos institutos sociais não englobados pelo ordenamento jurídico. Forçoso se faz incluir esses fatos dentro do campo legal para promover uma sociedade mais democrática, desse modo, a atuação de ‘legislador suplente’ do juiz se torna benéfica para o ajustamento entre as normas e os fatos.

Toda interpretação é condicionada pelas mutações históricas do sistema e da sociedade, assim, o magistrado, entre as várias interpretações possíveis, deve optar por aquela que mais corresponda aos valores da convivência social e que mais se ajustem às necessidades reais do povo. Essa discricionariedade envolta no juiz é tida como essencial para concretização da constituição perante aos fatores reais de poder e, para isso, seus princípios jurídicos devem ser observados.

O desenvolvimento desta pesquisa possibilitou analisar a atual configuração do neoconstitucionalismo no judiciário brasileiro tendo por base e parâmetro, o julgamento do REspe 24.564/TSE. Ao examinar o REspe 24.546, os seus antecedentes judiciais e os argumentos que os embasaram foi possível inferir as diferentes concepções sobre a possibilidade de ser reconhecida a união de fato entre pessoas do mesmo sexo e ser estendido um ônus do processo eleitoral a este instituto.

Por tais razões, o neoconstitucionalismo oferece caminhos e possibilidades que colaboram na construção de uma democracia pautada na igualdade de direitos e deveres independentemente de gênero ou opção sexual como ocorreu no REspe 24.564. Tal fato potencializa a relevância do debate sobre a interpretação judicial da Constituição quando trata

acerca dos direitos políticos que são fundamentais e basilares para a composição do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 13, jan./mar. 2008.

_____; BARCELOS, Ana. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In *Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro*, v. 6, n. 23, 2003. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf. Acesso em: 10 de abril de 2018.

BRASIL. TRE/PA. Acórdão 18.229 - Recurso Eleitoral Ordinário nº 993. Disponível em: <http://www.tre-pa.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor-de-acordaos-e-resolucoes>. Acesso em: 16 de Fevereiro de 2018.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 24.564, Brasília, DF, 1º de outubro de 1994. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/julgados-historicos/viseu-inelegibilidade-reflexa-nas-relacoes-homoafetivas>. Acesso em: 16 Fev. 2018.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26º ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2010.

DIAS, Maria Berenice. A homoafetividade como direito. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_638\)46__a_homoafetividade_como_direito.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_638)46__a_homoafetividade_como_direito.pdf). Acesso em: 28 de Agosto de 2018.

FERNANDES, Elaine; KAREN, Krystima (orgs.) *Direito contemporâneo: conjecturas para um debate crítico*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito*. São Paulo: Saraiva, 2014.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002.

RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

VERBICARO, Loiane. *Judicialização Política, Ativismo e Discricionariedade Judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

DA SUB-REPRESENTAÇÃO INDÍGENA NO CONGRESSO NACIONAL: UM ESTUDO DOS OBSTÁCULOS ENFRENTADOS PELOS CANDIDATOS ÍNDIOS

Vinicius Rocha Moço

1 Introdução

Segundo os dados apresentados no censo de 2010, existem, aproximadamente, 896.917 índios vivendo no Brasil, representando 0,44% do total da população brasileira (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2010). São mais de 254 povos indígenas vivendo no país, entre os quais são utilizados mais de 150 idiomas (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, 2018).

Porém, é possível afirmar que há uma sub-representação desses povos no âmbito do Poder Legislativo Federal. A população indígena foi, e continua sendo, sub-representada no Congresso Nacional (CN).

Izaquiel Mateus Macedo Gomes, Eneida Corrêa de Assis, Paulo Sérgio dos Santos Ribeiro e Carlos Augusto da Silva Souza (2013, p. 4) relembram a eleição do cacique Mário Juruna em 1982 a Deputado Federal pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) do Rio de Janeiro, até então o primeiro indígena eleito à Câmara dos Deputados.

Somente nas eleições de 2018, após um hiato de 36 anos, os povos indígenas elegeram uma nova representante no legislativo federal. Joênia Batista de Carvalho, ou Joênia Wapichana, foi eleita Deputada Federal por

Roraima pelo partido Rede Sustentabilidade, sendo a primeira mulher indígena na Câmara dos Deputados (G1, 2018b).

Porém, a participação dos índios brasileiros no âmbito eleitoral continua pouco significativa. O Instituto de Estudos Socioeconômicos (INESC) realizou um levantamento do perfil das candidaturas nas eleições do ano de 2018. Do total de 27.835 candidaturas para todos os cargos, os indígenas apresentam apenas 129, representando 0,46% das candidaturas, que estão concentradas nos cargos de deputado estadual e federal. Ainda assim, o número representa um aumento de 59% em relação às eleições de 2014, que contou com 81 candidaturas indígenas (INSTITUTO DE ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS, 2018).

Embora haja um crescimento da participação nos pleitos federais e estaduais, a população indígena ainda parece focar nas eleições municipais, conforme constatado por Gomes et al. (2013, p. 4). Os autores destacam que, nas eleições municipais de 2004, foram eleitos 44 indígenas, entre os quais três Prefeitos, três Vice-Prefeitos e 38 Vereadores. Nas eleições de 2008, foram eleitos seis Prefeitos, quatro Vice-Prefeitos e 61 Vereadores. Já nas eleições de 2012, foram eleitos cinco Prefeitos, quatro Vice-Prefeitos e 89 Vereadores (GOMES et al., 2013, p. 2). Por fim, 1.715 candidatos se autodeclararam indígenas no pleito de 2016, com apenas 173 eleitos (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2018).

A preferência dos indígenas pelas candidaturas municipais é oriunda das inúmeras dificuldades encontradas por essa parcela da população para concorrer ao pleito federal. São vários obstáculos que se apresentam aos candidatos índios para o acesso ao CN, refletindo-se na sub-representação desses povos no Poder Legislativo Federal.

Consequentemente, os povos indígenas encontram enorme dificuldade em ter seus direitos observados e respeitados no âmbito do CN, órgão que sofre forte influência da bancada da agropecuária ou bancada ruralista, nomeada oficialmente de Frente Parlamentar da Agropecuária¹⁴⁰.

Desse modo, o presente artigo se propõe a investigar as razões da sub-representação dos povos indígenas no CN e compreender as dificuldades encontradas pelos candidatos índios.

140 O CN permite a criação de bancadas temáticas, chamadas de Frentes Parlamentares. São grupos suprapartidários que representam e defendem os interesses de grupos específicos da sociedade, não respondendo à ideologia de seus partidos.

O método de pesquisa adotado é bibliográfico e documental. O estudo pauta-se na análise qualitativa da literatura sobre o tema das candidaturas indígenas, além de relatórios produzidos por instituições como o Tribunal Superior Eleitoral e o Instituto de Estudos Socioeconômicos.

2 AS CANDIDATURAS INDÍGENAS E SEUS OBSTÁCULOS

Em levantamento realizado durante o pleito de 2014, o Instituto de Estudos Socioeconômicos (2014, p. 4) constatou que as candidaturas indígenas se concentravam nas siglas ligadas às agendas operárias e socialistas, como o Partido Comunista do Brasil (PC do B), Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), Partido Socialista dos Trabalhadores Unificados (PSTU) e o Partido dos Trabalhadores (PT).

Gomes et al. (2013, p. 15) também constata uma maior participação das candidaturas indígenas nos partidos de ideologia à esquerda, afirmando que alguns autores consideram tais partidos mais abertos à participação de grupos minoritários e apresentam-se como um reduto preferencial de articulação entre os movimentos sociais organizados e o sistema de representação política através das eleições.

Alguns fatores são apontados como barreiras para o lançamento de candidaturas indígenas aos pleitos estadual e federal: a dificuldade das diversas etnias em se organizarem politicamente no plano estadual e nacional, de modo a obterem consensos mínimos para a eleição; a necessidade de uma quantidade elevada de votos para se eleger em âmbito estadual e federal; a divisão das candidaturas em diferentes partidos, o que acaba fragmentando o eleitorado indígena em diferentes facções políticas; os altos custos das campanhas estaduais e federais e a dificuldade de acesso a recursos orçamentários e repasses constitucionais (ALVAREZ apud GOMES et al., 2013, p. 4).

Somando-se a tais barreiras, existem também condições impostas aos candidatos pelos próprios partidos. Cristiane Rachel Pironi (2008, p. 126) aponta algumas exigências feitas aos candidatos pelos partidos:

Os requisitos impostos pelos partidos somam-se aos impostos pela legislação eleitoral e variam de partido para partido. Analisando as exigências do PP, PFL, PL, PMDB, PSDB, PSB e PT, podemos observar algumas características: existem requisitos como escolaridade (PP), ali-

nhamento ideológico com o partido (PFL e PSB), participação em movimentos sociais (PSB e PT), etc. Porém, alguns requisitos nos chamam a atenção, como o de ter potencial eleitoral e possuir condições financeiras de arcar com as despesas de campanha (PFL, PL, PMDB e PSDB). A exigência do cumprimento de requisitos por parte dos partidos não pode ser classificada como negativa, embora devemos atentar para a importância de que os requisitos estabelecidos não sejam um fator de exclusão do processo de competição política, como pode ser o caso do último requisito citado – possuir condições financeiras de arcar com as despesas de campanha –, que pode ser um componente de limitação da candidatura, vinculando-a ao poder econômico do candidato, o que acaba reduzindo a participação política a uma pequena parcela economicamente privilegiada da população.

Os altos custos das campanhas eleitorais e a dificuldade de angariar recursos financeiros são grandes entraves para as candidaturas indígenas, impedindo-as de concorrer em igualdade de condições com outros grupos.

Gomes et al. (2013, p. 16), ao analisarem as campanhas dos candidatos indígenas eleitos Vereadores nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, no pleito de 2012, constataram que 70,8% deles não arrecadaram mais de R\$ 5.000,00. Os pesquisadores também citam uma pesquisa realizada no Estado do Pará, na qual se constatou que “a arrecadação dos vereadores indígenas para o financiamento de suas campanhas é em média cerca de 70% menor do que a arrecadação dos vereadores eleitos por outros grupos sociais” (FIGUEIRA JÚNIOR, 2008 apud GOMES et al., 2013, p. 16). Ressalta-se que os valores de financiamento das campanhas indígenas não possuem variações significativas ao se analisar as candidaturas de partidos ideologicamente de esquerda, de centro ou de direita (GOMES et al., 2013, p. 17).

A respeito da origem dos recursos de financiamento das campanhas dos Vereadores indígenas no pleito de 2012, Gomes et al. (2013, p. 18) constataram que a maior quantidade foi proveniente das doações realizadas por pessoas físicas e de recursos próprios. As doações de pessoas físicas foram a principal fonte de arrecadação para 39,6% dos eleitos. Por sua vez, o patrimônio individual foi o principal recurso de 35,4%.

Os pesquisadores ainda destacam que as doações de pessoas jurídicas, que representavam boa parte dos recursos de outros candidatos, foram a

principal fonte de financiamento para apenas 16,7% das campanhas indígenas¹⁴¹. Já os recursos transferidos dos partidos para os candidatos indígenas foram significativos para apenas 8,3% dos eleitos (GOMES et al., 2013, p. 18). Destaca-se que, uma vez mais, não há diferenças significativas na distribuição de recursos entre as candidaturas de partidos ideologicamente à esquerda, ao centro e à direita.

Embora a doação de pessoas físicas seja, para muitos candidatos indígenas, a principal fonte de recursos, a pesquisa aponta que a maioria dos Vereadores indígenas eleitos teve entre um e dois doadores, cenário que representa 45,8% dos casos. Em seguida, aparecem aqueles que não contaram com nenhum doador, tendo de arcar sozinhos com os gastos da campanha (GOMES et al., 2013, p. 19).

Importante destacar que a distribuição de recursos aos candidatos fica a critério das direções partidárias. Os partidos são financiados principalmente pelas doações de seus afiliados e de dinheiro público, este proveniente do Fundo Partidário e do Fundo Eleitoral.

O Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos, ou Fundo Partidário, tem como principal função garantir o financiamento dos partidos, e está previsto no artigo 38 da Lei nº 9.096/95:

Art. 38. O Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo Partidário) é constituído por:

I - multas e penalidades pecuniárias aplicadas nos termos do Código Eleitoral e leis conexas;

II - recursos financeiros que lhe forem destinados por lei, em caráter permanente ou eventual;

III - doações de pessoa física ou jurídica, efetuadas por intermédio de depósitos bancários diretamente na conta do Fundo Partidário;

IV - dotações orçamentárias da União em valor nunca inferior, cada ano, ao número de eleitores inscritos em 31 de dezembro do ano anterior ao da proposta orçamentária, multiplicados por trinta e cinco centavos de real, em valores de agosto de 1995 (BRASIL, 1995).

141 A proibição de doações provenientes de pessoas jurídicas passou a valer a partir das eleições de 2016, após o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.650 no STF.

O Fundo Partidário possui dois critérios para a sua divisão entre os partidos:

Art. 41-A. Do total do Fundo Partidário:

I - 5% (cinco por cento) serão destacados para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que atendam aos requisitos constitucionais de acesso aos recursos do Fundo Partidário; e

II - 95% (noventa e cinco por cento) serão distribuídos aos partidos na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados (BRASIL, 1995).

Por sua vez, o Fundo Especial de Financiamento de Campanha, ou Fundo Eleitoral, é um fundo público destinado ao financiamento das campanhas eleitorais dos candidatos, e está previsto no artigo 16-C da Lei nº 9.504/97:

Art. 16-C. O Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) é constituído por dotações orçamentárias da União em ano eleitoral, em valor ao menos equivalente:

I - ao definido pelo Tribunal Superior Eleitoral, a cada eleição, com base nos parâmetros definidos em lei;

II - a 30% (trinta por cento) dos recursos da reserva específica de que trata o inciso II do § 3o do art. 12 da Lei no 13.473, de 8 de agosto de 2017. (BRASIL, 1997)

O Fundo Eleitoral foi criado em 2017 pela Lei nº 13.488, que alterou a Lei nº 9.504/97 para suprir a falta das doações provenientes de pessoas jurídicas, proibidas pelo STF.

Ao contrário do Fundo Partidário, a distribuição do Fundo Eleitoral entre os partidos segue quatro critérios:

Art. 16-D. Os recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), para o primeiro turno das eleições, serão distribuídos entre os partidos políticos, obedecidos os seguintes critérios:

I - 2% (dois por cento), divididos igualmente entre todos os partidos com estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral;

II - 35% (trinta e cinco por cento), divididos entre os partidos que tenham pelo menos um representante na Câmara dos Deputados, na proporção do percentual de votos por eles obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados;

III - 48% (quarenta e oito por cento), divididos entre os partidos, na proporção do número de representantes na Câmara dos Deputados, consideradas as legendas dos titulares;

IV - 15% (quinze por cento), divididos entre os partidos, na proporção do número de representantes no Senado Federal, consideradas as legendas dos titulares. (BRASIL, 1997).

Nota-se a grande disparidade na distribuição dos valores de ambos os fundos. No Fundo Partidário, apenas 5% do valor é distribuído de forma equânime entre os partidos, enquanto 95% é distribuído na proporção dos votos obtidos na última eleição para a Câmara dos Deputados. Já no Fundo Eleitoral, apenas 2% é dividido igualmente entre os partidos, enquanto a divisão do restante considera a quantidade de Deputados Federais e Senadores eleitos.

Conforme mencionado, as candidaturas indígenas concentram-se nos partidos ideologicamente à esquerda, por supostamente serem mais abertos à participação de grupos minoritários. O levantamento feito pelo INESC durante o pleito de 2014 constatou que os partidos com mais candidaturas indígenas foram o PT, com 16 candidaturas, o PSOL, com 12 candidaturas e o PC do B, com 11 candidaturas (INSTITUTO DE ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS, 2014, p. 7).

Desses partidos, apenas o PT figura entre aqueles que recebem altas quantias dos fundos. Do Fundo Eleitoral, o PT recebeu em 2018 R\$ 212,2, enquanto o PSOL recebeu R\$ 21,4, e o PC do B recebeu R\$ 30,5 (ESTADÃO, 2018).

A distribuição do tempo de propaganda no rádio e na televisão também possui critérios que fortalecem as desigualdades entre os partidos. Segundo o §2º do artigo 47 da Lei nº 9.504/97:

Art. 47. As emissoras de rádio e de televisão e os canais de televisão por assinatura mencionados no art. 57 reservarão, nos trinta e cinco dias anteriores à antevéspera das eleições, horário destinado

à divulgação, em rede, da propaganda eleitoral gratuita, na forma estabelecida neste artigo.

(...)

§ 2o Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do § 1o, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato, observados os seguintes critérios:

I - 90% (noventa por cento) distribuídos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerados, no caso de coligação para eleições majoritárias, o resultado da soma do número de representantes dos seis maiores partidos que a integrem e, nos casos de coligações para eleições proporcionais, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integrem;

II - 10% (dez por cento) distribuídos igualmente. (BRASIL, 1997).

Além disso, com a Emenda Constitucional (EC) nº 97 foi estabelecida uma cláusula de desempenho para que os partidos obtenham recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão para propaganda. Segundo o texto da EC nº 97, somente terão acesso a tais recursos, os partidos políticos que, alternativamente, obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 3% dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 2% dos votos válidos em cada uma delas; ou tiverem eleito pelo menos quinze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação (BRASIL, 1988).

Desse modo, a divisão desigual dos valores dos fundos e do acesso a meios de propaganda, além de ser um obstáculo às candidaturas indígenas, dificulta a renovação do poder legislativo como um todo. As novas regras trazidas pela EC nº 97 prejudicam ainda mais os partidos menores que, tradicionalmente, são mais abertos às candidaturas indígenas.

A pesquisa realizada pelo INESC durante o pleito de 2014 concluiu que a baixa representatividade dos povos indígenas no CN possui entre suas fontes o racismo estrutural da sociedade brasileira, que acaba por influenciar a decisão dos eleitores, e o pouco apoio financeiro e tempo de

exposição na mídia, invisibilizando tais candidaturas (INSTITUTO DE ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS, 2014, p. 5).

Além disso, importante destacar que no mínimo 30% dos valores obtidos com o Fundo Partidário¹⁴² e com o Fundo Eleitoral¹⁴³ devem ser aplicados nas candidaturas de mulheres. Muito se discutiu sobre a criação de cotas mínimas para as candidaturas de indígenas, mas todas as propostas já debatidas na Câmara dos Deputados encontraram algum veto sob o argumento de que os indígenas não são os únicos grupos sociais com cultura diferenciada no país (RAMOS, 2002 apud GOMES et al., 2013, p. 6).

Ademais, ainda que o candidato indígena consiga se lançar em campanha, encontrará obstáculos em seu eleitorado, já que muitos povos vivem isolados ou em local de difícil acesso. Embora seções eleitorais sejam criadas para atender essa população, os índios que vivem nas aldeias podem optar por votar ou não, não se aplicando a obrigatoriedade da lei brasileira (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2018). Além disso, para votar, há a exigência de o índio ser alfabetizado em português e apresentar documentos oficiais como título de eleitor, carteira de identidade ou registro administrativo correspondente expedido pela Fundação Nacional do Índio (Funai). As condições do eleitorado indígena tornam a eleição de um candidato índio ainda mais improvável.

A Lei nº 4.737/65, também conhecido como Código Eleitoral, estabelece uma quantidade de votos mínima para um candidato ser eleito:

Art. 108. Estarão eleitos, entre os candidatos registrados por um partido ou coligação que tenham obtido votos em número igual ou superior a 10% (dez por cento) do quociente eleitoral, tantos quantos o respectivo quociente partidário indicar, na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido.

142 Originalmente, a Lei nº 9.096/95, em seu artigo 44, inciso V, prevê que os partidos devem aplicar 5% do valor obtido com o Fundo Partidário em programas de promoção e difusão da participação política das mulheres. Porém, o STF, no julgamento da ADI nº 5.617, determinou a aplicação de pelo menos 30% dos recursos do Fundo Partidário às campanhas de candidatas.

143 A aplicação da cota dos valores provenientes do Fundo Partidário foi determinada na Resolução nº 23.575/18 do Tribunal Superior Eleitoral.

Parágrafo único. Os lugares não preenchidos em razão da exigência de votação nominal mínima a que se refere o caput serão distribuídos de acordo com as regras do art. 109.

Art. 109. Os lugares não preenchidos com a aplicação dos quocientes partidários e em razão da exigência de votação nominal mínima a que se refere o art. 108 serão distribuídos de acordo com as seguintes regras:

I - dividir-se-á o número de votos válidos atribuídos a cada partido ou coligação pelo número de lugares definido para o partido pelo cálculo do quociente partidário do art. 107, mais um, cabendo ao partido ou coligação que apresentar a maior média um dos lugares a preencher, desde que tenha candidato que atenda à exigência de votação nominal mínima;

II - repetir-se-á a operação para cada um dos lugares a preencher;

III - quando não houver mais partidos ou coligações com candidatos que atendam às duas exigências do inciso I, as cadeiras serão distribuídas aos partidos que apresentem as maiores médias.
(BRASIL, 1965)

A chamada “cláusula de desempenho” determina que um candidato necessita de uma quantidade mínima de votos de 10% do quociente eleitoral para ser eleito. Para que se possa entender o quociente eleitoral, torna-se necessária uma breve explicação sobre o sistema de votação proporcional.

O sistema proporcional é utilizado nas eleições para Deputado Federal, Deputado Estadual, Deputado Distrital e Vereador. Conforme explicado por Pedro Luiz Barros Palma da Rosa (2013, p. 19), nesse sistema “os votos computados são os de cada partido ou coligação e, em uma segunda etapa, os de cada candidato”. Ou seja, primeiro se verifica os partidos mais votados, em seguida, verifica-se os candidatos mais votados dentro de cada um. O jurista explica detalhadamente o funcionamento do sistema proporcional:

Funciona assim o sistema proporcional: para se chegar ao resultado final, aplicam-se os chamados quocientes eleitoral (QE) e partidário (QP). O quociente eleitoral é definido pela soma do número de votos válidos (=

votos de legenda e votos nominais, excluindo-se os brancos e os nulos), dividida pelo número de cadeiras em disputa. Apenas partidos isolados e coligações que atingem o quociente eleitoral têm direito a alguma vaga. A partir daí, analisa-se o quociente partidário, que é o resultado do número de votos válidos obtidos, pelo partido isolado ou pela coligação, dividido pelo quociente eleitoral. O saldo da conta corresponde ao número de cadeiras a serem ocupadas. Havendo sobra de vagas, divide-se o número de votos válidos do partido ou da coligação, conforme o caso, pelo número de lugares obtidos mais um. Quem alcançar o maior resultado assume a cadeira restante. Depois dessas etapas, verifica-se quais são os mais votados dentro de cada partido isolado ou coligação (ROSA, 2013, p. 19).

Logo, a “cláusula de desempenho” determina que um candidato precisa obter individualmente no mínimo 10% dos votos do quociente eleitoral de seu Estado para ser eleito. O quociente eleitoral é o número de votos que um partido ou coligação¹⁴⁴ precisa ter para conquistar uma vaga no legislativo. Ou seja, além da necessidade do partido superar o quociente eleitoral (tarefa já difícil para os pequenos partidos que costumam abarcar as candidaturas indígenas), os candidatos individualmente precisam atingir uma quantidade mínima de votos, tarefa igualmente complicada, uma vez que as temáticas indígenas não costumam ter grande apelo popular, e muitos dos eleitores índios acabam por não exercer o seu direito ao voto.

Desse modo, é evidente a negligência dos partidos políticos em relação às candidaturas indígenas. Os partidos políticos, que já possuem entre seus quadros candidatos majoritariamente brancos, financiam preferencialmente os candidatos já detentores de mandato¹⁴⁵, repassando poucos, ou nenhum, recursos às candidaturas de índios. Além disso, muitos partidos impõem requisitos aos candidatos, como escolaridade, potencial eleitoral e condições financeiras de arcar com as despesas de campanha.

Essas condições dificultam em demasia as candidaturas de membros de povos indígenas, parcela da população com o pior Índice de Desenvol-

144 Coligação é uma reunião temporária de partidos políticos para a disputa de uma eleição, de modo que disputam como se fossem um só partido (ROSA, 2013, p. 19). Além disso, ressalta-se que com a vigência da EC nº 97 de 2017, fica proibida a formação de coligações partidárias nas eleições proporcionais a partir de 2020.

145 Matéria veiculada pelo site G1 apurou que os partidos que receberam mais recursos do fundo partidário deram prioridade para candidatos já portadores de mandato (G1, 2018a).

vimento Humano (IDH) no Brasil¹⁴⁶, tendo a maior parte de seus membros vivendo na extrema pobreza e miséria e, conseqüentemente, poucos recursos para custear suas campanhas eleitorais. Gomes et al., (2013, p. 16) concluem que esta situação permite afirmar que a dificuldade que os Vereadores indígenas encontram para financiar suas campanhas eleitorais acaba se refletindo no baixo desempenho eleitoral deste segmento populacional. Somando-se a tais condições, a “cláusula de desempenho” e a realidade do eleitor indígena tornam ainda mais improvável a eleição de um candidato índio.

Por sua vez, Pironi (2008, p. 128) defende que partidos e candidatos recebem recursos muito desiguais, de modo a desequilibrar a competição eleitoral e distanciando-se de um modelo ideal de competição justa.

Portanto, constatam-se enormes adversidades a serem enfrentadas pelas candidaturas indígenas, que encontram na falta de recursos o seu maior adversário. Sem recursos financeiros para custear suas campanhas eleitorais, os índios não encontram qualquer representação no CN, ficando à mercê de grupos de interesse como a Frente Parlamentar da Agropecuária.

3 ConSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo apresentou as principais razões da sub-representação dos povos indígenas no CN. Durante a investigação, constatou-se que os povos indígenas possuem grande dificuldade em articular campanhas eleitorais de seus representantes para o CN, sofrendo, também, com a baixa quantidade de recursos financeiros para custeá-las. Além de não possuírem recursos próprios para financiar suas campanhas, os candidatos índios são negligenciados pelos partidos políticos, que financiam preferencialmente os candidatos já detentores de mandato. Ademais, muitos partidos impõem requisitos aos candidatos, como escolaridade, potencial eleitoral e condições financeiras de arcar com as despesas de campanha, dificultando o lançamento de candidatos representantes desses povos.

146 Embora representem 5% de toda população mundial, os povos indígenas representam 15% de toda a população vivendo em situação de pobreza (UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 2016, p. 78).

Averiguou-se, também, que os partidos políticos mais abertos às candidaturas indígenas são os ideologicamente à esquerda. Com exceção do PT, os partidos que mais apresentam candidatos índios sofrem com recursos financeiros escassos, recebendo poucas verbas do Fundo Partidário e do Fundo Eleitoral. Barreiras como a “cláusula de desempenho” e o quociente eleitoral também dificultam as candidaturas indígenas e seus partidos.

Ademais, os candidatos índios encontram muitas dificuldades com seu eleitorado, já que muitos povos indígenas vivem isolados ou em local de difícil acesso, não possuindo obrigatoriedade de votar como o restante da população. Além disso, para exercer o direito ao voto, há a exigência de o índio ser alfabetizado em português e apresentar documentos oficiais como título de eleitor, carteira de identidade ou registro administrativo correspondente expedido pela Funai.

Desse modo, conclui-se que a dificuldade que os candidatos indígenas encontram para financiar suas campanhas eleitorais acaba refletindo no baixo desempenho eleitoral. Somando-se a tais condições, a “cláusula de desempenho” e a realidade do eleitor indígena, tornam ainda mais improvável a eleição de um candidato índio. Conseqüentemente, os índios não encontram qualquer representação no CN, ficando à mercê de grupos de interesse como a Frente Parlamentar da Agropecuária.

Embora a presente pesquisa não tenha entre seus objetivos propor soluções para a sub-representação indígena no CN, mostra-se cabível expor breves considerações sobre o tema.

Conclui-se que há uma premente necessidade de se discutir a criação de mecanismo para mitigar a sub-representação de índios na política, assim como foi feito com a criação da reserva de 30% das vagas e de recursos dos fundos para candidaturas femininas, pois a falta de representatividade leva à violação dos direitos desses povos.

Em sua pesquisa, Cristiane Rachel Pironi analisa as características do financiamento público de campanhas. Ao analisar os pontos positivos do modelo, Pironi argumenta que: é um modelo altamente democrático, uma vez que garante um nível de financiamento para todos os partidos, independentemente de seus eleitores serem ricos ou pobres; reduz o impacto dos interesses econômicos na política; elimina a busca dos candidatos por dinheiro do interesse econômico privado, fortalecendo os partidos e obrigando-os a adotar estratégias de campanha voltadas para programas

nacionais mais claras para o eleitorado (SAMUELS, 2003, p.384; 2006, p.149 apud PIRONI, 2008, p. 139).

Embora a pesquisa da autora não trate especificamente das campanhas indígenas, é possível concluir que um financiamento público de campanha poderia ajudar tais candidaturas, uma vez que garantiria o financiamento dos partidos que tradicionalmente as acolhem e, uma vez que seja garantida a distribuição igualitária entre os candidatos também¹⁴⁷, reduziria a diferença de recursos financeiros entre índios e não-índios.

Porém, a autora também cita pontos negativos do modelo: desestímulo à competição política; risco de diminuição da liberdade dos partidos; o afastamento do partido de suas bases; enfraquecimento dos laços com a sociedade devido à redução da necessidade de ampliar a filiação partidária; dependência excessiva dos cofres públicos, por parte dos partidos (ZOVATTO, 2005, p.300 apud PIRONI, 2008, p. 141). Ademais, o modelo poderia encontrar resistência em situações de crise econômica, além de não garantir o fim do “caixa dois”, podendo, até mesmo, incentivá-lo (PIRONI, 2008, p. 144).

Outra alternativa seria a criação de cadeiras exclusivas para indígenas no CN, assim como ocorre no Canadá, na Colômbia e na Venezuela (SQUEFF, 2016, p. 54-55) ou criação de cotas para candidatos índios nas eleições. Porém, essa última proposta, conforme já citado, foi vetada na Câmara dos Deputados.

Por sua vez, Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso Squeff (2016, p. 76) defende a criação de Estados pluriétnicos, de modo que sejam introduzidas mudanças institucionais e na estrutura do Estado que permitam que as tradições e os costumes locais sejam consideradas legítimos para solucionar os conflitos sociais nascidos no interior dessas sociedades, não havendo necessidade de serem aplicadas regras exógenas a tais povos que não condizem com a sua realidade.

A base desse Estado Plurinacional de Direito reside no reconhecimento de que cabe aos povos indígenas a decisão sobre as suas terras, os seus conflitos e o seu modo de desenvolvimento (SQUEFF, 2016, p. 93), sendo criado por meio do constitucionalismo plurinacional, que visa a

147 Pironi (2008, p. 143) cita que na maioria dos países que utilizam o modelo de financiamento público de campanhas, a distribuição dos recursos fica a critério da liderança nacional do partido, podendo favorecer candidatos específicos.

superar a ausência de poder constituinte indígena na fundação republicana e a reconhecer as formas utilizadas por esses povos como legítimas instituições formadoras do Estado (SQUEFF, 2016, p. 77).

Squeff (2016, p. 77) explica que esse novo constitucionalismo nasce na América Latina, dando como exemplo as constituições da Bolívia e do Equador. A respeito da constituição boliviana, a autora cita algumas características, como: cota para parlamentares indígenas; propriedade exclusiva dos índios sobre os recursos florestais, hídricos e a terra de suas comunidades; e a equivalência entre a justiça tradicional indígena e a justiça ordinária (SQUEFF, 2016, p. 77-78).

Porém, a autora (SQUEFF, 2016, p. 79) adverte que o Brasil ainda está longe do reconhecimento de um Estado Plurinacional, pois ainda há um pensamento neocolonial inserido na sociedade que privilegia o interesse nacional majoritário em detrimento dos interesses de minorias como os povos indígenas.

Certo é que há urgência em se garantir no país uma maior participação dos povos indígenas nas instâncias de poder, de modo a conferir a essa parcela da população autonomia sobre suas terras, recursos naturais, cultura, instituições e que possam definir seus próprios meios de desenvolvimento, atingindo, assim, um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Estado esse que, segundo Squeff (2016, p. 38), passa por uma crise política caracterizada pela falta de representação de todos os vetores formadores da sociedade no plano político do Estado.

A importância da representação foi expressa no final do relatório produzido pelo INESC:

Precisamos de um Parlamento que represente todos os setores da sociedade brasileira, especialmente os grupos que permanecem em situação de vulnerabilidade social e ambiental, como agricultores familiares, mulheres negras e indígenas, quilombolas, outros povos e comunidade tradicionais, juventude negra urbana e comunidade LGBT. A representatividade é importante, ou seja, é preciso que os brasileiros e as brasileiras se vejam nos espaços de poder, que grupos socialmente excluídos possam participar dos processos decisórios, elaborando leis e tomando decisões em prol da sociedade. Isso também contribui para a superação de fenômenos como racismo e sexismo institucionais, rompendo com estruturas de poder tradicionais, herdadas do colonialismo. Democracia é muito mais

que o direito de votar e ser votado. (INSTITUTO DE ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS, 2014, p. 10)

A democracia não é a ditadura da maioria, mas um modelo que busca a inclusão de todos os setores da sociedade. Em um verdadeiro Estado Democrático de Direito, deve haver a proteção dos direitos fundamentais de todos, inclusive das minorias políticas e econômicas.

Referências BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição de República Federativa do Brasil de 1988. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o código eleitoral. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737compilado.htm>. Acesso em: 24 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9096compilado.htm>. Acesso em: 24 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9504compilado.htm>. Acesso em: 24 out. 2018.

ESTADÃO. Partidos deverão utilizar recursos públicos para financiar as campanhas de seus candidatos nas eleições 2018. São Paulo, 22 jun. 2018. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,entenda-o-que-sao-e-quais-as-diferencas-entre-o-fundo-eleitoral-e-o-fundo-partidario,70002362544>>. Acesso em: 24 out. 2018.

G1. Candidatos com mandato terão prioridade na distribuição do dinheiro do fundo eleitoral, dizem partidos. Brasília, 16 jul. 2018. 2018a. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/candidatos-com-mandato-terao-prioridade-na-distribuicao-do-dinheiro-do-fundo-eleitoral-dizem-partidos.ghtml>>. Acesso em: 23 out. 2018.

G1. Roraima elege primeira indígena deputada federal. Boa Vista, 08 out. 2018. 2018b. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rr/roraima/eleicoes/2018/noticia/2018/10/08/roraima-elege-primeira-mulher-indigena-deputada-federal.ghtml>>. Acesso em: 22 out. 2018.

GOMES, Izaquiel Mateus Macedo; ASSIS, Eneida Corrêa de; RIBEIRO, Paulo Sérgio do Santos; SOUZA, Carlos Augusto da Silva. O financiamento de campanha dos vereadores indígenas brasileiros em foco: uma análise comparativa da composição das receitas dos parlamentares eleitos nas regiões, norte, nordeste e centro-oeste nas eleições 2012. In: 37º Encontro Anual da ANPOCS, 2013, Águas de Lindoia. 37º Encontro Anual da ANPOCS, 2013.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Censo demográfico 2010. 2010. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/populacao/9662-censo-demografico-2010.html?&t=downloads>>. Acesso em: 25 out. 2018.

INSTITUTO DE ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. Eleições 2018: Novas candidaturas, velhos desafios. Brasília. 2018. Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/noticias/noticias-do-inesc/2018/agosto/eleicoes-2018-novas-candidaturas-velhos-desafios/view>>. Acesso em: 23 out. 2018.

INSTITUTO DE ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. Perfil dos candidatos às eleições 2014 – Sub-representação de negros, indígenas e mulheres: desafio à democracia. Brasília. 2014. Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/biblioteca/textos/perfil-dos-candidatos-as-eleicoes-2014/view>>. Acesso em: 23 out. 2018.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. Quem são. 2018. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/Quem_s%C3%A3o>. Acesso em: 10 ago. 2018.

PIRONI, Cristiane Rachel. Igualdade política e financiamento de campanhas eleitorais. 2008. Dissertação (mestrado). Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-07052009-170520/pt-br.php>>. Acesso em: 23 out. 2018.

ROSA, Pedro Luiz Barros Palma da. Como funciona o sistema proporcional?. Revista Eletrônica da EJE, Brasília, ano 3, n. 5, p. 19-20, ago./set. 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/1368>>. Acesso em: 12 out. 2018.

SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso. Estado Plurinacional: a proteção do indígena em torno da construção da Hidrelétrica de Belo Monte.. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2016. v. 1. 120p .

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Facilitar o voto de povos indígenas é preocupação da justiça eleitoral. 2018. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/abril/facilitar-o-voto-de-povos-indigenas-e-preocupacao-da-justica-eleitoral>>. Acesso em: 23 out. 2018.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. Human development report 2016. 2016. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/2016_human_development_report.pdf>. Acesso em: 29 out. 2017.

REIVINDICAÇÃO DE DIREITOS

LIBERDADE RELIGIOSA: PERSEGUIÇÃO RELIGIOSA AOS CRISTÃOS NA COREIA DO NORTE

Cosmo da Silva Junior

1- INTRODUÇÃO

A República Popular Democrática da Coreia é um país asiático que adota o sistema unipartidário de governo. Além do incoerente sistema governamental, que não faz jus à sua designação, a de ser uma democracia, o país foi cenário de vários conflitos internacionais, e é também uma potência armamentista-nuclear, possuindo um sistema de controle notável sobre a vida dos cidadãos, principalmente, sobre as comunicações. Por esta razão, a instabilidade política no país é constante, desde a Guerra das Coreias, em 1950, o que denota o regime ditatorial vivido pelos seus habitantes e que inviabiliza a aplicabilidade dos direitos humanos no referido Estado.

Assim, juridicamente, apesar da promulgação de uma constituição garantidora de direitos fundamentais, em 2013, pelo país, bem como pelo fato de ter assinado e ratificado o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), o Estado é reconhecido, internacionalmente, pela perseguição religiosa aos cristãos. Dados do Relatório Internacional da Comissão de Liberdade Religiosa dos Estados Unidos demonstram, comprovando esse descumprimento dos direitos de liberdade religiosa, que o país está no grupo de risco de perseguição aos cristãos no mundo.

Nesse sentido, o objetivo geral desse estudo é identificar, identificar quais as causas e consequências da perseguição religiosa aos cristãos na

Coreia do Norte e verificar a postura internacional da Coreia quanto ao cumprimento dos tratados de direitos humanos de liberdade religiosa.

2- METODOLOGIA

Trata-se de pesquisa bibliográfica de natureza qualitativa e documental, com emprego de método explicativo. Por meio de análise de obras de autores especialistas no tema de liberdade religiosa, direitos humanos e direito constitucional, o estudo em questão analisa a aplicabilidade normativa de textos legais, de declarações internacionais de direitos humanos e da constituição norte-coreana no que tange à perseguição aos cristãos no país.

3- RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1 Liberdade Religiosa como Direito Fundamental e o Estado

A liberdade religiosa é um direito assegurado a todos os povos através da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), especificamente, em seus arts. 2º e 18, que versam:

1. Toda pessoa terá direito a liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino.
2. Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha.
3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas à limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.
4. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos países e, quando for o caso, dos tutores legais de assegurar a educação religiosa e moral dos filhos que esteja de acordo com suas próprias convicções.

Dessa forma, podemos ver que a garantia da liberdade religiosa é essencial para que as pessoas possam ter uma vida digna, podendo escolher qual religião querem seguir e poder cultuá-las livremente. Para que ela possa ser concretizada, é necessário observar e asseverar outras três liberdades: a liberdade de crença (que consiste na liberdade do indivíduo de crer naquilo que desejar), a liberdade de culto (que consiste na liberdade do indivíduo de cultuar da maneira que desejar, desde que não interfira na liberdade do outro) e a liberdade de organização religiosa (que consiste na liberdade do indivíduo de formar uma instituição religiosa).

No entanto, para que a liberdade religiosa seja, verdadeiramente, atingida, é essencial que o Estado seja neutro, ou seja, que nem tenha preferência e nem aversão a nenhum tipo de religião. É também primordial que não haja nenhum tipo de interferência ou controle por parte do Estado sobre as religiões disseminadas dentro dele, pois, segundo Beatriz Andrade e Rodrigo Vitorino:

Esta influência estatal choca-se com uma característica fundamental das religiões: a voluntariedade. É somente através do exercício livre da vontade que a crença tem sentido, sem isso, não há como se falar em espiritualidade. Trata-se apenas de manipulação. Os fiéis de uma religião devem ter o poder de escolha entre permanecer ou não associados à instituição, pois caso queiram deixá-la e não possam, estarão afiliados por meio da força e não da fé. (2015, pg. 95).

Tendo isso em vista, podemos inferir que a liberdade religiosa, assegurada pelos Direitos Humanos, é um direito que deve ser universalizado, ou seja, deve ser disseminado e ratificado em todos os países de maneira integral e justa, sem nenhum tipo de preconceito ou intervenção.

3.2 Liberdade Religiosa na Coreia do Norte

O art. 18 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), no que tange à liberdade religiosa, estabelece:

Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e

a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

Nesse sentido, a liberdade religiosa inclui a liberdade de crença, a liberdade de possuir ou não uma religião, a liberdade de culto, as quais não podem sofrer ingerências estatais. O art. 18 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, assinado e ratificado pela Coreia do Norte em 1981, também reconhece essa dimensão de atuação negativa dos Estados e dos particulares em não se ingerirem na liberdade alheia, bem como o dever estatal de assegurar o exercício da liberdade religiosa.

Paralelamente, o Estado norte-coreano também possui um artigo em sua constituição destinado à liberdade religiosa, art. 68. Este consigna que o cidadão tem liberdade de crença religiosa e este direito lhe é garantido com a permissão para construir edifícios e celebrar cerimônias religiosas, mas não pode usá-lo para introduzir forças estrangeiras ou perturbar a ordem estatal e social do país.

Tendo-se estes pontos em vista, qualquer violação a essa liberdade, no país, permitiria o uso de sanções internacionais, por meio de organismos internacionais como a Organização das Nações Unidas (ONU), e internas, como a perda de legitimidade do violador do direito, mesmo sendo ele o Estado, que precisaria ser responsabilizado, de acordo com a atuação dos agentes públicos.

No entanto, mesmo a Coreia do Norte tendo aderido ao pacto internacional supracitado e o fato de estes acordos pressupõem vontade bilateral ou multilateral dos países signatários, bem como possuir disposições constitucionais, acima mencionadas, de liberdade religiosa, não os cumpre.

3.3 Relatório Anual da Comissão Internacional de Liberdade Religiosa dos Estados Unidos: causas e consequências da perseguição religiosa aos cristãos na Coreia do Norte e sanções possíveis

Segundo o Relatório Anual da Comissão Internacional de Liberdade Religiosa dos Estados Unidos de 2018, liberdade de religião ou crença não existe na Coreia do Norte. O regime norte-coreano trata a religião como uma ameaça, particularmente as religiões associadas ao Ocidente, como o

cristianismo, e é conhecido por prender, torturar, aprisionar e até executar crentes religiosos. Embora seja difícil obter informações sobre violações da liberdade religiosa que ocorrem em Coreia do Norte, contas de desertores e o trabalho de advocacia organizações não-governamentais revelam cada vez mais abusos do regime e reforçar a comunidade internacional de prestação de contas.

Entretanto, ao longo 2017, o governo norte-coreano perpetuou seu histórico de violações sistemáticas, contínuas e notórias liberdade de religião ou crença, e a USCIRF novamente descobre que Coreia do Norte, também conhecida como República Popular Democrática da Coréia (RPDC), merece a designação em 2018 como um “país de uma preocupação particular”, ou CPC, sob o International Religious Lei da Liberdade (IRFA). O Departamento de Estado dos EUA designou repetidamente a Coreia do Norte como CPC desde 2001, recentemente em dezembro de 2017.

Os cristãos que exercem secretamente sua religião, quando descobertos, são torturados, presos e executados. Os que não são executados são aprisionados nos campos de trabalho, sendo muito difícil conhecer seus nomes, porque o governo controla toda a política. Nem podem ter consigo, os cristãos, sequer um exemplar da Bíblia Sagrada ou possuir contato com sul-coreanos e missionários, pois serão, imediatamente, executados. Ainda, segundo o documento, os familiares, mesmo que não seguidores do cristianismo, são considerados culpados por associação, sofrendo das mesmas sanções que seus parentes religiosos.

O relatório também afirma que O atual líder norte-coreano Kim Jong-un herdou seu culto à personalidade de seu pai e avô, que criou uma ideologia de culto conhecida como Juche, que se traduz num estilo de governo comunista. Todos os cidadãos são obrigados a ser infalivelmente leais; como um resultado, deificar a família Kim e o estado tornou-se uma religião em si mesma.

Todos os grupos religiosos estão proibidos de realizar atividades religiosas, exceto através do punhado de casas de culto controladas pelo Estado, e mesmo estas atividades são rigidamente controlado, existem três igrejas protestantes, uma igreja católica: a Santíssima Trindade e Igreja Ortodoxa Russa. Existem também Igrejas subterrâneas na Coreia do Norte, mas é praticamente impossível confirmar informações sobre sua

localização e número de paroquianos. De acordo com Centro de Base de Dados para os Direitos Humanos da Coreia do Norte, indivíduos enfrentam perseguição por propagação de religião, possuindo artigos religiosos, realizando atividades religiosas (incluindo orando e cantando hinos), e tendo contato com pessoas religiosas. Por exemplo, em junho de 2017, autoridades prenderam o norte-coreano Kim Seung-mo e acusaram-no de espionando depois de saber que ele tinha entrado em contato com membros da família cristã e outros durante uma visita à China.

Segundo o Departamento de Estado, o regime norte-coreanos atualmente detém cerca de 80.000 a 120.000 indivíduos em campos de prisão política conhecidos como kwanliso, embora existam outros tipos de instalações onde as autoridades detêm indivíduos. Relatórios indicam que dezenas de milhares dos prisioneiros que enfrentam trabalho duro ou execução são cristãos de igrejas subterrâneas ou que praticam em segredo.

O regime norte-coreano denuncia o cristianismo e considera a maior ameaça entre as religiões; O regime associa o cristianismo ao Ocidente, particularmente aos Estados Unidos. Através de uma vigilância robusta, o regime tenta ativamente identificar e procurar cristãos praticando sua fé em segredo e aprisiona aqueles que apreende, muitas vezes junto com seus familiares mesmo que eles não sejam da mesma forma religiosos. Em maio de 2017, alguns Desertores cristãos informaram USCIRF sobre sua vida na Coreia do Norte. Um desertor explicou que só existe uma religião na Coreia do Norte: a adoração do líder Kim Jong-un. Ainda assim, o desertor descreveu o Evangelho como uma tábua de salvação para muitos cristãos norte-coreanos, especialmente ambiente em que eles, em suas palavras, “não têm direito de pensar” e são “forçados a viver de uma certa maneira”.

Em dezembro de 2017, o Comitê de Crimes de Guerra de a International Bar Association emitiu um relatório sobre crimes contra a humanidade na política da Coreia do Norte. O relatório observou que “os cristãos são fortemente perseguido e receber tratamento particularmente duro em campos de prisioneiros”; prisioneiros são “torturados e mortos em conta sua filiação religiosa” ou para participar nas reuniões cristãs, lendo a Bíblia, ou encontrando o cristianismo fora da Coreia do Norte; e “cristãos (ou aqueles suspeitos de serem Cristãos) são encarcerados em zonas específicas dentro do campo de prisioneiros em que os prisioneiros foram submetidos a privação mais severa”.

O que se percebe, na verdade, é que a ideologia pregada pelo líder norte-coreano não funciona como cultura, mas como uma perigosa arma de reprodução ideológica, nos termos expostos por Brockmann Machado (1980, p. 136), tendente a reprimir qualquer outra manifestação de pensamento ou religião contrárias. A ideologia também está simbolicamente expressa na constituição norte-coreana, o que demonstra a sua importância para manutenção do poder da família Kim.

Segundo pesquisador do Institute For Far Eastern Studies, o Dr. Dae-Kyu Yoon (2003), por estes motivos, a constituição e Estado da Coreia do Norte são representados por líderes carismáticos, cuja legitimidade é apoiada no culto ao líder, por meio da ideologia mencionada. Esta, esculpida no preâmbulo, impõe uma inquestionável lealdade dos súditos, homogeneidade política, filosófica, cultural, devido à sua reprodução ideológica (MACHADO, 1980, p. 136), que legitima um governo não respeitador dos direitos humanos. A ideologia, propagada por meio de livros, por meio do sistema educacional e por propaganda estatal e internacional, carece, assim, de legitimidade. A razão disto é que opera mediante aparente aceitação coletiva, mas em verdade, é apreendida mediante doutrinação social; age, tão somente, como imposição para manutenção do poder político da família Kim e, por isso, não deve ser considerada um fator cultural, mas como fator de poder.

Yoon (2003) afirma, nessa perspectiva, que a inserção de direitos fundamentais no corpo constitucional norte-coreano é muito suspeita, porque não há uma correspondência do direito escrito com o direito em ação, sendo a carta política uma mera declaração unilateral e formal, ou na formulação de Ferdinand Lassalle (2001), uma “folha de papel”, que não corresponde à constituição real e efetiva, esta perenemente influenciada pelos fatores reais de poder, dentre eles, na Coreia do Norte, a ideologia juche.

Todavia, não é apenas a ideologia referida a única causa da perseguição religiosa aos cristãos norte-coreanos; outras concausas se assomam a esse fator para, conjuntamente, mitigar a liberdade religiosa no país. Uma delas é o isolamento internacional do Estado, o que dificulta a entrada de estrangeiros e saída de norte-coreanos. Caso fosse permitida uma maior circulação de pessoas, no Estado, eventualmente seria reduzido o alto grau de homogeneidade ideológica, tendo em vista o afluente de indivíduos de outras culturas, bem como, de informações, para o mesmo território.

A ameaça nuclear é outra causa relevante. O país é reconhecido internacionalmente pelos sucessivos testes nucleares com bombas de hidrogênio, como forma de demonstração de poder e de angariar arrecadação de alimentos por outros países. O porquê de a Coreia do Norte usar os testes nucleares como coação internacional também para obter alimentos é que a maioria população passa fome devido à crise da economia do país. A economia norte-coreana se tornou obsoleta com o isolamento internacional, consubstanciado pelo modelo socialista vigente em tempos de Guerra Fria e, conseqüentemente, malsucedido. Assim, a produção alimentícia pela indústria ficou em segundo plano e a produção industrial bélica se tornou prioridade do governo, o que gerou uma alocação de recursos estatais muito concentrada no setor militar, em detrimento da primazia da produção de bens primários alimentícios.

Outra causa pertinente é o fato de a China, que mantém intensas relações comerciais com a Coreia do Norte, conforme o relatório acima, devolver forçosamente os norte-coreanos refugiados para o país de origem, descumprindo a “Convention Relating to the Status of Refugees”, de 1951, e outros protocolos internacionais. Essa causa é explicada, porque a China, enquanto potência econômica, quer evitar o prejuízo financeiro de um eventual fluxo migratório de refugiados vindos da Coreia.

Outra razão para perseguição religiosa, no Estado, é a limitação de acesso à internet e a incipiência dos sinais de rádio propagados pelo país. Apenas vinte e oito sites são liberados pelo governo e, mesmo assim, com uma série de restrições. Essa condição dificulta a interrupção do ciclo de reprodução ideológica e se agrava quando somada à monopolização de veiculação de comunicações por meio da mídia estatal, posto que o acesso à informação diversificada é uma das primeiras fontes de obtenção de pensamento crítico.

Nesse ínterim, a consequência dessa perseguição religiosa, a nível internacional, é o descrédito dos órgãos de proteção dos direitos humanos, como a Organização das Nações Unidas (ONU), que perdem sua credibilidade, inclusive para intervirem em outros conflitos, diante de sua função de dar efetividade às disposições da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A perpetuação da intolerância à crença cristã, a fragilização do teor normativo dos pactos internacionais sobre liberdade religiosa e o esvazia-

mento da pretensão inicial de universalidade desses direitos são reflexos da ausência de liberdade religiosa na Coreia do Norte. Há outro efeito paralelo dessa perseguição: o aumento do contingente de refugiados sem proteção, uma vez que a China não está cumprindo com o seu papel por motivos econômicos, mencionados anteriormente.

Nesse contexto problemático, as sanções aplicáveis podem ser de diferentes graus, cada uma com suas dificuldades. A sanção militar, por exemplo, apesar de ser uma saída imediata, por meio de uso da força e arsenal bélico, para coagir a uma mudança de postura do país, pode causar traumas piores à sociedade e mesmo ao mundo, visto o estoque nuclear da Coreia. Os embargos econômicos seriam outra saída, mas apenas dificultariam ainda mais a vida da parcela majoritária de pessoas pobres, que passam fome no país, aumentando o preço dos alimentos.

Por enquanto, o mais seguro é o investimento em relações diplomáticas, pesquisas internacionais sobre as causas da perseguição, bem como a profusão de meios de comunicação de internet e radiodifusão no país, com informações diferenciadas das, homoganeamente, apresentadas pelo governo como propaganda política da ideologia juche. Também é importante sancionar a China para cumprir pacto dos refugiados.

4- CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com os resultados da pesquisa, chega-se a conclusão que a perseguição aos cristãos na Coreia do Norte e conseqüente ataque à liberdade religiosa derivam de uma pluralidade de causas, a saber, da imposição da ideologia juche ; da falta de apoio da China em receber os refugiados norte-coreanos por motivos econômicos; do isolamento internacional do país; das ameaças nucleares; da falta de acesso aos meios de comunicação como internet, rádio e televisão pela população, dissociados da veiculação ideológica por parte do aparelho estatal, como comumente ocorre.

Como resultado dessa realidade, há o crescente descrédito de organismos internacionais de proteção dos direitos humanos, a ineficácia das sanções militares e dos embargos econômicos impostos, bem como a fragilização da pretensão de universalismo dos direitos humanos e a conseqüente fortificação dos estados nacionais.

Assim, conclui-se que o universalismo dos direitos humanos, atualmente, não tem o condão de ser absoluto ante à violação da liberdade religiosa na Coreia do Norte, porque, além de não ser adotado pelo país, no que tange à efetivação do direito, encontra barreiras no relativismo. A pretensão universalista necessita de vontade política e existência prévia de um Estado Democrático de Direito para seu cumprimento, o que não ocorre no Estado mencionado.

Não obstante de não haver universalismo da liberdade religiosa no Estado, também não há relativismo radical ou forte, mas, tão somente um relativismo fraco desse direito na Coreia do Norte. A explicação para tal é que a cultura, como paradigma do relativismo dos direitos humanos, no caso em análise, não é, respectivamente, a fonte ou causa principal da relatividade do referido direito no país. Fatores múltiplos, que não o cultural, a saber, os ideológicos – a ideologia juche – políticos e econômicos, são os que afetam a aplicabilidade dos tratados internacionais de direitos humanos e fomentam a perseguição aos cristãos na circunscrição mencionada.

REFERÊNCIAS

- CASADO FILHO, Napoleão. Direitos humanos e fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2012. COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010
- COREIA DO NORTE. Constituição da Coreia do Norte. Disponível em <<http://naenara.com.kp/sp/politics/>>. Acesso em: 19 mar. 2019
- FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Direitos humanos fundamentais. 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LASSALLE, Ferdinand. O que é uma Constituição? Tradução de Hilto-
mar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica, 2001.
- MACHADO, Mário Brockmann. Ideologia, Socialização Política e Do-
minação. Rio de Janeiro: Dados, 1980, p. 131-149.

MORAES, Alexandre de. In: ALMEIDA, Anderson Maia; SANTANA Anina Di Fernando; GAIA Nilvia Marília; BAKER Suelen Karine. Os direitos humanos sob a ótica do relativismo cultural: uma breve análise do infanticídio indígena no Brasil. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10376&revista_cadern> . Acesso em: 19 mar. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/img/2014/09/DUDH.pdf>> . Acesso em: 18 mar. 2019.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Justiça Internacional. 6^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2014.

UNITED STATES COMMISSION ON INTERNATIONAL RELIGIOUS FREEDOM. Annual Report of the U. S. Commission on International Religious Freedom, 2018. Disponível em: <https://www.uscirf.gov/sites/default/files/Tier1_NORTH%20KOREA.pdf> . Acesso em 19 mar. 2019.

YOON, Dae-Kyu. The Constitution of North Korea: Its Changes and Implications. Fordham International Law Journal, Estados Unidos, v. 27, n. 4. 2003.

O MASSACRE NO COMPLEXO PENITENCIARIO ANISIO JOBIM NO ESTADO DO AMAZONAS: UM NOVO CARANDIRU?

Everton da Silva Ferraz

Alichelly Carina Macedo Ventura

INTRODUÇÃO

O Brasil realizou a construção de sua política criminal baseado em um modelo político americano apelidado de “Guerra às Drogas”. A partir de 1994, tal política foi influenciadora para o início do encarceramento em massa naquele país, o que refletiu, no Brasil o advento da lei 11.343/06, que teve por inspiração a lei americana.

O Brasil incorporou políticas de combate às drogas, dando ênfase à punição e não ao tratamento. Deste modo o Brasil passou a ocupar o terceiro lugar no ranking de encarceramento mundial, ficando atrás apenas dos Estados Unidos e da China, conforme informações do Infopen 2016, publicado em 2017.

Outro ponto copiado dos vizinho norte americanos é a transferência da Administração de algumas unidades prisionais para o setor privado, como ocorreu na cidade de Manaus, Estado do Amazonas, no Complexo Prisional Anísio Jobim, que passou a ser administrado a partir do ano de 2014 pela empresa UMANIZZARE GESTÃO PRISIONAL E SERVIÇOS LTDA.

Tal empresa teve responsabilidade visível e imediata no Massacre ocorrido no Complexo prisional em Manaus, mas deve ser destacado que

se constitui em uma Parceria Público Privada (PPP), ou seja, a gestão do complexo penitenciário seria responsabilidade do Estado Brasileiro e de seus agentes perante a morte dos presos e sobre consequentes danos causados a seus familiares.

Indaga-se como o Brasil, sendo um país que ratificou tratados que versam sobre Direitos Humanos, como o a Convenção Americana de Direitos Humanos, não adotem, por meio de uma série de instrumentos internacionais, a devida proteção e promoção destes direitos a um público vulnerável e que diretamente é de responsabilidade deles. Ainda nesse sentido, diante da Declaração Universal de Direitos Humanos, que há 70 anos elevou os direitos humanos a um patamar superior, e da promulgação da Constituição Federal de 1988, que positivou grande parte destes direitos, sejam possíveis violações em massa de direitos básicos, como o direito à vida, integridade e segurança.

O país já havia recebido recomendações por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos que, em relatório, tratou do Caso Carandiru e apontou falhas a serem corrigidas e medidas a serem tomadas, pois foi detectado um descaso do país quanto a proteção e promoção dos direitos destes indivíduos.

Existe de fato a busca por parte do Estado Brasileiro na melhora das condições básicas de vida dos encarcerados? Em 2014, por meio de carta dirigida à então presidente Dilma Roussef e a entidades como o CNJ, os organizadores de uma das reuniões que promovem atualizações nas Regras Mínimas de Tratamento de Presos – Regras de Mandela, repudiaram o cancelamento de uma destas reuniões que seria realizada no Brasil. Enfatizaram que o país perdeu uma oportunidade única de discutir sobre os problemas carcerários perante especialistas internacionais.

Diante destes comportamentos, deve-se questionar qual a responsabilidade do Estado nas mortes ocorridas no Massacre do COMPAJ e qual é o posicionamento da sociedade diante da reparação de violações aos direitos dos encarcerados.

Transitando pela historicidade da responsabilidade, adentraremos na responsabilidade civil, com ênfase nas suas fases e teorias, bem como verificar a responsabilidade penal e Internacional perante as mortes de presos. Por fim realizar uma análise comparativa do ocorrido nos massacres do Carandiru e no COMPAJ, dois episódios que culminaram com inúmeras mortes de presos.

1. A RESPONSABILIDADE E O DEVER DE INDENIZAR NO TEMPO

A Vingança Privada seria o início, a raça humana começou suas relações sem o esteio de um mediadorou regras, a não ser as da própria natureza, suas divergências eram resolvidas entre os próprios envolvidos, o dano sofrido pelo ofendido era cobrado diretamente ao causador, não se analisava a culpa, o estado de selvageria não possuía formalidade.

Ao caminhar percorremos a era do Olho por olho, Dente por Dente que se iniciou com o advento do código de Talião, do latim talio, que seria a pena aplicada de forma “proporcional” ao dano causado, a vingança passa por uma análise já de cunho jurídico, havendo regras a serem cumpridas preestabelecidas e no caso de suas violações a devida pena. Procedimentos norteados pelo princípio do olho por olho, dente por dente.

Com a percepção de que a compensação econômica pode suprimir o dano causado, há o surgimento da Composição voluntaria, se cria então uma alternativa para sanar o prejuízo que difere do ato de causar o mesmo prejuízo ao ofensor.

A vingança, porém, gera a vingança, motivo pelo qual, ficando mais experimentado o homem, acabou por descobrir que seu sentimento de vingança às vezes também se aplaca pela compensação econômica, em substituição à dor, que, no período anterior, o agente deveria suportar pela produção do dano. (SILVA, 1974)

Prosseguindo, tem-se a composição obrigatória e Tarifaria da XII Tábuas, e os primeiros passos para o fim da vingança, dada as dificuldades encontradas nas composições voluntaria foi instituída a composição obrigatória e tarifada nas regras trazidas pelas XII Tábuas de Moises, que nos dizeres de Wilson Melo da Silva:

É quando, então, o ofensor paga um tanto ou quanto por membro roto, por morte de um homem livrou de um escravo, surgindo, em consequência, as mais esdrúxulas tarifações, antecedentes históricos das nossas tábuas de indenizações preestabelecidas por acidente do trabalho (SILVA, 1974).

Com advento do Direito Romano os delitos e ações privadas e públicas dão início a dicotomia da responsabilidade civil e penal, nascendo para o Estado a função de punir de maneira privativa, entende-se que seria

o fim da participação da vítima na punição do causador do dano e consequente na teoria o fim definitivo da vingança privada.

Por volta do século III a.C., surge a Lei Aquilia que deu início a ideia de culpa para a verificação do ilícito indenizável, a lei considerada a doutrina romana da responsabilidade civil extracontratual, foi pioneira e basilar para o desenvolvimento do instituto responsabilidade.

Na idade média durante os séculos V a XV, passaremos pelo direito Canônico que contribuiu com o próprio termo *reponsabilitas* (HIRO-NAKA, 2005). Termo este nunca antes fora empregado, trazendo a ideia de compensação e também de piedade.

Já na França do século XVII, influenciada por seus princípios de liberdade, igualdade e fraternidade em 21 de março de 1804, publicava-se seu Código Civil, que retoma o exame da culpa como requisito no ilícito que geraria dever de reparação.

1.1 Teorias da Responsabilidade

A teoria Clássica que tem por base a culpa, ou seja, a questão subjetiva do agente foi a primeira a ser desenvolvida, fez emergir a teoria da responsabilidade civil subjetiva. Contudo a comprovação da culpa subjetiva se mostrava muitas vezes intangível, da forma que a falta de meios de provar a culpa, por parte das vítimas, dificultava o recebimento, principalmente quando devida a compensação.

Quando os Estados se constituíram como Estados Sociais e em seguida, como Estados democráticos permitiram a tonificação da Teoria da Responsabilidade Civil Objetiva, uma vez que tais Estados, dentre os princípios que se fundamentam está o princípio da igualdade do ônus e encargos sociais. Desta forma assim como são divididos os benefícios proporcionados pelo Estado, deve se dividir os ônus de suas ações.

A teoria da Responsabilidade Objetiva se apresenta de duas formas: o risco integral, que além da exclusão do exame da culpa, descarta a relevância do nexo de causalidade entre a conduta administrativa e os danos causados ao particular e risco administrativo neste é possível a quebra do nexo de causalidade por culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou de força maior.

Tamanha foi a força da teoria da responsabilidade objetiva que, em doutrina, houve quem defendesse uma forma extremada dela, ao dizer que inadmissível a exclusão do nexo de causalidade entre a conduta administrativa e os danos experimentados pelo particular. É o que se chamou de teoria do risco integral, em contraposição à teoria dorisco administrativo, a qual prega, justamente, a quebra do nexo de causalidade pelas causas tradicionais – culpa exclusiva da vítima ou terceiro, caso fortuito e força maior – e é a mais ampla e comumente aceita no direito brasileiro (MEIRELLES, 2013).

1.2 A responsabilidade civil do Estado

O artigo 37, § 6º da Carta magna de 1988, preconiza que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Desta forma, independente de contrato a responsabilidade civil do Estado, no caso de danos causados por suas atividades administrativa a terceiros é assegurada, ressalvando as causas de culpa exclusiva da vítima e casos de força maior e caso fortuito, uma vez que no Brasil é adotada a teoria do risco administrativo.

A responsabilidade do Estado e das concessionárias de serviço público ainda pode ser solidaria e subsidiária nos casos em que houver danos causados pelas prestadoras de serviço público.

No Massacre do COMPAJ, se faz necessário delimitar as atribuições do Estado e da concessionária, para que sejam apuradas as devidas responsabilizações, todavia tudo indica que o controle do Complexo e das demais unidades prisionais do Amazonas pertencem a agentes do Estado, se observarmos as palavras do então Secretário de Segurança do Estado do Amazonas em entrevista a um portal de notícias do estado.

Nós não perdemos o controle do sistema prisional. O sistema prisional continua sob controle. O que aconteceu, aconteceu nos primeiros minutos de rebelião. Nós não teríamos, realmente, como evitar. Quando chegamos lá, as mortes já haviam ocorrido e só restava negociar. (<http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2017/01/estado-nao->

-perdeu-o-controle-das-cadeias-diz-secretario-apos-massacre.html
- dia 25/02/2019)

Destaque-se ainda que não estão presentes no massacre do COMPAJ as causas que excluiriam o nexo de causalidade entre as violações aos direitos da vítima e as ações e omissões da administração do Estado, destaca-se ainda que as mortes não foram resultantes de caso fortuito e de força maior, tão pouco por culpa exclusiva das vítimas, uma vez que na rebelião as mortes se deram por assassinatos brutais.

Posicionamento do STF No RE 841526:

Para o relator do recurso, ministro Luiz Fux, até mesmo em casos de suicídio de presos ocorre a responsabilidade civil do Estado. O ministro apontou a existência de diversos precedentes neste sentido no STF e explicou que, mesmo que o fato tenha ocorrido por omissão, não é possível exonerar a responsabilidade estatal, pois há casos em que a omissão é núcleo de delitos. O ministro destacou que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLIX, é claríssima em assegurar aos presos o respeito à integridade física e moral.

No caso dos autos, o ministro salientou que a sentença assenta não haver prova de suicídio e que este ponto foi confirmado pelo acórdão do TJ-RS. Segundo ele, em nenhum momento o estado foi capaz de comprovar a tese de que teria ocorrido suicídio ou qualquer outra causa que excluísse o nexo de causalidade entre a morte e a sua responsabilidade de custódia.

“Se o Estado tem o dever de custódia, tem também o dever de zelar pela integridade física do preso. Tanto no homicídio quanto no suicídio há responsabilidade civil do Estado”, concluiu o relator.

Ao final do julgamento, foi fixada a seguinte tese de repercussão geral: “Em caso de inobservância de seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte de detento”.

2.A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO BRASIL

A partir do momento em o indivíduo é preso provisoriamente ou para o cumprimento de sua pena, este é colocado sobre guarda, proteção

e vigilância das autoridades policiais ou agentes prisionais. Gera para o Estado o dever legal de adotar medidas que assegurem a integridade física e os demais direitos inerentes estes indivíduos, não só com base a legislação nacional como também nos diversos tratados ratificados pelo Brasil.

As Regras Mínimas para tratamento de reclusos, instituída no I Congresso das Nações Unidas para Prevenção do Crime e para o Tratamento de Delinquentes (1955, Genebra – Suíça) e suas atualizações são regras específica, contudo, os encarcerados também são abrangidos por diversos outros tratados que versão sobre direitos humanos, pelo simples fato de serem pessoas, seres humanos. Porém a função estatal de encarceramento é rodeada por discursos de ódio por parte da sociedade, nos quais levanta-se a bandeira que está minoria de indivíduos não merecem a devida tutela do Estado, tão pouco o olhar preocupado da sociedade frente aos delitos por eles cometidos, havendo uma tentativa de desconstruir a identidade do preso como ser humano detentor de direitos perante o Estado e a sociedade. Estes Direitos lhes são inerentes e fundamentais, já em 1948 com Declaração Universal de Direitos Humanos eram destacados a universalidade e generalidade do exercício destes direitos.

Artigo 2° Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania. (Assembleia Geral da ONU. (1948). “Declaração Universal dos Direitos Humanos” (217 [III] A). Paris).

Direitos básico como o direito a vida:

Artigo 3° Todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. Artigo 4° Ninguém será mantido em escravidão ou em servidão; a escravidão e o trato dos escravos, sob todas as

formas, são proibidos (Assembleia Geral da ONU. (1948). “Declaração Universal dos Direitos Humanos” (217 [III] A). Paris).

Bem como a proibição de penas ou tratamentos cruéis, conforme o artigo 5º, em que “ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes” (Assembleia Geral da ONU. (1948). “Declaração Universal dos Direitos Humanos” (217 [III] A). Paris)..

Todavia, no Brasil, ainda é possível ver situações desumanas, mesmo diante dos fatos recentes que chocarem o mundo e mancharam a imagem do Brasil, como foi o caso do massacre no COMPAJ, são habituais situações como a relatada abaixo:

A única porta da delegacia municipal de São Gabriel da Cachoeira (AM) que dá acesso à carceragem está destrancada. Tão pesada quanto o ferro que a compõe é o que ela esconde. Além das condições insalubres e da superlotação, homens, mulheres e adolescentes, a maioria indígena, dividem o mesmo teto. “Nenhum direito nesta prisão é respeitado”, diz o delegado Rafael Wagner Soares, 36, responsável pelo local. <https://carceraria.org.br/combate-e-prevencao-a-tortura/mulheres-adolescentes-e-homens-dividem-delegacia-no-amazonas> (Acesso em 02/03/2019).

O Sistema Interamericano de Direito Humanos, composto pela Comissão Americana de Direitos Humanos (CIDH) e da Corte Americana de Direitos Humanos (Corte IDH), já se posicionou sobre as violações aos direitos dos encarcerados ocorridas no Brasil.

Nomassacre do Carandiru resultou nas recomendações produzidas no Relatório 64/00 da Comissão. O caso não pode prosseguir para um eventual julgamento da CorteIDH por impedimento da reserva estabelecida pelo país ao reconhecer sua competência.

A Comissão estava impedida de remeter o caso para a Corte Interamericana de Direitos Humanos em virtude da cláusula de reserva imposta em 1998, quando o Brasil reconheceu a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos. De acordo com a cláusula de reserva, apenas fatos posteriores a 1998 poderiam ser levados ao

conhecimento da Corte. Em função disso, as violações anteriores poderiam tramitar no Sistema Interamericano até a emissão do relatório de mérito da Comissão, como ocorreu no Caso Carandiru. (MARTA et alii, 2015)

No caso do COMPAJ na cidade de Manaus, é possível que as violações tomem pauta na Corte Internacional de Direitos Humanos, desde esgotadas as vias internas ou que o Estado Brasileiro não ofereça meios, em tempo hábil, para as soluções cabíveis em respostas as violações ocorridas e haja o peticionamento perante a Comissão.

2.1 Da responsabilidade penal: Os agentes do Estado que violam os direitos dos presos, em específico o direito à vida

O Código Penal Brasileiro e o Código Penal Militar Brasileiro trazem em seus art. 13 e 29, respectivamente a relação de causalidade, onde resultado de que depende a existência do crime somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Desta forma os agentes públicos respondem por suas ações e omissões nos termos da lei.

Nos homicídios cometidos por policias militares dentro das unidades prisionais são puníveis na forma do art.121 e suas formas qualificadas ou culposas do CPB.

Com a publicação da lei 9.299/96, promulgada em 6 de agosto de 1996, os processos relativos a homicídios dolosos cometidos por policiais militares deixariam de ser considerados pela Justiça Militar e passariam à jurisdição da Justiça Criminal Ordinária. A lei é conhecida como “Lei Bicudo”.

A competência do Julgamento dos crimes dolosos contra vida cometidos por policiais militares ainda é do Tribunal do Júri, uma vez que os mesmos integram as forças auxiliares sendo subordinados aos governos dos Estados, do Distrito Federal e Territórios.

Nos casos em que crimes cometidos por militares das forças armadas no exercício de sua função será de competência da justiça militar, nos termos do art. 9º do CPM, alterado pela Lei 13.491/17:

Art.9. (...) Crimes dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto: *I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa; II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais: a) Lei nº. 7.565, de 19 de dezembro de 1986 – Código Brasileiro de Aeronáutica; b) Lei Complementar no 97, de 9 de junho de 1999; c) Decreto-Lei nº. 1.002, de 21 de outubro de 1969 – Código de Processo Penal Militar; e d) Lei nº. 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral.*

Nos homicídios culposos, aqueles que as mortes decorrem de negligência, imprudência ou imperícia, a exemplo quando um agente do Estado se omite a tomar as devidas providencias negligenciando medidas que assegurem a manutenção da vida e integridade dos presos. Quando cometidos por militares federais CÓDIGO PENAL MILITAR – Decreto-lei 1001, destacamos o art.206 e seus parágrafos.

Homicídio culposo – Art. 206. Se o homicídio é culposo: Pena - detenção, de um a quatro anos § 1º A pena pode ser agravada se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima. Multiplicidade de vítimas: § 2º Se, em consequência de uma só ação ou omissão culposa, ocorre morte de mais de uma pessoa ou também lesões corporais em outras pessoas, a pena é aumentada de um sexto até metade Quando cometidos por Civil, teremos o homicídio culposo nos termos do art.121 § 3 do Código Penal Brasileiro, possível tipificação no caso de omissões por parte de agentes públicos responsáveis diretamente pela segurança dos presos como é o caso dos Diretores de penitencias e centros prisionais, agentes penitenciários, dentre outros, quando há a negligencia, imprudência ou imperícia nas ações destes agentes.

3. ANÁLISE DA RELAÇÃO ENTRE O MASSACRE DO CARANDIRU E O MASSACRE DO COMPAJ

Em ambos os casos houveram perdas de vidas humanas bem como evidentes violações aos direitos humanos por parte de agentes públicos.

3.1 Massacre do Carandiru

Segundo relatório da Comissão Interamericana de direitos Humanos houve a execução dos presos por parte diretamente dos agentes do Estado:

Está cabalmente provado que 111 reclusos foram mortos e cerca de 35 foram feridos em consequência da ação policial. Depreende-se também da petição não contestada pelo Estado, assim como das investigações levadas a efeito pela Assembleia Legislativa e por peritos independentes, que muitas das vítimas foram abatidas quando se encontravam indefesas. O próprio Governador Fleury declarou que, pelo fato de alguns detidos terem atacado a polícia e especialmente depois que o Comandante Guimarães fora ferido em consequência da explosão de um tubo de televisão, as forças encarregadas de sufocar o levante ficaram fora de controle e teve início o extermínio generalizado tanto dos possíveis líderes ou participantes da revolta como dos que haviam, por sua vez, testemunhado o morticínio indiscriminado. Também se infere do relatório da perícia que os disparos contra as celas haviam partido da polícia, estavam direcionados num único sentido e se situavam a 50 centímetros do chão, indicando que os detentos vitimados se encontravam de joelhos. Infere-se ainda dessas investigações e das declarações de testemunhas sobreviventes que muitos dos mortos foram abatidos quando já se haviam rendido, tinham os braços erguidos e estavam em geral nus. Essas violações dos direitos à vida e à integridade física foram agravadas em sua natureza pela selvageria dos métodos de repressão empregados contra os amotinados já rendidos, pela execução de presos que haviam sido forçados a participar da remoção ilícita de cadáveres, pela agressão contra sobreviventes e pelos golpes aplicados nos ferimentos de sobreviventes, pela demora no socorro médico e pelo assassinato de feridos enquanto eram transportados para os hospitais. Na trágica história de massacres de que a Comissão tem memória, raros são os casos de atos de selvageria e brutalidade comparáveis aos praticados naquela tarde em

Carandiru. (Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Caso Carandiru Brasil - RELATORIO Nº 34/00 13 de abril 2000).

Destaca-se que o que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos no caso Carandiru salientou que um estudo realizado em 1988 sobre rebeliões em São Paulo comprovou que, de onze revoltas ocorridas entre setembro de 1986 e abril de 1988, não houve mortos nas seis em que se utilizou a estratégia de negociação, ao passo que houve 47 mortos (detentos e policiais) nas revoltas em que se usou a repressão violenta.

3.2 No COMPAJ

Formada uma espécie de força tarefa de negociação composta pelo o Juiz da Vara de Execuções penais, que liderou as negociações, o secretário de segurança do Estado, o Presidente da Comissão de Humanos da Seccional da Ordem dos Advogados do Amazonas, dentre outros. Estabeleceram comunicação direta com os rebelados que informarão suas reivindicações, dentre elas que a polícia não batesse neles, que mantivessem a rotina do presídio, não haver transferências para a penitenciária federal e a tropa de choque não entrar, como aconteceu no Carandiru. Em contrapartida foi solicitado pelos negociadores a liberação de 3 dos 10 reféns que se encontravam em posse dos presos. Solicitação está atendida.

Ao final de 17 horas de rebelião os presos liberam os demais reféns e entregaram as armas (ao total de 17 armas), a partir deste momento as autoridades presentes puderam ter a visão da magnitude do episódio, 56 detentos mortos de forma brutais, contudo não houve atuação direta de policiais na execução dos presos, estes foram vitimados pelos próprios companheiros de cárceres que integravam outra organização criminosa, todavia foram denunciados pelo Ministério Público do Estado do Amazonas os Gestores do Sistema Prisional e outras autoridades, uma vez que segundo testemunhas e parentes de presos mortos, o massacre havia sido anunciado por muitos.

A rebelião ocorrida no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (Compaj), em Manaus — onde 56 presos foram mortos durante uma briga entre facções criminosas —, parece ter gerado a mesma sensação em todos: trata-se de uma tragédia anunciada. Notícia a imprensa que as péssimas condições em que os presos eram mantidos no Compaj já haviam sido ob-

jeto de alerta desde muito antes da rebelião, bem como a circunstância de que as autoridades não tinham o menor controle sobre o que se passava ali dentro. (Laurita Vaz Ministra Presidente do Superior Tribunal de Justiça - <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/compaj-uma-tragedia-anunciada/> - acesso dia 15/03/2019).

3.3 O Estado perante as famílias das vítimas

A violação ao direito a vida não atinge apenas as vítimas que perderam suas vidas, há o reflexo sobre seus familiares, a ausência daquele ente que os deixa de forma muitas vezes brutais e violenta, durante as rebeliões é possível observar que estas pessoas, parentes dos presos, são igualmente marginalizadas pelo Estado, tanto no que tange as devidas informações sobre o preso, quanto em decorrência de violações sua devida reparação.

Em caso de morte de um preso, o diretor da unidade prisional deve informar, imediatamente, o parente mais próximo ou contato de emergência do preso. Os indivíduos designados pelo preso para receberem as informações sobre sua saúde devem ser notificados pelo diretor em caso de doença grave, ferimento ou transferência para uma instituição médica. A solicitação explícita de um preso, de que seu cônjuge ou parente mais próximo não seja informado em caso de doença ou ferimento, deve ser respeitada (Regras de Madela - Regra 69).

a) No Carandiru

Mesmo tendo conhecimento dos mortos no dia seguinte ao massacre, somente em 4 de outubro foi publicada uma lista dos 111 mortos, que foi afixada à porta da prisão. Não houve informação formal a cada família, nem foi indicado aos familiares os necrotérios a que foram enviados os corpos, com o que tiveram de percorrer vários necrotérios para encontrar o cadáver do parente morto. O relatório da comissão informa que houveram vários erros na lista oficial e três detentos dados por mortos apareceram vivos. Até o dia 6 de outubro não havia informação oficial sobre os sobreviventes e, embora houvesse um registro central de detentos, só no dia 8 foi expedida informação oficial sobre os mortos e sobreviventes. Em 3 e 5 de outubro, policiais não identificados agrediram a golpes a multidão de familiares que esperavam à porta da prisão e contra eles lançaram seus cães.

b) No COMPAJ

No aguardo por notícias os parentes dos presos aguardavam do lado de fora durante toda a rebelião, segundo notícias dos jornais locais muitos passaram fome para de alguma forma garantir a integridade de seus parentes presos dentro do complexo penitenciário.

Para muitos, a luta é para garantir que seus entes presos continuem vivos. Muitos relataram que entregaram cartas à diretoria da prisão denunciando ameaças recebidas por internos e que contraíram dívidas com advogados na tentativa de tirá-los de lá. Em uma demonstração de desespero, famílias de presos na cadeia pública passam o dia na calçada pedindo ajuda para todas as pessoas que entram no local. A intenção delas é mostrar que detentos estão sendo ameaçados no local e precisam ser transferidos para não morrer. ([Http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2017/01/luta-de-familias-para-salvar-presos-que-sabiam-que-ia-morrer.html](http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2017/01/luta-de-familias-para-salvar-presos-que-sabiam-que-ia-morrer.html) - acesso dia 14/03/2019)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de em regra não termos em nosso ordenamento jurídico a pena de morte, esta sentença de morte é comum no seio social, a ineficácia do sistema prisional quanto a sua ressocialização, transmite a sociedade um sentimento de anomia, gerando patologias sociais que dentre suas características destacamos a banalização do mal e a conseqüente falta de empatia com a vida das pessoas que estão encarceradas.

É possível observar esta manifestação de apoio a violência praticadas contra os presos na parcela da população que elegeu o Coronel Ubiratan para deputado estadual no estado de São Paulo, o mesmo comandante responsável pela operação que resultou no massacre do Carandiru, ele foi um, dentre outros que fizeram referência ao número de mortos em sua numeração eleitoral.

Sim, este discurso de violação aos direitos, em principal ao direito a vida das pessoas encarceradas foi e é utilizado com sucesso por políticos intitulados conservadores, se tornou compensador politicamente, uma vez que parcela da população que busca soluções rápidas e até miraculosas para a questão da segurança pública, mas também influenciada por raízes racistas e xenofóbicas tornam possível a eleição de diversos políticos com

nenhum ou pouco preparo para a vida pública, mas com muita disposição a disseminação de ódio.

No pleito eleitoral de 1994, o Comandante Lopes eleito deputado estadual pelo PPR, com 66.772 votos é outro exemplo, seu número de candidato, 11.138, era uma combinação do número oficial de mortos no Massacre do Carandiru com o Calibre de um revolver.

Em um país onde agentes do Estado após cometerem tais violações recebem apoio por parcela tão expressiva há de rever seu papel na promoção dos Direitos Humanos, o Brasil desenvolve diversas culturas e políticas que pelo mundo se vê um caminho inverso.

Esta busca por uma solução para a questão da violência/criminalidade vinda a sociedade brasileira para os reais problemas estruturais do país, como acesso à educação da população marginalizada, políticas públicas voltadas a ressocialização daqueles que já se encontram presos, uma vez que muitos nunca sequer foram socializados, desviando recursos para políticas de segurança e de encarceramento. Desprezando ainda os excessos cometidos pelo Estado perante essa população marginalizada.

REFERÊNCIAS

- Assembleia Geral da ONU. “Declaração Universal dos Direitos Humanos”. 217 (III) A. Paris,1948. https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf (acesso 29 de março de 2019).
- Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Caso Carandiru Brasil – RELATORIO Nº34/00 13 de abril 2000.
- Conselho Nacional de Justiça - 1. Tratados Internacionais de Direitos Humanos. 2. Organização das Nações Unidas. 3. Regras para tratamento de pessoas presas. I. Título: Regras de Mandela: Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos II. Série: Tratados Internacionais de Direitos Humanos – 1. Ed – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.
- UNODC. Manual de diretrizes de prevenção a criminalidade – Aplicação Prática. Nova Iorque, 2010. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UNODC_CrimePreventGuidelines_POR_LR.pdf> .(Acesso em: 30/01/2019).

JACINTO, Lucas. Estudo da Esalq constata que educação promove redução na criminalidade. Disponível em: <<https://www5.usp.br/27142/pesquisa-da-esalq-constata-que-educacao-promove-reducao-na-criminalidade/>>(Acesso em: 15/01/2019)

Carandiru não é coisa do passado [recurso eletrônico] : um balanço sobre os processos, as instituições e as narrativas 23 anos após o massacre / coordenadoras: Maíra Rocha Machado, Marta Rodriguez de Assis Machado. – São Paulo : FGV Direito SP, 2015.

SILVA, Wilson Melo da. Responsabilidade sem culpa.

GONÇALVES, Carlos Roberto, *Responsabilidade civil*.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. p. 649-650.

HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. Responsabilidade pressuposta. São Paulo: Del Rey, 2005.

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=5312452&ext=.pdf> (Acesso 02/02/2019)

SOUZA, Felipe. A luta de famílias para salvar presos que sabiam que iam morrer <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-38607506>> (Acesso em: 22/01/2019).

<https://www.conjur.com.br/2017-jan-05/laurita-vaz-massacre-manaus-tragedia-anunciada> (Acesso em 22/02/2019).

<http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2017/01/estado-nao-perdeu-o-controle-das-cadeias-diz-secretario-apos-massacre.html> (Acesso em 25/02/2019).

<http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2017/01/luta-de-familias-para-salvar-presos-que-sabiam-que-ia-morrer.html> (acesso dia 14/03/2019).

<https://carceraria.org.br/combate-e-prevencao-a-tortura/mulheres-adolescentes-e-homens-dividem-delegacia-no-amazonas> (Acesso em 02/03/2019).

CUMPLICIDADE ECONÔMICA E A DITADURA MILITAR NO BRASIL: A APURAÇÃO DOS FATOS PELA COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ACTIO NATA PARA RESPONSABILIZAÇÃO DAS EMPRESAS CÚMPLICES.

Gierck Guimarães Medeiros

INTRODUÇÃO

A Justiça de Transição traduz a necessidade de implementação de um conjunto de medidas a serem adotadas após a ocorrência de um período de graves violações aos direitos humanos, havidas num contexto de guerras civis ou de regimes autoritários.

Tais medidas foram propostas por M. Cherif BASSIOUNI, que as intitulou de “Princípios de Chicago”. Estes (sete ao todo) são verdadeiras proposições penais e não penais, a serem adotadas, com vistas ao restabelecimento do Estado de Direito nessa fase transicional (JAPIASSÚ; MIGUENS, 2013, 22-43)

O presente artigo tratará precisamente do 3º Princípio de Chicago (reparação de danos), e mais especificamente do tema “cumplicidade econômica” praticada por empresas apoiadoras de graves violações de direitos humanos.

A delimitação espaço-temporal de análise da ocorrência da apontada cumplicidade econômica, para os fins do presente trabalho se refere àquela havida no período da ditadura militar instalada no Brasil a partir de 1964.

E, apesar de configurar uma conduta reprovável sob o ponto de vista moral e até mesmo jurídico, o direito internacional de direitos humanos e o direito interno não têm apresentado respostas satisfatórias à necessidade de responsabilização cível destas empresas apoiadoras das atrocidades perpetradas no regime ditatorial.

Basicamente, tem-se verificado a existência de dois fundamentos jurídicos para a manutenção dessa situação de completa irresponsabilização dos cúmplices: i) a alegação de superveniência de prescrição; ii) a inexistência de previsão legal de responsabilidade civil objetiva destes.

No entanto, é de se registrar que, com a apuração, pela Comissão Nacional da Verdade, dos atos de cumplicidade, bem como a individualização das condutas e do grau de consciência e de envolvimento dos cúmplices econômicos para com o regime ditatorial, muito contribuiu para a transposição dos óbices jurídicos acima elencados (prescrição e responsabilidade civil objetiva).

Nessa medida, o presente trabalho se propõe a apresentar uma proposta de solução à questão que ora se coloca, de maneira a tornar juridicamente possível a pretendida responsabilização cível dos cúmplices econômicos em favor dos oprimidos (ou de seus familiares) ou em favor da própria União, via ação regressiva, em razão de esta já ter arcado com o pagamento de indenizações em sede administrativas a inúmeras vítimas do regime de exceção (ou a seus parentes).

1. JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E FORMAS DE REPARAÇÃO DE DANOS ÀS VÍTIMAS

Não raras vezes na história dos países que sofreram com um passado recente de vigência de regimes autoritários, tem-se verificado a participação de grandes corporações que colaboram com estes regimes e empreendem negócios nas regiões em que se instaurou o conflito. Em tais localidades onde a estrutura estatal é autoritária, as empresas acabam por lucrar fortemente com as operações violentas perpetradas por agentes do estado ou até mesmo por agentes paramilitares.

Tal apoio pode se dar de inúmeras formas, como por exemplo: i) pagamentos às forças policiais; ii) fornecimento de tecnologia utilizada para vigiar os defensores dos direitos humanos instalados na região de conflito; iii) fornecimento de insumos (veículos, alimentação, produtos químicos utilizados em câmaras de gás) utilizados na prática de atos violadores de direitos humanos (KALECK, 2014, 22).

E, constatadas tais agressões, tem-se que várias são as formas de reparação de danos às vítimas (ou a seus parentes vivos). São exemplos disso a indenização em dinheiro, o retorno ao cargo público do qual foi destituído ou sua aposentação e o pagamento dos proventos correspondentes (ou pensão aos beneficiários previdenciários, se a vítima já houver falecido) etc. Há também outras formas de reparação de cunho não pecuniário, que são afetos ao direito à memória, em homenagem às vítimas, como forma de registro histórico das perpetrações havidas no período.

Contudo, para de melhor delimitação do tema, levar-se-á em consideração apenas a figura da reparação pecuniária (indenização) decorrente de condenação judicial das empresas que prestaram conscientemente algum tipo de suporte material (financeiros, veículos, insumos etc.) ao regime de opressão, e tudo isso diante da necessidade de um melhor recorte temático.

É bem verdade, ainda, que existe discussão acerca da possibilidade jurídica de responsabilização penal dessas corporações (MICHALOWSKI, 2014, 36), no que respeita às arbitrariedades cometidas. Outrossim, há quem entenda que a responsabilização penal dos agentes perpetradores do dano e, por via reflexa, das empresas cúmplices não se afigura medida vantajosa (KALECK, 2014, 22).

Independentemente disso, em razão de a responsabilização (criminal) residir fora dos limites ora propostos, não se aprofundará na análise da vantajosidade ou não da responsabilização criminal das empresas cúmplices.

Feita esta breve observação, de se consignar que a empreitada que ora se abraça centra-se única e tão somente no direito à reparação cível das vítimas e/ou de seus familiares, em face de entes corporativos que prestaram suporte à ultimate violação de violações aos direitos humanos. Trata-se, em alguma medida, de uma responsabilização civil de natureza reflexa, não em razão das violações efetivamente perpetradas, mas, sim, em razão do

suporte material prestado ao cometimento de tais violações. Em suma, significa examinar a viabilidade jurídica de se impor a estas sociedades empresárias a obrigação de reparar os oprimidos pelas atrocidades cometidas no curso do regime de exceção.

Nesse sentido, a autora MICHALOWSKI (2014) aponta para a necessidade de se discutir essa responsabilidade corporativa de forma conjugada, ou seja, não apenas sob a ótica da legislação interna dos países em que ocorreram, mas também sob uma perspectiva de justiça transicional, porque “os mecanismos da justiça de transição revelam oportunidades cruciais para abordar as especificidades da responsabilidade empresarial dentro do contexto transicional, em especial ao permitir conceitos mais amplos de responsabilidade” (MICHALOWSKI, 2014, 36).

Ainda, entende a autora que a utilização complementar das ferramentas de responsabilização empresarial constantes na legislação interna dos Estados Nacionais com aquelas transicionais disponíveis no âmbito dos direitos internacionais de direitos humanos. (BOHOSLAVSKY; TORRELLY, 2014, 37).

Assim, seria possível atingir os objetivos de reparação cível decorrente da cumplicidade de empresas com os regimes autoritários por inúmeros meios, a partir do estabelecimento de fatos relevantes em um contexto de Comissão da Verdade.

Acaso reste esta (a cumplicidade) demonstrada, uma possibilidade de reparação seria a condenação destas a arcar com indenizações financeiras e até mesmo não financeiras. Dentre estas, PALMA, (2014, 172-173) aborda as diversas formas e gradação da reparação às vítimas pelas empresas em cumplicidade com o regime de exceção (p. ex. ofertas de trabalho, assistência médica, ou construção de memoriais em homenagem às vítimas).

Portanto, a despeito de se imaginar apenas a indenização pecuniária das vítimas ou de seus familiares, verifica-se a existência de inúmeras outras formas de restauração/reparação, valendo como exemplo as possibilidades acima propostas. No entanto, de se admitir que, no caso brasileiro, a medida de reparação prevalecente tem sido a indenização em pecúnia das vítimas ou de seus parentes.

2. EXEMPLOS DE CUMPLICIDADE ECONÔMICA NO CENÁRIO INTERNACIONAL

Vários são os exemplos de prestação de suporte material levado a efeito por corporações aos regimes de exceção em diversos países, que culminaram com o cometimento de graves violações aos direitos humanos. À guisa de ilustração, convém trazer à colação os casos ocorridos na República do Congo; na África do Sul; na Argentina; na Nigéria; e na Alemanha do período nazista.

2.1. O caso da empresa Danzer na República do Congo

Segundo KALECK (2014, 23), dirigentes de uma subsidiária da empresa teuto-suíça (Danzer) prestaram efetivo auxílio em uma operação da polícia, em face da população de uma vila na República do Congo no período de regime ditatorial. Tal suporte se deu por meio do fornecimento de carros e combustível aos agentes, bem assim a remuneração dos policiais ao término da operação. Dentre outras atrocidades, as forças de segurança do Congo cometeram estupros e a prática de outros abusos contra mais de 20 habitantes da comunidade.

Em decorrência disso, recaiu sobre um alto executivo do Danzer Group a acusação de ter falhado em coibir que os dirigentes da subsidiária no Congo prestassem efetivo apoio às forças policiais na operação.

2.2. O caso das Instituições Financeiras na África do Sul e o apartheid

No tocante à África do Sul, SOARES e FECHER (2014, 414) apontam para o caso de inúmeras instituições financeiras haverem aportados pesadamente recursos com vistas ao financiamento do regime apartheid.

Em razão disso, grupos de vítimas representaram judicialmente essas corporações nos Estados Unidos, invocando o Alien Tort Claims Act - ou Alien Tort Statute¹⁴⁸, alegando a existência de cumplicidade econômica

148 Segundo as autoras, o *Alien Tort Claims Act* (ou *Alien Tort Statute*) se trata de uma lei que concede aos tribunais estadunidenses jurisdição para julgar ações promovidas por estrangeiros contra abusos dos direitos humanos cometidos fora dos Estados Unidos.

destas para com o regime de opressão. Segundo a representação, esta se dera por meio de financiamento em larga escala, viabilizando a manutenção do regime e o controle pelo regime autoritário.

O fato curioso em relação a este caso tem a ver com o seu desfecho. Isso porque o tribunal competente houve por julgar improcedente o pedido das vítimas, ao argumento de que, na espécie, o dinheiro objeto de financiamento para o cometimento de atrocidades pelo regime de exceção seria um “agente neutro” e que, portanto, não poderia ser considerado como instrumento catalisador para a prática de violações aos direitos humanos.

Segundo o tribunal, não haveria uma relação causal definida entre o dinheiro objeto de financiamento e os abusos perpetrados.

Contudo, essa parece ter sido uma solução pautada, não por um juízo de coerência, mas sim por um juízo de conveniência. Isso porque, em relação ao financiamento de atividades terroristas em solo norteamericano, o entendimento adotado seguiu em sentido diametralmente oposto, ou seja, pela responsabilização dos cúmplices econômicos (MICHALOWSKI, 2014, 38).

2.3. A responsabilização dos cúmplices econômicos e a experiência da Argentina

Em relação às atrocidades cometidas no período de ditadura militar (1976-1983) argentina, BOHOSLAVSKY e TORELLY (2014, 215) apontam para um desdobramento paradigmático, eis que as providências adotadas no sentido de responsabilização dos cúmplices econômicos indicam um desfecho exitoso.

Com efeito, há suspeita de inúmeros casos de cooperação de empresas argentinas com o regime, inclusive, relacionados ao desaparecimento de empregados das empresas cúmplices (ao que tudo indica, muitas vezes a pedido dos próprios dirigentes). Em razão de tais violações, atualmente recaem sobre tais corporações uma série de investigações na esfera administrativa, cível e penal.

Além desta, há notícia de uma série de outras medidas em relação à responsabilização das corporações colaboradores do regime ditatorial naquele País.

Com efeito, há notícia de que a Justiça Trabalhista argentina houve por bem decidir pela imprescritibilidade da reclamação trabalhista inde-

nizatória em face das empresas cúmplices nos casos de desaparecimento forçado de trabalhadores nas dependências das corporações rés.

Outro fato curioso tem a ver com o manejo de ações cíveis pelas vítimas em face dos bancos que financiaram o regime de opressão, que para além da indenização, requereram acesso a documentos que fariam prova dos detalhes de toda a trama financeira que prestou suporte às atrocidades perpetradas no período – caso Ibañez Manuel Leandor y otros – (MI-CHALOWSKI, 2014, 28).

De outro lado, a doutrina relata que promotores de justiça do Ministério Público argentino solicitaram autorização para investigar os proprietários de veículos de comunicação, bem como jornalistas que, coniventes com o regime de opressão, levaram a efeito campanhas com o claro intuito de manipular as informações a ele referentes.

Para além disso, constata-se uma vitória expressiva da legislação argentina, no que respeita à temática de responsabilização das corporações cúmplices com a ditadura. Nos idos de 2014, o Congresso Nacional daquele país aprovou um novo Código Civil que contempla expressa vedação à incidência da prescrição ou de cláusulas restritivas de responsabilidades, inclusive, dos cúmplices econômicos em ações cíveis relativas a crimes contra a humanidade.

2.4. A Comissão Nacional da Verdade no caso Nigeriano

Também vítima de um regime opressor por mais de três décadas (1966-1999) a Nigéria é um caso em que a instalação de uma Comissão da Verdade (HRVIC) não se mostrou uma experiência exitosa (PALMA, 2014, 172-201).

Apesar de ter surgido com o propósito de reparar danos às vítimas, punir os agressores e realizar um “acerto de contas com o passado”, a Comissão da Verdade Nigeriana acabou não tendo seu relatório final sido reconhecido e oficialmente publicado pelo próprio governo que a havia instaurado, em razão de algumas peculiaridades do caso.

O mote para o não reconhecimento e a não publicação oficial do relatório final da Comissão foi uma decisão da Suprema Corte nigeriana, que o julgou parcialmente inconstitucional, relativamente a um determinado período do regime. Diante de tal fato, o governo achou por bem não

reconhecer a integralidade do relatório e, por conseguinte, não promover sua publicação oficial.

Uma das principais razões do “fracasso” da Comissão da Verdade nigeriana teria se dado em razão da tentativa desta de ir além da apuração dos fatos ocorridos no período de exceção, para também imputar responsabilidade criminal à cúpula dos agentes do regime.

Ocorre que muitos dos agentes que estavam sendo investigados ainda ocupavam cargos relevantes no governo pós-ditadura (inclusive o próprio Presidente). Inegavelmente, tal fato culminou por impedir a livre apuração dos fatos. Além disso, houve relatos de coação de vítimas, seus parentes e testemunhas.

Não obstante isso, medidas judiciais em favor das vítimas foram adotadas na Justiça dos Estados Unidos, invocando o Alien Tort Claims Act, em face da empresa Shell, que foi acusada de ser cúmplice econômica do regime opressor daquele país (SOARES; FECHER, 2014, 414).

2.5. O caso da condenação do grupo IG Farben por sua cooperação com o regime nazista

São dois os episódios envolvendo cumplicidade econômica pelo grupo IG Farben, que fornecia aeronaves, bombas incendiárias, granadas de mão, metralhadores, gasolina, borracha sintética, metano, óleos lubrificantes, gases tóxicos, papel fotográfico e outros produtos ao regime nazista (SOARES; FECHER, 2014, 415).

O primeiro deles tem a ver com exploração da força de trabalho dos detidos nos campos de concentração e extermínio Auschwitz como mão-de-obra escrava (aproximadamente 83.000 trabalhadores).

Já o segundo tem a ver com o fornecimento ao regime nazista de pesticida Zyklon B, utilizado nas câmaras de gás dos campos de concentração nazistas.

No tocante à primeira acusação, esta teve início com o processo movido pelo judeu Auschwitz Norbert Wollheim, em 1951, no Tribunal Regional de Frankfurt, em que pleiteava indenização de dez mil marcos alemães, como ressarcimento pelo trabalho sem remuneração e sob risco de vida no campo de extermínio.

Wollheim saiu vitorioso no julgamento de primeira instância, tendo o grupo IG Farben recorrido da sentença, por receio da onda de inúmeros

outros idênticos processos que daí poderiam surgir. Após a interferência da Conference of Jewish Claims against Germany, o grupo fechou um acordo extrajudicial em que teve de pagar trinta milhões de marcos à Claims Conference, ficando esta encarregada de partilhar o montante entre os perseguidos e vítimas do regime opressor.

No tocante à segunda acusação (fornecimento de pesticida para utilização nas câmaras de gás), dentre os vinte e quatro diretores da IG Farben acusados nos Julgamentos de Nuremberg, treze foram condenados à prisão, por terem aceitado continuar vendendo o pesticida ao governo nazista, mesmo após ter elementos bastantes para inferir que este era utilizado como gás letal contra o povo judeu nos campos de concentração. A defesa da empresa sustentou-se no argumento de que o pesticida se tratava de um produto com outras destinações. No entanto, tal argumento não prosperou pela Corte militar britânica.

Quanto à reparação civil dos danos perpetrados, o grupo alemão em 2004 manifestou publicamente sua intenção de verter recursos para uma fundação a vítimas do Holocausto.

3. CUMPLICIDADE ECONÔMICA E O REGIME DITATORIAL NO BRASIL: exemplo de casos.

Em 1964, o Brasil era um país consideravelmente industrializado e vivia uma etapa de urbanização. Diante de tal cenário, é razoável inferir que um regime de exceção que perdurou por mais de duas décadas não poderia ter se firmado sem o apoio de parcelas importantes da sociedade civil.

A participação destes setores da economia, bem como na consolidação do regime militar no período de repressão é uma constatação inegável, sendo possível inferir que este não foi um fenômeno puramente militar.

É cediço que, à época, o então Presidente da República, João Goulart (Jango), intentava implementar reformas de base no País.

Nesse aspecto, muito se discute se estas tinham por finalidade um verdadeiro golpe de Estado e a implantação de um regime comunista. Isso porque em seu discurso, Jango e vários correligionários de peso (ex. Leonel Brizola) pregavam a expropriação de terras (sem pagamento de indenização), expropriação de refinarias de petróleo privadas em favor da Petrobras, tabelamento do preço dos aluguéis e outros (LAMARÃO).

Não obstante isso, o fato é que, em resposta a essa proposta de reformas de base, os governadores de alguns dos mais importantes estados da Federação (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, 2014), juntamente com considerável parcela da iniciativa privada e de outros setores expressivos da sociedade civil organizada (ex. CNBB; Associação Brasileira de Imprensa etc.), apoiaram a ação dos militares de deposição do Presidente Jango, o que, para alguns, significou verdadeiro golpe, enquanto, para outros, nada mais foi do que uma medida de contragolpe à implantação do comunismo no Brasil.

Com efeito, após a tomada do poder pelos militares, alguns empresários ajudaram a financiar o que veio a se chamar de “Oban” (Operação Bandeirantes): uma organização criada pelos militares, para coordenar a repressão aos “opositores” ao regime. Essa “Operação” era integrada por membros das forças armadas, da polícia federal e das polícias civil e militar do Estado de São Paulo, voltada à repressão daqueles que se opusessem ao regime. Convém, também, esclarecer que a Oban foi a precursora do que depois veio se tornar o DOI-CODI (Destacamento de Operações de Informações – Centro de Operações de Defesa Interna).

Por óbvio, tal apoio material por parte do empresariado (apoio financeiro, disponibilização de veículos, de insumos, e de locais para a realização das sessões de torturas) não se deu de forma completamente desinteressada.

Ao revés, houve uma série de contrapartidas pelos militares, no sentido de “dinamizar” a economia, como por exemplo a criação do FGTS e sua destinação para a construção civil, via Banco Nacional de Habitação – BNH; fortalecimento dos instrumentos de financiamento público, via BNDES e Banco do Brasil; implantação de uma nova lei de remessa de lucros para o exterior etc.

Afora isso, o regime houve por privilegiar especificamente alguns de seus apoiadores, em detrimento de concorrentes destes que se opuseram ao regime e suas práticas violadoras de direitos humanos.

Exemplo disso foi a Varig, do empresário Rubem Berta, que assumiu as linhas aéreas internacionais, ao tempo em que a empresa antiga detentora destas (Panair) e opositora ao regime, perdia a concessão para operar no País.

Outro exemplo foi a Rede Globo de Televisão, franca apoiadora dos militares, que prosperou vigorosamente, enquanto sua corrente e oposi-

tora ao regime, a TV Excelsior, definhava financeiramente, por conta da perseguição dos militares.

Além destes há uma série de outros apoiadores (SOARES; FECHER, 2014, 408). De acordo com o relatório final da Comissão da Verdade (2014, 329-330):

“Nada é mais impactante na investigação sobre o papel dos civis ao longo do regime ditatorial do que a colaboração de grandes empresários no financiamento da estrutura da repressão. Sabe-se que propriedades particulares serviram de campo de extermínio de opositores do regime, como no estado do Rio de Janeiro, na Usina Cambahyba, pertencente à família Heli Ribeiro Gomes, de Campos dos Goytacazes, e na Casa da Morte, em Petrópolis, do empresário alemão Mario Lodders.

[...]

Conforme escreveu Elio Gaspari,

‘Na Federação das Indústrias de São Paulo, convidavam-se empresário para reuniões em cujo término se passava o quepe. A Ford e a Volkswagen fornecia carros, a Ultragás [o empresário dinamarquês radicado o Brasil Henning Albert Boilesen] emprestava caminhões e a Supergel abastecia a carceragem da rua Tutoia com refeições congeladas. Segundo Paulo Egydio Martins, que em 1974 assumiria o governo de São Paulo, ‘aquela época, levando-se em conta o clima, pode-se afirmar que todos os grandes grupos comerciais e industriais do estado contribuíram para o início da Oban’.

Por sua vez, a pesquisadora Beatriz Kushnir constatou a presença ativa do Grupo Folha no apoio à Oban, seja no apoio editoria explícito no noticiário do jornal Folha da Tarde, seja no uso de caminhonetes da Folha para o cerco e a captura de opositores do regime”.

Desta feita, não se afigura demasiado sustentar que a participação de inúmeras empresas de suporte material ao regime de repressão para o cometimento de violações aos direitos humanos se deu de forma consciente.

No entanto, não se tem verificado no plano fático a efetiva reparação pelos danos causados, em razão de óbices jurídicos a seguir expendidos.

4. A COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE E O SURGIMENTO DE NOVAS INFORMAÇÕES SOBRE A EFETIVA E CONSCIENTE PARTICIPAÇÃO DAS EMPRESAS CÚMPLICES: a superação dos entraves jurídicos à responsabilização destas.

Com efeito, de se ter em boa conta que a Comissão Nacional da Verdade (CNV) no caso brasileiro teve papel fundamental no esclarecimento dos fatos ocorridos no período de exceção, bem como de sua autoria, no que respeita não somente às violações perpetradas efetivamente pelos militares, mas também quanto ao grau de participação de inúmeras empresas apoiadoras ao regime.

Por óbvio, a responsabilização, ao menos cível, deve recair não somente sobre o Estado que, por meio de seus agentes públicos, praticou atos violadores de direitos humanos. Devem responder também as empresas que efetiva e conscientemente colaboraram com a manutenção do regime, reforçando atos de violência para com seus opositores. Até porque, consoante se viu precedentemente, essa participação lateral, no mais das vezes, não foi desinteressada, uma vez que se mostrou atividade bastante lucrativa para inúmeras dessas corporações.

É bem verdade que a experiência em matéria de Justiça Transicional tem mostrado a existência de óbices jurídicos que supostamente impediriam a efetiva responsabilização dos cúmplices econômicos (SOARES; FECHER, 2014, 419-420) e (MICHALOWSKI, 2014, 37).

Primeiramente, quanto às normas de direito internacional de direitos humanos, a doutrina especializada aponta para a inexistência de normas cogentes que reprimam a cumplicidade econômica nos regimes de exceção. São normas de quase-direito (*soft-law*), destituídas de natureza impositiva (KALECK, 2014, 24-27).

Já sob o ordenamento jurídico interno, tem-se visto a alegação da ocorrência de prescrição, no que se refere à pretensão indenizatória, haja vista o fato de as ilegalidades haverem ocorrido há mais de três décadas.

Desta feita, qualquer tentativa de condenação das empresas cúmplices ao pagamento de indenização às vítimas ou a seus familiares, sob a ótica

de direito civil pátrio, restaria inviabilizada, em tese, por conta da suposta superveniência de prescrição da pretensão.

O outro fundamento que estaria a obstar a condenação dessas empresas apoiadoras estaria atrelado à alegada impossibilidade de demonstração de sua efetiva culpa (*lato sensu*). Nessa medida, não se afiguraria possível, em tese, a responsabilização civil subjetiva desses agentes causadores do dano que causaram por via reflexa.

Noutra senda, também não seria possível a responsabilização civil objetiva destes. Isso porque o parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002 prevê expressamente que esta (que independente de aferição de culpa/dolo) somente se processaria nas hipóteses em que a lei assim dispusesse. E, diferentemente do que ocorreu na Argentina, não há no ordenamento jurídico pátrio qualquer previsão de responsabilização civil objetiva para os agentes violadores de direitos humanos e seus cúmplices econômicos.

De fato, todo o apurado pela Comissão Nacional da Verdade neste particular mostrou-se como de fundamental importância, uma vez que tornou possível contornar esses dois óbices suscitados (ocorrência de prescrição e inexistência de previsão legal de responsabilidade civil objetiva dos cúmplices).

A uma porque essa tentativa de busca da verdade permitiu identificar a participação de inúmeras empresas que, não apenas colaboraram com o regime, mas conscientemente envidaram esforços para sustentar toda uma estrutura de repressão e violação aos direitos humanos contra os que se opusessem, muitas vezes em troca de benesses estatais (financiamentos, contratos públicos etc).

Portanto, em razão dessa identificação de condutas e dos fortes indícios de participação consciente no apoio material à repressão violenta, caem por terra, tanto o argumento de ocorrência de prescrição, quanto o de impossibilidade de responsabilização civil objetiva dessas empresas.

No que respeita à prescrição e ao início de sua contagem, esta tem previsão legal no art. 189 Código Civil de 2002.

Esse dispositivo legal, em sua literalidade, deixaria transparecer de forma equivocada que o início da contagem do prazo prescricional para a reparação civil pelos cúmplices econômicos, no caso dos abusos cometidos na época da ditadura militar, dar-se-ia com a ocorrência do dano.

Assim, a partir desta perspectiva enviesada, o direito à reparação já estaria prescrito.

No entanto, não é essa a interpretação acertada do dispositivo. Conforme se verifica, a doutrina majoritária e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é no sentido de que o início da contagem do prazo prescricional se dá, não a partir da ocorrência do evento danoso, mas sim a partir da ciência inequívoca do dano por parte daquele que o sofreu.

Essa é, nada mais, do que a enunciação do princípio da *actio nata* (TARTUCE, 2014, 457-458) e (STJ, REsp 694.287, 2006).

No mesmo sentido, o Enunciado nº 278 da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que se firmou no sentido de que o “termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral”.

Note-se que a incidência do princípio da *actio nata* aos casos de reparação civil pelos cúmplices econômicas em favor das vítimas da ditadura militar ou de seus familiares tem uma razão de ser.

É que não seria possível às vítimas ajuizarem ação indenizatória em face dos apoiadores por cumplicidade com o regime opressor, sem saber quem foram efetivamente os colaboradores e o seu grau de participação consciente para a realização dos atos de violação aos direitos humanos.

Somente após o esclarecimento dos fatos, via Relatório Final dos trabalhos realizados pela Comissão da Verdade, é que se pode falar na plena ciência dos danos e seus partícipes indiretos, para os fins da responsabilização a que se refere o art. 927, caput, do Código Civil de 2002.

Também não se pode admitir na espécie a invocação da teoria *ultra vires* a que se refere o inciso III do parágrafo único do art. 1.015 do CC/02. Ou seja, não caberia a alegação pelas corporações partícipes indiretas do regime, no sentido de que os dirigentes que prestaram apoio material aos atos de violência perpetrados no período de exceção haviam assim agido de maneira a extrapolar os poderes regulares de administração que lhes haviam sido conferidos.

Como é cediço na doutrina majoritária e na jurisprudência dos tribunais, esta teoria tem cedido lugar para a teoria da aparência, que é mais condizente com o preceito de boa-fé objetiva, que rege as relações de direito civil. Representando essa corrente, seguem o Enunciado 11 da I Jornada de Direito Comercial, promovido pelo Conselho da Justiça Federal

(CJF), e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (v.g. STJ, REsp 704.546, 2010).

De outro lado, toma ainda mais corpo a teoria da aparência, se levado em consideração o fato de que as ações dos administradores das empresas cúmplices foram, consoante verificado no Relatório da Comissão Nacional da Verdade, revertidas em benefícios financeiros para estas mesmas corporações, como contrapartida ao suporte material concedido.

Outro ponto que merece destaque é a possibilidade de a União, a partir do esclarecimento dos fatos que apontam para a cumplicidade econômica de diversas empresas com o regime de repressão, vir a pleitear judicialmente, via ação regressiva, o ressarcimento dos valores já pagos administrativamente às vítimas da ditadura (ou seus parentes).

Ainda que se sustente a inaplicabilidade à espécie da tese da imprescritibilidade da ação regressiva prevista no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, ao argumento de que o cúmplice econômico submetido a eventual regresso não seria um agente público propriamente dito, mesmo assim, não seria possível se cogitar da ocorrência da prescrição da responsabilização dos cúmplices pela União em sede de regresso (FILHO, 2014, 591).

Isso porque, a esse respeito, a jurisprudência do STJ é firme no sentido de que o prazo prescricional tem início apenas com o efetivo pagamento da indenização pelo responsável (STJ, AgRg no AREsp 599.199, 2016).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Feitas as considerações acima, é de se convir que a Comissão Nacional da Verdade, ao identificar a participação/contribuição consciente de inúmeras empresas, por meio de suporte material aos opressores, para a prática de atos violadores aos direitos humanos no período da ditadura militar, acabou por prestar valorosa contribuição à reparação cível destes cúmplices econômicos em favor das vítimas do regime ou de seus parentes.

A coleta de documentos e a oitiva de testemunhas permitiu à Comissão apurar fatos relativos à cumplicidade, que antes restara velada por longa data.

Com efeito, tal apuração tornou possível contornar o óbice da alegação de ocorrência de prescrição, relativamente à eventual tentativa de responsabilização destas empresas apoiadoras do regime.

Bem assim, despidianda a discussão acerca da imputação (ou não) de responsabilidade objetiva das empresas cúmplices, uma vez que restou configurada a existência de culpa (*lato sensu*) destas, autorizando, assim, sua responsabilização civil subjetiva.

Demais disso, todo o levantamento havido na Comissão Nacional da Verdade permitiu a aplicação do princípio da *actio nata* na espécie, afastando definitivamente a tese da superveniência da prescrição.

De outro lado, a identificação da participação de inúmeras empresas e o seu grau de envolvimento com o regime opressor, bem como a comprovação de contrapartidas pelos militares para inúmeras destas empresas em resposta a essa cumplicidade, torna possível a condenação destas ao pagamento de indenizações às diretamente às vítimas (ou a seus familiares), bem assim o ressarcimento à União (via ação regressiva) pelas indenizações já pagas administrativamente.

Portanto, agora é esperar que os envolvidos (vítimas, seus parentes e a União) adotem as providências cabíveis, no sentido de ajuizar o quanto antes as ações indenizatórias ou regressivas, evitando-se desta maneira a efetiva ocorrência da prescrição.

O tempo urge e o Direito não socorre aos que dormem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOHOSLAVSKY, Juan Pablo; TORELLY, Marcelo D. Introdução – Os Atores Econômicos na Justiça de Transição: desenvolvimentos globais e perspectivas brasileiras. In: Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça. – N.10 (jul. / dez.2013). Brasília – Ministério da Justiça, 2014, p. 204-220.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Relatório: textos temáticos. V. 2. Brasília: CNV, 2014. 416 p. Disponível no site: http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_2_digital.pdf. Acessado em 25/11/2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1020801/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 03/05/2011.

_____. REsp 704.546/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO,
QUARTA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 08/06/2010.

_____. AgRg no AREsp 599.199/SP, Rel. Ministro MARCO
AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em
15/12/2015, DJe 03/02/2016.

FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo.
27ª ed. Atlas: São Paulo. 2014.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MIGUENS, Marcela Siqueira. Jus-
tiça de Transição: uma aplicação dos princípios de Chicago à realidade
brasileira. In: Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB. Ano 1 v.
1 nº 1, 2013. p. 22-43. Disponível no site: file:///C:/Users/Adm/Desktop/
USER/Desktop/MESTRADO%20EST%C3%81CIO/JUS-
TI%C3%87A%20DE%20TRANSI%C3%87%C3%83O/Doutri-
na_%20Artigo%20Japiass%C3%BA.pdf. Acessado em 26/11/2016.

KALECK, Wolfgang. Experiência de Litígio Estratégico Contra Empre-
sas por Violações de Direitos Humanos. Entrevistado por BOHO-
LAVSKY, Juan Pablo; TORELLY, Marcelo. In: Revista Anistia
Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça. – N.10 (jul. /
dez.2013). Brasília – Ministério da Justiça, 2014. p. 21-29.

LAMARÃO, Sérgio. A conjuntura de radicalização ideológica e o golpe
militar > Comício das Reformas. CPDOC-FGV. Disponível no site:
http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/Jango/artigos/AConjunturaRadicalizacao/Comicio_das_reformas. Acessado em 28/11/2016.

MICHALOWSKI, Sabine. Conectando a Justiça de Transição e Respon-
sabilidade Empresarial. Entrevistada por BOHOSLAVSKY, Juan
Pablo; TORELLY, Marcelo. In: Revista Anistia Política e Justiça de
Transição / Ministério da Justiça. – N.10 (jul. / dez.2013). Brasília –
Ministério da Justiça, 2014. p. 32-39.

PALMA, Maurício. A (não) Reparação às Vítimas na Comissão da Ver-
dade Nigeriana: um caso limite da justiça de transição. In: Revista
Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça. – N.10
(jul. / dez.2013). Brasília – Ministério da Justiça, 2014. p. 172-201.

SOARES, Inês Virginia Prado; FECHER, Viviane. Empresas Privadas e Violações aos Direitos Humanos: possibilidades de responsabilização pela cumplicidade com a ditadura no Brasil. In: Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça. – N.10 (jul. / dez. 2013). Brasília – Ministério da Justiça, 2014. p. 390-431.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Lei de Introdução e parte geral. v. 1. 10^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

O SISTEMA LEGISLATIVO BRASILEIRO DE PROTEÇÃO CONTRA A DISCRIMINAÇÃO DE MULHERES NO TRABALHO

Júlia Cruvinel Lindo

Laís Kondo Claus

Luciana Romano Morilas

1 Introdução

Durante séculos, a história da humanidade foi delineada pela desigualdade de gênero, apoiada na assimetria de poder entre homens e mulheres, garantindo-se a submissão feminina e a soberania masculina, condição defendida pela Igreja e apoiada pelo Estado e pela família. (JESUS; BARBOSA, 2016) Ainda que historicamente a mulher tenha sofrido um processo de desigualdade de direitos, a história recente é permeada por batalhas femininas para aquisição de direitos. Na seara trabalhista, diversas conquistas foram feitas, entretanto, ainda há um longo caminho a ser trilhado.

Apesar de contar com poucos direitos, a mulher sempre exerceu algum tipo de atividade econômica, em especial, aquelas vinculadas à sobrevivência familiar. O principal problema é a valorização dessa mão-de-obra. (JESUS; BARBOSA, 2016) Destarte, é essencial que o governo participe ativamente através de promoção de políticas públicas para modificação deste cenário.

É nesse sentido que a Declaração de Direitos Humanos foi instituída, com intuito de vincular os governos na promoção de igualdade de direitos e liberdades a todos. Esse documento anuncia, em seu preâmbulo, a igualdade entre homens e mulheres, determinando assim que seus signatários desenvolvam políticas para o favorecimento do progresso social e instauração de melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla. Transcorridos 70 anos, faz-se necessária uma análise acerca das conquistas femininas na seara trabalhista.

Segundo do IBGE (2016), as mulheres brasileiras estudam mais, ganham menos e passam mais tempo ocupadas com tarefas domésticas do que os homens. Este estudo indica que as mulheres empregam 8,1 horas a mais que homens em atividades domésticas por semana, indicando que a jornada de trabalho de uma mulher é mais extensa que a de homem, vez que ela também precisa desempenhar mais tempo com afazeres do lar.

Apesar da jornada dupla, as mulheres também têm apresentado maior índice de escolaridade. Ou seja, no quesito ensino superior completo as mulheres brancas apresentam um percentual de 23,5% em contraposição a 20,7% dos homens, sendo que 10,4% da população de mulheres negras ou pardas têm o ensino superior completo, em contraposição com 7% dos homens negros ou pardos.

No entanto, essa taxa superior nos índices de educação não auxiliou na equiparação salarial entre homens e mulheres, pois as mulheres recebem em média R\$ 1.764,00 em contraposição com um rendimento de R\$ 2306,00 dos homens, o que representa, aproximadamente, um disparidade salarial de 23,5%. Nos cargos gerenciais em 2016, as mulheres ocupavam 39,1%, enquanto os homens ocupavam 60,9%, denotando que muito embora as mulheres tenham maior grau de escolaridade que os homens ainda são minoria em posições de poder. No tocante à representação política, 10,5% dos assentos da câmara dos deputados eram ocupados por mulheres no ano de 2016. Enquanto no mundo, as mulheres ocupavam em média 23,6% dos assentos.

2 Mulheres e educação no Brasil

A partir da década de 1930, os governos populistas passaram a dispor da educação como uma forma de disciplinar e qualificar os cida-

dãos, vez que o processo de industrialização teve como consequência a necessidade de mão de obra mais qualificada. (MENDEZ, 2008) Assim, através da educação, o Estado formaria cidadãos mais capacitados e disciplinados. Consequentemente, as mulheres também passaram a ter acesso à educação; todavia por uma razão diferente, pois era necessário capacitar mulheres para educarem seus filhos de acordo com os preceitos morais e cívicos do Estado. Nessa mesma época, também aumentou a presença maior da mulher no mercado de trabalho, porém em profissões consideradas femininas, como professoras e empregadas domésticas.

Apesar dos incentivos iniciais para o aumento da escolarização das mulheres terem sido feitos com o intuito de adequação da educação de seus filhos, colateralmente, ocorreu uma maior qualificação das mulheres para o mercado de trabalho. Assim, o fato de que as mulheres atualmente tenham índices de educação mais elevados que os homens, uma conquista feminina, merece atenção vez que, segundo dados do INEP, até 1990 as mulheres estudavam menos anos que os homens.

De acordo com o INEP (1996), o crescimento da renda per capita verificado nas décadas de 1960 a 1990 está associado também ao aumento da taxa de escolaridade média, passando-se de dois anos de estudo em 1960 para cerca de cinco anos em 1990. O INEP também aponta que a queda da taxa de analfabetismo, de 39,5% para 20,1% nas décadas de 1960 a 1990, ocorreu simultaneamente ao processo de universalização do atendimento escolar entre os 7 a 14 anos, o que se acentuou a partir dos anos 1970, com maior incentivo público na promoção de políticas educacionais, o que demonstra a importância da participação do governo para melhoria da qualidade de vida e redução das desigualdades.

Ainda nesse estudo, observa-se que, em relação ao ano 1960, a quantidade de anos de estudos das mulheres aumentou em 3 anos em 1990, ou 257% em relação ao dado inicial, enquanto a quantidade de anos de estudos dos homens aumentou em 2,7 anos em 1990 ou 212% em relação ao dado inicial, o que demonstra uma evolução significativa para a igualdade de gênero.

Figura 1. Número médio de anos de estudos.

NÚMERO MÉDIO DE ANOS DE ESTUDOS BRASIL 1960 a 1990				
	1960	1970	1980	1990
Gênero				
Homem	2,4	2,6	3,9	5,1
Mulher	1,9	2,2	3,5	4,9
Cor				
Branco	2,7	...	4,5	5,9
Preto	0,9	...	2,1	3,3
Pardo	1,1	...	2,4	3,6
Amarelo	2,9	...	6,4	8,6
Regiões				
Norte/Centro-Oeste	2,7	0,9	4	...
Nordeste	1,1	1,3	2,2	3,3
Sudeste	2,7	3,2	4,4	5,7
Sul	2,4	2,7	3,9	5,1

Fonte: Relatório sobre o desenvolvimento Humano no Brasil, 1996
Brasília: PNUD/IPEA, 1996.

3 Estatísticas trabalhistas

Em 2015, o IBGE divulgou estudo sobre categoria de emprego e sexo, no qual se constatou que 64% da população possuía emprego com carteira de trabalho assinada, sendo que 65,2% dos homens entrevistados afirmaram ter carteira assinada, enquanto 62,2% das mulheres declararam possuir registro empregatício. Nota-se maior presença de mulheres (18,1%) na categoria “militares e funcionários públicos estatutários” do que de homens (9,1%). O estudo também aponta que há maior tendência de homens (25,8%) trabalharem em condições informais de trabalho do que mulheres (19,7%). Em se tratando de atividade doméstica, nota-se que existem mais homens (49,1%) registrados do que mulheres (30,4%). No tocante às atividades domésticas sem registro, observa-se que há mais mulheres (69,6%) nessa condição do que homens (50,9%).

Figura 2. Emprego de homens e mulheres no Brasil.

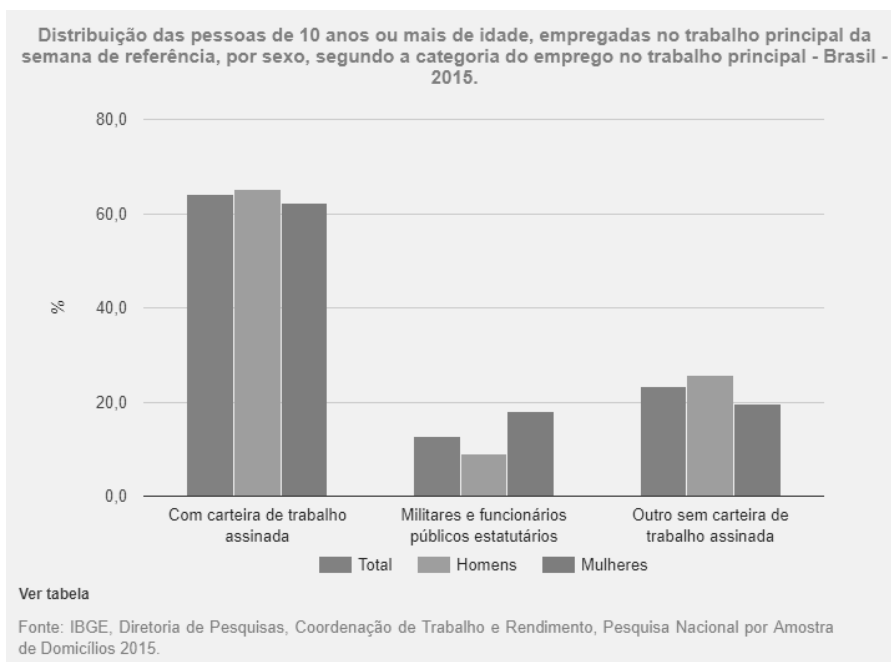
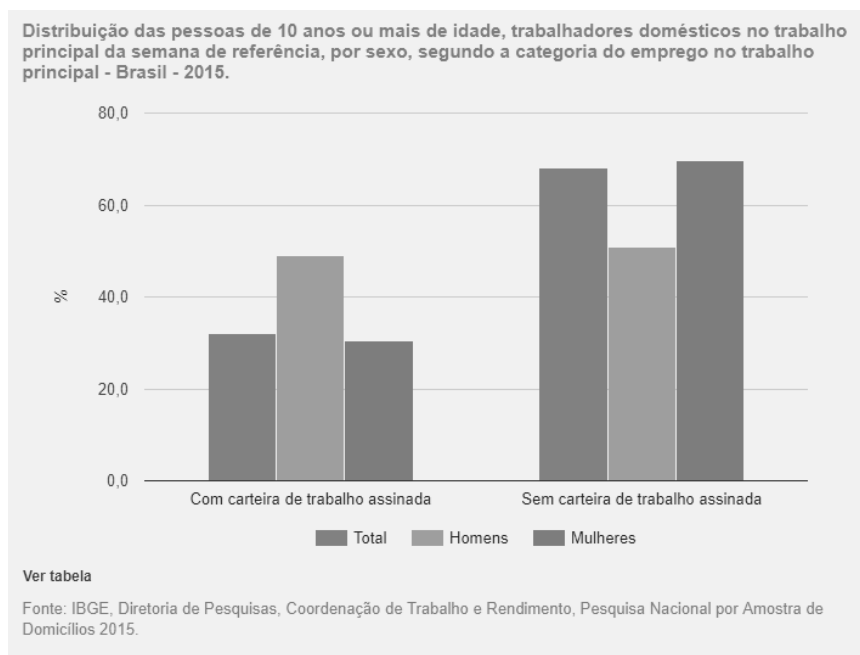


Figura 3. Emprego de homens e mulheres no trabalho doméstico no Brasil.



Apesar de os dados apresentados pelo IBGE estarem relativamente equilibrados, deve-se observar que, nos estudos de 2016 deste mesmo instituto, foi apontada uma diferença salarial de 23,51% entre mulheres e homens. Além disso, há que se considerar que as mulheres também são minoria em cargos de gerência.

A análise dessas informações indicam que há integração das mulheres no mercado de trabalho, apesar de não haver igualdade de tratamento entre ambos.

4 Previsões constitucionais e direitos trabalhistas

Considerada o marco da igualdade entre os cidadãos, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) surgiu também como instrumento de apoio aos direitos dos trabalhadores. O documento garante um mínimo existencial, o qual é guiado pela noção de dignidade humana. (RESENDE, 2015)

Logo de início, a Carta Magna introduz a igualdade de direitos entre todos, no caput do artigo 5º, reforçando logo no inciso I, de maneira até repetitiva, que essa igualdade se estende a homens e mulheres, no que tange aos direitos e obrigações. É a primeira vez que o ordenamento jurídico brasileiro impede as diferenciações em questão de gênero para benefício de uma das partes, assegurando já de início a proibição da discriminação contra as mulheres, sendo possível a distinção apenas quando a desigualdade se faz clara. Ainda que o texto do Código Civil viesse a ser alterado, com relação ao direito de família, apenas com a vigência do novo codex em 2003.

Especificamente com relação ao trabalho da mulher, a atual Constituição prevê de maneira expressa garantias específicas, inerentes à condição da mulher, apresentadas no artigo 7º, incisos XVIII, XX e XXX. Esses novos direitos (incluídos apenas a partir de 1988) caracterizam a Constituição vigente como um meio de promoção da atividade laboral feminina: garantia de proteção da maternidade, sem prejudicar o salário ou o emprego da mulher (art. 7º, XVIII); proteção do mercado de trabalho da mulher; proibição da discriminação de gênero no trabalho.

Antes da CF/88, as normas que vigoravam em relação à atividade feminina visavam proteger o seu trabalho, restringindo sua atuação em vistas de garantir a moralidade da época, a preservação da autoridade mascu-

lina, o que perpetuou a discriminação da mulher no mercado de trabalho. (LOPES, 2002). Em momentos, essa proteção foi oportuna, mas incapaz de resolver os problemas do trabalho feminino e chegou até mesmo a impulsionar a atual discriminação.

No âmbito trabalhista, foram muitas as alterações legislativas: a) o abandono do princípio de “proteção da mulher”, mediante revogação de normas falsamente protetivas (Leis 7855/89 e 10244/01); b) redimensionamento das normas de proteção à maternidade nos âmbitos trabalhista e previdenciário (art. 392 e seguintes da CLT, com acréscimos da Lei 9799/99 e Lei 8213/91, com redação aperfeiçoada por leis subseqüentes); c) instituição de normas de combate à discriminação e meios de assegurar a igualdade (Lei 9029/95 e 9799/99). Por isso se afirma que o direito do trabalho, em relação à mulher, deixou de ser protetor e passou a ser promocional. (LOPES, 2002)

A introdução dessas normas deu às mulheres uma nova forma de buscar o seu direito e alcançar a igualdade, deixando de ser consideradas inferiores e abrindo as portas para a inserção e representação positiva na sociedade. Ainda há um caminho a ser percorrido em tornar o direito formal em material, precisando do apoio de ações afirmativas e a mudança cultural pautados não só na constituição, mas também em outros instrumentos normativos que apresentam essa evolução e alcance de garantias.

5 O desenvolvimento da Consolidação das Leis Trabalhistas

A CLT de 1943 deu algumas concessões ao trabalho da mulher, permitindo a atividade noturna em algumas atividades específicas, desde que tivessem bons antecedentes e capacidade física mental. E também proibia o trabalho da mulher em lugares perigosos ou insalubres.

A CLT foi sendo alterada no decorrer dos anos, excluindo-se normas protetivas que restringiam a atividade da mulher, evidenciando a alteração de percepção do legislador, que deixa de ver a mulher com restrições biológicas e morais, ao revogar diversos artigos protetivos. Com as várias modificações, a CLT não contempla mais tantas distinções entre homens e mulheres como era observado anteriormente, permanecendo a diferenciação de direitos apenas nas situações em que é de fato necessário distinguir para promover a justiça.

Exemplo disso é a revogação da limitação da jornada de trabalho da mulher: o aumento da jornada da mulher estava sujeito à aptidão determinada em atestado médico; o trabalho noturno era restrito e era necessária a autorização conjugal ou paterna para a mulher exercer atividade laboral.

Esse ganho de autonomia jurídica da mulher se deu lentamente. Um grande salto ocorreu com a edição do Estatuto da Mulher Casada, em 1962. Antes disso, qualquer ideia de independência feminina era coibida. O artigo 446 da CLT subordinava o trabalho da mulher à autorização do marido, que poderia ser suprida pela autoridade judiciária competente. O parágrafo único autorizava ao marido solicitar a rescisão do contrato de trabalho caso acarretasse “ameaça aos vínculos da família”. Tal dispositivo só veio a ser formalmente revogado em 1989.

A transformação da CLT é recente, resultado principalmente da instituição da CF/88, que passou a não admitir determinados dispositivos e que foram sendo removidos no decorrer do tempo. É o que ocorreu com a revogação e exoneração de normas falsamente protetivas e desleais (Lei nº 7855/89 e nº 10.244/01), a reorganização das normas de proteção à maternidade nos âmbitos trabalhista e previdenciário (art. 392 e seguintes da CLT, com acréscimos das Leis 9.799/99 e 8.213/91, redigidas e regulamentadas por leis subsequentes) e a instituição de normas de combate à discriminação e meios que atribuíam igualdade entre os sexos (Lei 9.029/95 e 9.799/99).

Outro caso de diferenciação da mulher pela CLT está no artigo 384: criado em 1943 com o objetivo de proteger a mulher, e mantido até os dias de hoje, o artigo prevê um descanso adicional de 15 minutos à empregada. Diante da revogação de tantos outros artigos em busca da rejeição da discriminação e a falta de justificativa para sustentar essa diferenciação, a persistência deste artigo provoca movimentações na doutrina e debates. Há defensores do dispositivo e outros que acreditam que ele traz uma diferenciação que não reflete a proteção dos direitos indispensáveis, mas sim um tratamento favorável.

Dentre todas as alterações, a proteção legal da maternidade e à amamentação sempre estiveram presentes na legislação trabalhista, com o objetivo de proteger a mulher durante o período gestacional, na ocasião do parto e no período de amamentação e cuidados do filho. Na CLT, a questão é tratada pela Seção V, iniciada pelo artigo 391, que introduz a

proibição de rescindir contrato de emprego pelo matrimônio ou estado de gravidez da mulher.

A título de evolução, o artigo 392 da CLT inicialmente trazia a proibição do trabalho da mulher 6 semanas antes e 6 semanas após o parto podendo o prazo ser aumentado. Em 1967, sua redação foi substituída pelo prazo de 4 e 8 semanas antes e pós-parto respectivamente, e finalmente chegando a atual situação, em 2002, de 120 dias de licença maternidade. Quanto à amamentação, são resguardados às mulheres dois descansos de meia hora durante o período de trabalho para amamentação até que o filho complete 6 meses de idade, direito concebido desde a instituição da CLT.

Ao analisar o corpo da CLT no que tange ao capítulo de proteção ao trabalho da mulher, as alterações são visíveis, quando da inclusão de artigos em todas as seções, da exclusão e revogação de normas protetoras voltadas ao trabalho noturno, ao horário de trabalho e à proibição de atuar em determinados locais. Consta-se a mudança de posicionamento feminino no ambiente de trabalho e a legitimação desta pelo código, dando luz às normas vigentes sobre o trabalho feminino que serão estudadas em seguida.

6 Condições de Trabalho e Discriminação

A CLT dispõe de um capítulo inteiro para tratar da proteção ao trabalho da mulher e inicia dizendo que os direitos que atuam no trabalho são aplicáveis ao homem e a mulher, excluídas as hipóteses de proteção especial que serão apresentadas, na medida de suas peculiaridades orgânicas.

Em contrapartida, o parágrafo único do artigo 372 da CLT dispõe que “não é regido pelos dispositivos a que se refere este artigo, o trabalho nas oficinas em que sirvam exclusivamente pessoas da família da mulher e esteja esta sob a direção do esposo, do pai, da mãe, do tutor ou do filho”. Para a doutrina, essa restrição é inaceitável. A única interpretação possível conduziria à ausência de subordinação, negando-se a relação de emprego, o que é inadmissível.

Os artigos 373 a 377 tratam da jornada de trabalho e proteção contra a discriminação da mulher. Em relação à duração do trabalho da mulher, é redundante dizer que será de 8 horas, exceto em casos de duração inferior, já que é este o padrão atualmente definido para todos os trabalhadores no art. 7º, XIII da CF/88 e art. 58 da CLT. Assim, atualmente não há, e não

deve haver, qualquer diferenciação na jornada de trabalho em razão de gênero.

Embora não haja distinção de jornada de trabalho em razão de gênero, as mulheres ainda passam mais horas durante a semana desempenhando atividades domésticas do que os homens, de modo que, a lei da previdência social (lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991) em seu artigo 48, com o intuito de corrigir essa distorção, define a idade de aposentação da mulher aos 60 anos, enquanto que a do homem é com 65 anos. A proposta de emenda constitucional tendente a alterar essas idades mínimas, pretendia igualar homens e mulheres, mas restou mantida a diferenciação na proposta apresentada no início de 2019.

O art. 373-A, incluído na CLT em 1999, traz diversas vedações a atitudes consideradas discriminatórias em relação ao acesso ao mercado de trabalho pela mulher e também por outros grupos, ressaltando as disposições que existem para promover a discriminação positiva a fim de corrigir as distorções. A CLT trata da impossibilidade de anunciar empregos com requisitos baseados no gênero, bem como, não empregar, não promover ou demitir em razão do gênero, situação familiar, entendido como estado civil ou estado de gravidez. Traz também a vedação à remuneração diferenciada e à possibilidade de profissional diferenciadas em razão do sexo ou situação familiar. Outra vedação está na exigência de exames de gravidez durante o processo de admissão ou permanência do emprego, bem como o uso de critérios subjetivos para inscrição em concursos e a realização de revistas íntimas nas empregadas. Todas essas situações são consideradas discriminatórias, envolvendo não só a mulher, mas outros critérios como cor e idade.

Em seguida, o art. 377 traz a vedação à redução salarial da mulher e reveste de natureza jurídica de normas de ordem pública aquelas que versam sobre a proteção ao trabalho das mulheres. Essa vedação se refere a qualquer compensação salarial por eventuais vantagens legais conferidas às mulheres, como uma redução de 30% no salário das mulheres, pelo fato de serem capazes de carregar menos peso. (RESENDE, 2015)

Sobre o trabalho noturno, na CLT existiam muitas proibições ao trabalho feminino; normas que foram revogadas restando apenas o art. 381, que preleciona que o trabalho noturno da mulher terá remuneração superior ao diurno, com adicional de no mínimo 20% e que cada hora equiva-

lerá a 52 min e 30 segundos, dispositivo que não traz qualquer inovação ao apresentado pelo art. 73 da CLT, de modo que não há mais diferenciação entre homens e mulheres nesse aspecto.

Os descansos trabalhistas, em princípio, seguem os mesmos padrões aos homens e às mulheres assim como a jornada de trabalho. Os intervalos entre jornadas são discutidos nos art. 66 e art. 382, versando igualmente sobre 11 horas no mínimo de intervalo.

O art. 383 da CLT traz discussões entre juristas. Seu texto equivale ao caput do art. 71 da mesma legislação, mas não faz distinção de tempo de intervalo conforme as horas trabalhadas no dia, por exemplo, quando até 6 horas de trabalho o intervalo será de 15 minutos, e não entre 1 e 2 horas. Diante disso, a maioria da doutrina entende que esse artigo deve ser substituído pelo art. 71 da CLT, confirmando a igualdade de tratamento entre homens e mulheres em situações de repouso. Há ainda quem defenda esse intervalo e entende-se que o TST, em caráter de jurisprudência, acolhe integralmente esse artigo.

Outro artigo de proteção às mulheres que causa discussão é o 384 da CLT que dispõe “Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de 15 (quinze) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho.” Novamente, a maioria da doutrina entende que não deve existir a distinção entre homens e mulheres quando a questão é jornada de trabalho e que este artigo deveria ser revogado. E em caráter jurisprudencial, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) decidiu pela constitucionalidade do artigo, sob o argumento de que o dispositivo visa preservar à saúde da mulher no trabalho e que há uma diferenciação fisiológica e psicológica dos sexos, sendo função da legislação solucionar esse tipo de desigualdade.

O artigo 389 insere a obrigação dos empresários, no que diz respeito aos métodos e locais de trabalho, em seu inciso I, de prover de medidas de higiene necessárias à segurança e ao conforto das mulheres, se assemelhando ao texto disposto nos art. 175-178 celetistas, que atingem todos os trabalhadores. Em seguida, o inciso II menciona a instalação de bebedouros, lavatórios e sanitários, e o não esgotamento físico da trabalhadora, tal como se está disposto nos art. 199 e 200 desta legislação. Bem como acontece com os incisos III e IV que dispõe sobre exigências não só às mulheres, mas para proteção genérica dos trabalhadores.

Em contrapartida, os parágrafos 1º e 2º do art. 389 celetista tratam da obrigatoriedade do empregador ter local apropriado para a assistência dos filhos no período de amamentação, nos seguintes termos “§ 1º - Os estabelecimentos em que trabalharem pelo menos 30 (trinta) mulheres com mais de 16 (dezesesseis) anos de idade”. Assim, os dispositivos oferecem 3 opções ao empresário: a) manter creche própria; b) valer-se de creches externas, mediante convênio; c) optar pelo reembolso-creche, pelo qual o empregador indeniza a mãe pelas despesas incorridas com a creche particular por ela contratada. (RESENDE, 2015)

É interessante levar em consideração que essa proteção não é para a mulher, como se quer fazer crer, mas à criança. Afinal, o filho é nascido de uma mãe e de um pai e, portanto, a proteção deve ser destinada a ambos e não apenas às mães. Há ainda muito para a legislação trabalhista auxiliar no desenvolvimento social mais justo e equilibrado entre os sexos.

O art. 390 traz a vedação ao exercício do trabalho da mulher em serviços que demandem peso: “é vedado empregar a mulher em serviço que demande o emprego de força muscular superior a 20 (vinte) quilos para o trabalho contínuo, ou 25 (vinte e cinco) quilos para o trabalho ocasional.” Defende-se que a estrutura óssea da mulher e massa muscular são mais frágeis que a dos homens e daí a necessidade de diferenciação. Esse artigo traz a discussão de que se trata de discriminação à mulher e uma forma de restrição ao acesso ao trabalho, devendo ser analisado caso a caso, mas a literalidade deste artigo ainda é considerada.

O capítulo de proteção ao trabalho da mulher na CLT destina uma seção voltada à proteção da maternidade, como forma de diferenciação da mulher que esteja na condição de gestante, no período após o parto ou como lactante, a fim de garantir o exercício do seu trabalho nessas condições bem como proteger o filho desde a sua concepção. Essas regras se justificam plenamente em razão da circunstância especial de caráter pessoal associada ao gênero feminino, sendo, desta maneira, perfeitamente compatível com a ordem constitucional vigente. Há que se fazer somente algumas adaptações nos pontos em que a matéria é tratada tanto pela CLT quanto pela Constituição, ora de forma um pouco diversa, ora com abrangência diferente. (RESENDE, 2015)

Essa proteção foi consagrada como um direito social pelo artigo 6º da CF/88, devendo, então, ser um direito de observância obrigatória no

Estado de Direito, considerada até mesmo como cláusula pétrea, revestida de imutabilidade.

O artigo 391 da CLT traz assevera que o matrim nio ou estado de gravidez não podem ser considerados motivos de justa causa para demissões, proibindo que quaisquer tipos de contrato possuam restri es do direito ao emprego da mulher em decorrência do matrim nio ou gravidez; dispositivo que surge a fim de coibir a discrimina o da mulher nessas condi es. E ainda que o estado de gravidez ocorra no período, o aviso prévio garante   gestante a estabilidade provisória.

Em seguida, o art. 392 introduz a licença-maternidade com dura o de 120 dias sem prejudicar o emprego ou salário. A licença-maternidade   o período que a gestante fica afastada do seu trabalho por causa do nascimento do seu filho, independentemente de a criança ter nascido ou não com vida. Durante o período de afastamento da trabalhadora, será concedido a ela o salário-maternidade custeado pela Previdência Social.

Nos termos do parágrafo primeiro do art. 392, a empregada deve informar, por meio de atestado médico, seu afastamento que poderá ocorrer até 28 dias antes do parto. Além disso, mediante atestado médico,   possível aumentar em até 2 semanas o repouso antes e depois do parto, nos casos que trazem risco   vida da criança ou da mãe. Nos casos de parto antecipado, são garantidos os 120 dias da licença, além do salário-maternidade.

Em 2008, foi instituído o Programa Empresa Cidadã, pela Lei 11.770/08, e com ele veio a facultatividade de ampliar a licença-maternidade em 60 dias por adesão da empresa ao programa em troca de incentivos fiscais. Esse período adicional   de faculdade do empresário, não consagrado pela previdência o pagamento adicional configurando, portanto, dever do empregador, que são atinge pessoas jurídicas. Dessa forma, a mãe deve pedir esse aumento até o final do primeiro mês após o parto.

Durante o período de gravidez, a trabalhadora tem a possibilidade de transferência de sua fun o em razão de suas condi es de saúde, devendo ser restabelecida a suas fun es anteriores ao final da licença-maternidade com o retorno ao trabalho. Também   garantido que se ausente de suas atividades para realiza o de no mínimo 6 consultas e demais exames, sem prejuízo de seu salário e direitos.

A remunera o da empregada durante o período de licença-maternidade se dará de forma integral ao salário ou quando variável pelo média dos 6 últimos meses de trabalho, nos termos do artigo 393 da CLT.

À mulher grávida garante-se o direito de romper o contrato de trabalho unilateralmente desde que prejudicial à gestação e mediante apresentação de atestado médico. Além disso, a trabalhadora deve ser afastada de atividades insalubres nos períodos de gestação e lactação, dispostos pelos artigos 394 e 394-A da CLT. Esse afastamento busca proteger os direitos no recém-nascido, garantindo a ele a proteção a sua saúde, bem como, a amamentação adequada sem que o trabalho interfira.

O período de amamentação também é contemplado pela legislação celetista, garantindo à mulher duas pausas especiais, de meia hora cada, para amamentar o filho até que este complete 6 meses de idade, podendo ser estendido conforme a saúde do filho. Por conseguinte, há que se disponibilizar locais para guarda dos filhos nas organizações, com berçário, saleta de amamentação, cozinha dietética e instalação sanitária, nos termos do art. 400.

No que se refere à estabilidade da gestante, esta tem seu emprego garantido desde a confirmação da gravidez até 5 meses após o parto (art. 10, II, “b”, do ADCT da CF/88).

Após a análise de todos esses dispositivos da CLT, pode-se considerar notória a preocupação do legislador em garantir o emprego da mulher nos períodos de situações especiais como a gestação e aleitamento nos primeiros 6 meses de vida da criança. Ademais, vale ressaltar a importância dada em garantir que o filho tenha acesso a todos os seus direitos, como amamentação, acompanhamento materno ou paterno, quando da ausência da mãe, a fim de desenvolver o bem-estar familiar e garantir a saúde do filho.

7 Legislação esparsa

Em 13 de abril de 1995, foi promulgada a Lei 9.029, com o intuito de combater a prática discriminatória que ganhou corpo após a CF/88. A lei veda discriminações relacionadas à manutenção da mulher no emprego e à exigência de testes de gravidez e esterilização.

Composta por 4 artigos que tratam sobre a discriminação, o art. 1º dispõe sobre a proibição da adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa de acesso, ou manutenção no trabalho por motivos sexistas, de cor, raça, estado civil, situação familiar e outros.

O artigo 2º afirma que são considerados crimes os atos discriminatórios de exigência de testes ou declarações relativas à estado de gravidez e

esterilização, bem como iniciativas do empregador que induzem à esterilização genética e ao controle de natalidade, sujeitos a detenção de um a dois anos e multa.

A estratégia adotada parece inovadora, na medida em que existe a tentativa de coibir a prática da discriminação não apenas baseada a mera incidência de multa reparatória ou compensatória, mas também por meio da imposição de uma multa punitiva. Infelizmente, mais do que o processo de conscientização social, ainda parece necessário que o prejuízo econômico causado pela autuação trabalhista sirva como estímulo ao empregador, para que este respeite os direitos do empregado. (NABESHIMA, 2014)

Em seguida, foi promulgada a lei 9.799/99, que insere na CLT regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho e outras providências, incluindo os artigos 373-A, 390B, 390C, 390E e parágrafo 4º do art. 392, já discutidos anteriormente. Os dispositivos mencionados trouxeram o objetivo de eliminar a discriminação contra a mulher e também a criar meios de gerar a igualdade de gênero nas oportunidades, considerando-a um passo a frente na luta pela igualdade entre homens e mulheres no mercado de trabalho.

A Emenda Constitucional 72/2013 e Lei Complementar nº 150/2015 que regulamentam o serviço dos empregados domésticos e contemplam 16 direitos trabalhistas já assegurados aos demais trabalhadores, também se mostram como medidas de igualdade de gênero. Segundo relatório da ONU, a maioria das pessoas que desempenham esse tipo de serviço são mulheres (94,5%) e negras (65%). Ademais, o relatório da ONU aponta que essas medidas são reforçadas com a ratificação da Convenção 189 da Organização Internacional do Trabalho, que versa sobre trabalho decente para trabalhadoras e trabalhadores domésticos.

8 Conclusão

O direito do trabalho da mulher passou pela fase de inexistência de proteção. Seguiu-se a proteção com a proibição de exercer determinados trabalhos, ou atuar em certas condições. Com as melhorias nos projetos de inclusão educacional e, conseqüentemente, com o aumento de mulheres no mercado de trabalho, surge a necessidade de mudanças na legislação que contemplem o cenário social e assim auxiliem na promoção de igualdade de gênero.

O surgimento de instrumentos normativos internacionais que vinculam os governos à promoção de políticas públicas para redução das desigualdades de gênero se prova um verdadeiro diferencial. Primeiramente, porque os países se comprometem em promover a educação, que conforme demonstrado, é uma grande ferramenta para inserção da mulher no mercado de trabalho. Além disso, com o aumento do índice de educação, viabiliza-se o aumento da renda per capita.

Quanto às medidas legislativas, principalmente após 1988, há uma tendência maior de proteção à igualdade de gênero no Brasil. As regras relacionadas ao trabalho feminino constituem meios de fomentar a atuação das mulheres na sociedade, tornando justas as relações de trabalho, oferecendo às mulheres as mesmas condições de acesso ao trabalho que os homens.

O direito do trabalho da mulher busca a promoção de igualdade entre os gêneros e a limitação da proteção legal à mulher trabalhadora apenas em casos em que haja diferenças, como as biológicas e de tratamento.

É esta a interpretação que a doutrina majoritária confere a qualquer dispositivo que estabeleça distinção de tratamento à mulher trabalhadora: subsistem apenas as restrições ligadas à proteção da maternidade, bem como aqueles dispositivos tendentes a criar a chamada discriminação positiva, que, na realidade, têm por objetivo alcançar a igualdade substancial entre homens e mulheres.

As políticas públicas desempenham um papel essencial para a redução das desigualdades de gênero. Muito embora, ainda que as mulheres tenham conquistado muitos direitos, há que se atentar ao fato de que ainda inexistente igualdade salarial e que as mulheres são minoria em cargos gerenciais, apesar de possuírem mais tempo de estudo do que os homens. Tais dados demonstram que a discriminação da mulher no trabalho ainda existe e que as políticas públicas de combate são ainda necessárias e indispensáveis.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 mar 2017.

_____. DECRETO Nº 4.377, DE 13 DE SETEMBRO DE 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 set 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 01 abr. 2017.

_____. Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968. Promulga a Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 19 jan 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm. Acesso em: 01 abr. 2017.

_____. Decreto-Lei N.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, RJ: Senado, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 01 abr 2017.

_____. Lei Complementar nº 146, de 25 de junho de 2014. Estende a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias à trabalhadora gestante, nos casos de morte desta, a quem detiver a guarda de seu filho. Brasília, DF: Senado, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp146.htm. Acesso em: 15 mai 2017.

_____. Lei Nº 9.029, de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM. Acesso em: 20 mai 2017.

_____. TST, IINN-RR 1540/2005-046-12-00, j. 17.11.2008, Rel. Min Ives Gandra.

JESUS, C. S. B.; BARBOSA, R. J. S. Trabalho feminino x nível de escolaridade: uma análise sobre a influência da educação para a inserção da mulher no mundo do trabalho. Revista Ártemis, Vol. XXI jan-jul 2016, pp.131-146

- LOPES, C.M.S. Direito do Trabalho da Mulher: da proteção à promoção. Cad. Pagu [online]. 2006, n.26, pp.405-430. ISSN 1809-4449. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0104-83332006000100016&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 10 de out 2016
- MÉNDEZ, N. P. Com a palavra o segundo sexo: Percursos do pensamento intelectual feminista no Brasil dos anos 1960. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008.
- IBGE. Estatísticas de Gênero Indicadores sociais das mulheres no Brasil (2018). Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf. Acesso em: 12 de abril de 2019.
- IBGE. Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, 2015. Disponível em: <https://brasilemsintese.ibge.gov.br/trabalho/categoria-do-emprego-e-sexo.html>. Acesso em 12 de abril de 2019.
- INEP. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. Estatísticas da educação básica no Brasil. 1996. Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/documents/186968/484154/Estat%C3%ADsticas+da+educa%C3%A7%C3%A3o+b%C3%A1sica+-no+Brasil/e2826e0e-9884-423c-a2e4-658640ddff90?version=1.1>. Acesso em: 13 de abril de 2019.
- NABESHIMA, Y. K. A Discriminação da mulher no mercado de trabalho: estudo comparado da legislação do Brasil e do Japão. 2014. 261 f. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- ONU. Direitos Humanos das Mulheres. JULHO 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/08/Position-Paper-Direitos-Humanos-das-Mulheres.pdf>. Acesso em: 13 de abril de 2019.
- ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php. Acesso em: 10 abr 2019.
- RESENDE, R. Direito do Trabalho Esquematizado. 5ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

NÚCLEO MARIA DA PENHA E A MINIMIZAÇÃO DE SOFRIMENTOS: A NECESSÁRIA RELAÇÃO ENTRE FEMINISMOS E DIREITO DAS FAMÍLIAS

Vitória Sumaya Yoshizawa Tauil

Brunna Rabelo Santiago

Fernando de Brito Alves

Patrícia Siqueira

1 INTRODUÇÃO

O trabalho em questão visa abordar a indispensabilidade da aplicação de institutos e garantias previstas pelo Direito de Família no contexto da violência doméstica contra a mulher. Para objeto de pesquisa em específico, será analisado o trabalho desenvolvido pelo Núcleo Maria da Penha – NUMAPE, projeto de extensão, instituído pelo Programa Universidade sem Fronteiras, vinculado ao curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, com o intuito de disponibilizar, no município de Jacarezinho/PR e região, um suporte, tanto jurídico quanto psicológico, para mulheres em situação de violência doméstica. A análise em questão abordará a realização de acordos extrajudiciais na ordem civil, relativos a questões de guarda, alimentos, visitas, entre outros, para as assistidas pelo NUMAPE, visando ao cumprimento de três objetivos específicos: a) Coibir o ciclo de violência doméstica e familiar contra a mulher; b) Minimizar os sofrimentos da mulher em situação de violência; c) Concretização da Efetividade das Medidas Protetivas de Urgência.

A Lei 11.340/06, alcunhada de “Lei Maria Penha”, leva este nome devido à incessante luta de Maria da Penha frente aos Tribunais Internacionais, até que o seu caso fosse reconhecimento e julgado pela Organização dos Estados Americanos (OEA). É imprescindível refletir que, devido à unidade do direito e integralização do mesmo, a Lei 11.340/2006

é inclusive parte da órbita do Direito de Família, visto que visa coibir a violência familiar contra a mulher e se dispõe a proteger a família, como definido pela Constituição Federal. Dessa forma, configura também enquanto ilícito civil, sendo que gera efeitos de ordem civil, entre eles, pode-se citar: a separação do casal, a responsabilidade por perdas e danos, a definição de obrigação de prestação alimentar, entre outros. Além de proteção de cunho patrimonial e as Medidas Protetivas de Urgência – que também podem ser solicitadas por meio do âmbito civil.

A elaboração deste texto construiu-se por meio do método dedutivo, através de pesquisa exploratória de fontes primárias, apoiada na pesquisa exploratória de fontes bibliográficas que compreendem o assunto. Parte-se de uma análise geral da primordialidade da aplicação de institutos do Direito de Família no contexto da violência doméstica contra a mulher, para uma análise específica do papel que o Núcleo Maria da Penha (NUMAPE) exerce em uma cidade do Norte do Paraná, dentro desse contexto.

Além disso, esta pesquisa representa fruto da participação das integrantes do NUMAPE/UENP no I Congresso de Direito das Famílias e Sucessões do Interior do Paraná, evento realizado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, em parceria com a Universidade Estadual de Londrina – UEL. No referido Congresso, apresentaram-se pesquisas científicas versando sobre a atuação do NUMAPE/UENP no Direito de Família, como forma de combate à violência doméstica e efetivação das medidas protetivas de urgência. Sob coordenação da professora Patrícia Siqueira, os debates trouxeram importantes esclarecimentos e sugestões de atuação mais eficazes para a problemática em tela, agregando melhorias ao trabalho desenvolvido pelo Núcleo, como também resultando na elaboração deste texto científico.

2 NÚCLEO MARIA DA PENHA: UM SUPORTE JURÍDICO E EMOCIONAL À MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA EM JACAREZINHO

O Núcleo Maria da Penha (NUMAPE) representa um Projeto de Extensão de iniciativa do governo do Paraná, instituído a partir do Programa Universidade sem Fronteiras (USF) e custeado por recursos da Secretaria de Estado, Ciência, Tecnologia e Ensino Superior – SETI. Ini-

cialmente implementado em Londrina (PR), vinculado à Universidade Estadual de Londrina (UEL), atualmente o NUMAPE funciona em sete municípios do Estado (Ponta Grossa, Londrina, Irati, Toledo, Maringá, Guarapuava e Jacarezinho). Em todas as localidades, o objetivo do Núcleo é o mesmo, combater a violência doméstica contra a mulher e sensibilizar a população para situação de opressão vivenciada pelo gênero feminino em uma sociedade patriarcal. (SANTIAGO; ALVES, 2018).

Consta como objetivo específico desta pesquisa, a análise do trabalho desenvolvido pelo NUMAPE, vinculado ao curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), campus Jacarezinho. Portanto, delimita-se a referida região como marco local da pesquisa aqui pormenorizada. O NUMAPE/UENP funciona com uma equipe de sete pessoas, composta por duas advogadas, duas estagiárias de Direito, uma psicóloga, um coordenador do Projeto e um professor atuando como orientador pedagógico. Em virtude de estar vinculado ao curso de Direito, as atuações são prioritariamente jurídicas, mas não se restringem apenas a essa demanda, atuando também por um viés psicológico (atendimento e acolhimento das mulheres em situação de violência doméstica) e social (realização de eventos de conscientização feminista).

Importa ressaltar o suporte emocional proporcionado às vítimas, não apenas a partir do acolhimento psicológico, mas também com a presença das advogadas para acompanhamento nas audiências, bem como em solicitação de medida protetiva ou notificação de descumprimento desta na Delegacia da Mulher. Nesse sentido, o artigo 28, da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), aduz: “É garantido a toda mulher em situação de violência doméstica e familiar o acesso aos serviços de Defensoria Pública ou de Assistência Judiciária Gratuita, nos termos da lei, em sede policial e judicial, mediante atendimento específico e humanizado”. (BRASIL, 2006). A maior conquista do Núcleo não é garantir o acesso à justiça às mulheres em situação de violência doméstica em Jacarezinho, mas sim o acesso com redução de maiores sofrimentos através de um atendimento especializado e humano.

Em casos de violência doméstica, nos quais os principais crimes praticados são vias de fato, lesão corporal, ameaça, feminicídio, entre outros, o titular da Ação Penal Pública é o Ministério Público, razão pela qual a presença de advogada para acompanhar a vítima poderia ser compreendi-

da como desnecessária. Entretanto, no dia-a-dia de atuação do NUMA-PE/UENP constata-se claramente que não há apenas uma necessidade de acompanhamento jurídico específico para essa vítima, há, em verdade, uma obrigatoriedade implícita no dispositivo legal do artigo 28, da Lei 11.340/06 e explícita dentro dos fóruns, salas de audiência e delegacias.

O nervosismo sentido pelas pessoas leigas (sem formação na ciência jurídica) no momento das audiências, com todas as formalidades que lhes são inerentes atualmente, resta intensificado nesses casos. A mulher, ao ser intimada, não sabe como será o procedimento a ser realizado no fórum e, quando chega até lá, já sensibilizada pela situação de violência, vê-se obrigada a relatar e vivenciar tudo novamente. Afinal, antes desse momento de oitiva em audiência, todo o ocorrido foi relatado em fase pré-processual, na Delegacia. Além disso, muitas sofrem ao reencontrar o agressor naquelas circunstâncias e temem precisar falar sobre o ocorrido na frente deste, pois não sabem que a oitiva ocorre de forma individual.

Para proporcionar um acompanhamento específico e humanizado, as profissionais do Núcleo Maria da Penha/UENP foram devidamente capacitadas em estudos feministas e aplicabilidade da Lei Maria da Penha. Portanto, ao receber a intimação do caso, o Núcleo entra em contato com essa mulher, a tranquiliza a respeito do que ocorrerá em sede de audiência, sana eventuais dúvidas sobre o caso e oferece a possibilidade de acompanhamento psicológico. Após, no momento da audiência, cuida-se para que o agressor sente em local afastado da vítima no fórum, não permitindo que este permaneça no mesmo espaço de visão enquanto se aguarda a entrada na sala. No caso de Jacarezinho, a vara criminal disponibiliza a sala de espera do Júri para que a mulher não precise nem presenciar a entrada de seu agressor na sala de audiência para oitiva.

O mesmo acompanhamento e cuidados são realizados ao acompanhar essa vítima até a Delegacia da Mulher para fazer o Boletim de Ocorrência ou relatar o descumprimento de medida protetiva (Lei 13.641/18 – torna crime descumprimento de medida protetiva). A advogada responsável por aquele caso acompanha também todo o relato dado pela vítima, com o intuito de garantir que nenhum fato seja esquecido, bem como para garantir o tratamento humano e o cumprimento de todas as normas da Lei Maria da Penha pela autoridade policial competente.

O âmbito penal não representa o único cenário de aplicabilidade jurídica da Lei Maria da Penha, tendo em vista que para efetivar o afastamento do agressor são necessários procedimentos cíveis, como a realização de divórcio, dissolução de união estável, guarda, alimentos, entre outros. A partir desse entendimento, a própria legislação traz, no artigo 14¹⁴⁹, da Lei 11.340/06, a necessidade de um Juizado específico para atuar em todas as áreas jurídicas que compreendem a situação de violência doméstica contra a mulher. Entretanto, essa realidade ainda não foi implementada na cidade de Jacarezinho/PR, o que faz com que as ações protocoladas pelo NUMAPE/UENP tramitem tanto na vara criminal, quanto na vara de família e sucessões.

Devido à imprescindibilidade da atuação na área do Direito de família para rompimento do ciclo de violência vivenciado pelas usuárias do NUMAPE/UENP, descreve-se de forma pormenorizada, neste trabalho, todos os procedimentos jurídicos realizados pelo Núcleo neste contexto, principalmente a formulação e posterior homologação de acordos de guarda, alimentos e dissolução de união estável. Para tanto, cumpre discurrir a respeito da construção feminista dentro do Direito de Família, fato que possibilita a atuação do Núcleo nesse sentido.

3 AS CONQUISTAS DOS FEMINISMOS NO DIREITO DE FAMÍLIA: O QUE AINDA FALTA?

O Código Civil, de 1916, retratava o século XIX, demonstrando-se marcadamente conservador e patriarcal e transparecendo a superioridade masculina. Como ressalta Dias (2010, s/n) a força física masculina foi transfigurada em poder pessoal e autoridade, dessa forma, tornou o homem comandante da família. E a mulher, ao se casar, perdia sua autonomia e plena capacidade – tornando-se relativamente incapaz. Sendo que até mesmo para exercer seu trabalho precisa da autorização marital, como

149 Art. 14, Lei 11.340/06: “Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher” (BRASIL, 2006).

indica o inciso VII do artigo 242, VII¹⁵⁰, do Código de 1916. Neste contexto, da mulher enquanto relativamente incapaz, está o Estatuto da Mulher Casada – a Lei 4.121/1962, que concede capacidade a mulher, passando de relativamente incapaz à colaboradora na administração da sociedade conjugal, dispensando também a autorização marital para o trabalho. No entanto, o marido ainda era considerado o chefe da sociedade conjugal, competindo-lhe: a representação legal da família e a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher.

Outro aspecto que deve ser considerado é que, em conformidade com o Código Civil de 1916, a virgindade da mulher era exigida e inclusive uma das possibilidades que permitia a anulação do casamento (art. 219, IV, CC/1916)¹⁵¹. Sendo que atualmente, a virgindade feminina não é mais exigida – e nem um dos pressupostos de anulação do casamento. Ademais, era à época do referido código de 1916, obrigatório que a mulher assumisse, com o casamento, os apelidos do marido (art. 240, CC/1916¹⁵²). Atualmente, ao casar, tanto homens quanto mulheres podem ter seus sobrenomes¹⁵³ trocados, consoante as suas vontades particulares, conforme parágrafo primeiro do artigo 1.565 do Código Civil de 2002. Outro avanço foi a Lei do Divórcio, Lei nº 6.515/1977, sendo necessário inclusive a alteração da própria Constituição Federal para sua efetivação, através da emenda constitucional nº 9, a qual introduziu a dissolubilidade do vínculo matrimonial.

150 Código Civil, 1916 (revogado), Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido: VII. Exercer profissão (art. 233, IV)

151 Código Civil, 1916 (revogado), Art. 219. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge: IV. O defloramento da mulher, ignorado pelo marido.

152 Código Civil, 1916 (revogado), Art. 240. A mulher assume, pelo casamento, com os apelidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família (art. 324).

153 É primordial destacar, no entanto, que mesmo com esta alteração na legislação, grande maioria das mulheres acrescenta o sobrenome dos esposos e muitos deles ainda exigem que o façam, se tratando um resquício de tal realidade, na prática, perpetuando o ideário de posse sobre a mulher. Ademais, cabe ressaltar que poucos homens inserem o sobrenome da mulher. E ainda, por outro viés, que o sobrenome trocado costumeiramente é o sobrenome paterno, enquanto, o materno é deixado de lado – demonstrando mais uma vez a valorização dos valores masculinos em detrimento dos femininos.

Dessa forma, a partir da vigência do Código Civil de 2002, o casamento deixa de ser (ao mesmo sob um aspecto jurídico) destino obrigatório, mas sim uma escolha à mulher. E ainda, se essa for a escolha da mulher, ela desempenhará papel igual ao de marido, podendo cuidar dos bens e praticar atos civis sem precisar de qualquer espécie de permissão. Concretiza-se, assim, uma espécie de igualdade formal, marcada pelos avanços dos feminismos e pelos marcos de igualdade formal entre homens e mulheres na Constituição Federal de 1988. Neste contexto, adiciona Dias (2010, s/n) que, “Talvez um dos grandes méritos do atual Código Civil, tenha sido afastar toda uma terminologia discriminatória, não só com relação à mulher, mas também com referência à família e à filiação.”

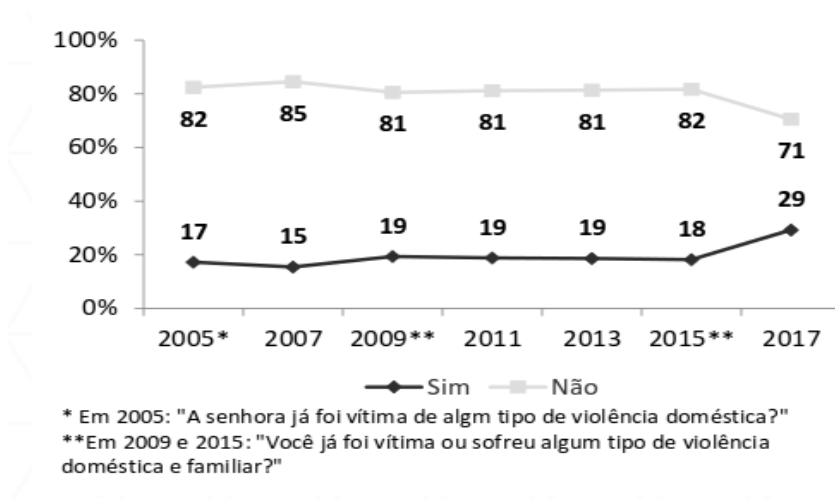
Apresentados tais avanços, é imprescindível tratar do que ainda é necessário ser realizado para concretizar uma verdadeira equidade da mulher e do homem, não apenas formal (nos textos legais), mas social. E no caso do presente trabalho, apresenta-se a violência doméstica e familiar contra a mulher.

É inconcebível abordar uma justiça social enquanto a violência doméstica e familiar contra a mulher não for erradicada, até mesmo porque constitui uma das formas de violação aos direitos humanos (art. 6º, Lei 11.340/06). Sendo que essa própria Lei transpõe esta forma de violência do âmbito privado (do ambiente familiar e doméstico) para o interesse público. A mesma autora ainda reflete acerca da lei em referência enquanto uma discriminação positiva:

A igualdade formal é ao mesmo tempo justa e discriminatória, na medida em que não reconhece as desigualdades. Homens e mulheres são iguais enquanto sujeitos de direitos, mas são também diferentes. Fisicamente, biologicamente, historicamente, economicamente e socialmente homens e mulheres são diferentes e agem de modo distinto. [...] A par das críticas e ponderações, o tratamento diferenciado constitui meio necessário para a efetividade da prevenção e repressão à violência doméstica. Apesar das ações afirmativas, a mulher ainda é hipossuficiente e os números de feminicídios são alarmantes, o que justifica a discriminação positiva. (FERNANDES, 2015, p. 42-44, grifo nosso)

Conforme demonstram os dados do Instituto de Pesquisa DataSenado, em parceria com o Observatório da Mulher contra a Violência (2017, p. 2-3), houve um aumento significativo do percentual de mulheres que declararam ter sido vítimas de algum tipo de violência provocada por um homem: esse percentual passou de 18%, em 2015, para 29%, em 2017.

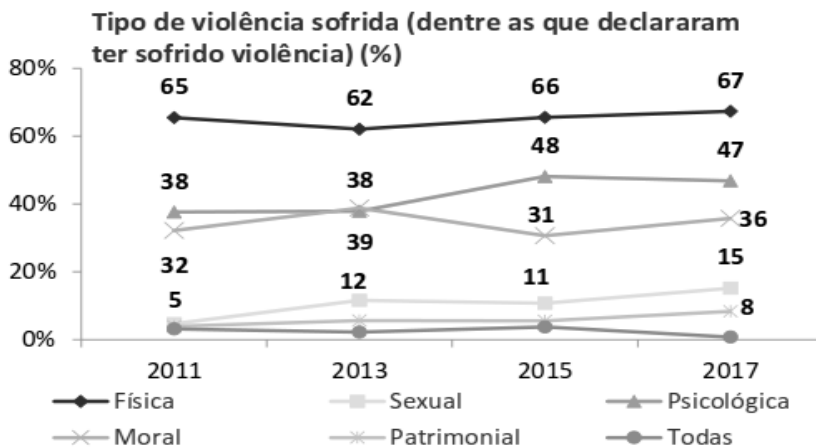
GRÁFICO 1: VOCÊ JÁ FOI VÍTIMA DE ALGUM TIPO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA?



Fonte: Instituto de Pesquisa DataSenado, em parceria com o Observatório da Mulher contra a Violência (2017, p. 2).

Os dados da mesma pesquisa apontam que dentre as que declaram ter sofrido algum tipo de violência, a violência física foi a mais mencionada: 67% das respondentes disseram já ter sofrido esse tipo de agressão. A violência psicológica veio em seguida, com 47% das menções, enquanto as violências moral e sexual tiveram 36% e 15% das respostas, respectivamente.

GRÁFICO 2: TIPO DE VIOLÊNCIA SOFRIDA (DENTRE AS QUE DECLARAM TER SOFRIDO VIOLÊNCIA) (%)



Fonte: Instituto de Pesquisa DataSenado, em parceria com o Observatório da Mulher contra a Violência (2017, p. 3).

Ainda é válido ressaltar que conforme o levantamento do “O poder judiciário na aplicação da lei Maria da Penha”, do Conselho Nacional de Justiça (2017, p. 12-13), ingressaram nos tribunais de justiça estaduais do país 452.988 casos novos de conhecimento criminais em violência doméstica contra a mulher - número 12% maior que o verificado em 2016, quando 402.695 casos novos foram registrados¹⁵⁴.

Cabe inclusive, uma reflexão acerca de todas as estatísticas acima exibidas:

A nova pesquisa nacional “Visível e Invisível: a Vitimização de Mulheres no Brasil”, realizada pelo Datafolha a pedido do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) ajuda a compreender melhor uma situação que já conhecemos: a violência vivida pelas mulheres e as formas pelas quais, como sociedade, enfrentamos essa

154 É importante ressaltar que o aumento nos números não significa dizer necessariamente que a quantidade de casos é crescente, mas que atualmente, as mulheres estão se sentindo mais seguras para relatá-los – o que significa que a cifra oculta tem diminuído e não necessariamente que a violência aumentou. Os altos índices sempre existiram, entretanto, essa violência sempre ocorreu entre quatro paredes.

questão. Conhecemos a estatística. Nós a experimentamos. Somos esses números. Nós, mulheres, vivenciamos todos os dias o que as estatísticas comprovam. Por que nossa sociedade segue indiferente ao que somos e como estamos? Além disso, já sabíamos que éramos assim e estávamos em silêncio? (MIKLOS; EVANGELISTA, 2017, p. 33, grifo nosso)

Como sensibilizam as autoras, “nós somos esses números”. Compete a cada uma das mulheres, a cada produtora de conhecimento, a cada operadora do direito, a cada leitora, lutar contra essa realidade. Pois, compete a cada membro da sociedade, romper com esse ciclo de violência contra a mulher. O trabalho aqui apresentado demonstra o papel executado por meio do Núcleo Maria da Penha para não seguir indiferente, para manifestar a voz de cada uma das “Marias” de Jacarezinho, com a finalidade de romper ciclos de violência aos quais essas mulheres estão submetidas.

4 ACORDOS DAS FAMÍLIAS EM UM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: O DIREITO EM PROL DA MINIMIZAÇÃO DE SOFRIMENTOS

Inicialmente, faz-se necessário tratar acerca da unidade do direito, conceituada por Bobbio (1999), enquanto um conjunto de normas entre as quais existe uma ordem. Sendo esta ordem o relacionamento da norma com outras normas e dela com todo o sistema. Tal conceituação faz-se necessária para que a unidade do direito seja concretizada entre todos os seus ramos visando à efetividade da Lei 11.340/2006. Isso, no presente trabalho, significa rememorar que a origem da Lei Maria da Penha é o cumprimento do § 8º do art. 226 da Constituição Federal – a proteção da Família¹⁵⁵. Desta forma, é essencial integralizar os institutos da referida lei da ordem penal para a ordem civil – especialmente no que concerne ao Direito de Família.

155 É primordial salientar para a compreensão apropriada desde artigo da Constituição Federal. Não se deve entender o termo família enquanto o padrão concebido socialmente- enquanto uma instituição patriarcal heteronormativa, inclusive difundida pelo Código Civil de 1916. E sim, enquanto um propósito final de relações de afeto que independem de gênero, etnia, orientação sexual, crenças religiosas, entre outros.

É neste contexto que se insere o objetivo da presente pesquisa: a indispensabilidade da aplicação de institutos e garantias previstas pelo Direito das Famílias no contexto da violência doméstica contra a mulher, efetivado pelo papel prestado pelo Núcleo Maria da Penha da Universidade Estadual do Norte do Paraná que atua tanto na esfera penal, quanto na esfera civil (do direito de família) com a finalidade de prestar um atendimento especializado e sensibilizado para as mulheres em situação de violência – minimizando os sofrimentos.

Isso torna-se possível pois o núcleo possui um conhecimento específico e extenso acerca de cada caso, devido ao atendimento especializado prestado referente à ordem penal e psicológica. Ao conhecer a usuária, possibilita-se um contato direto com ela para compreender suas necessidades específicas. Dessa forma, faz-se viável a realização das providências cabíveis civilmente, por meio de acordos extrajudiciais, quando possível, que são cuidadosamente avaliados para cada caso e posteriormente são homologados pelo juiz – evitando qualquer espécie de violação de direitos de qualquer uma das partes e respeitando também a existência de eventual medida protetiva de urgência, casos em que os envolvidos comparecem ao Núcleo em momentos separados.

Tais acordos extrajudiciais são realizados por meio de uma espécie de mediação extrajudicial com extrema cautela para verificar quais são as necessidades e exigências da assistida, além de explicar como funcionaria o desenvolvimento deste acordo extrajudicial, de sua validade e da opção do processo judicial – deixando que ela analise com calma todas as opções e escolha a que acredita ser mais proveitosa para ela.

Ademais, devido a existência da Medida Protetiva de Urgência (em grande parte dos casos) as partes não são colocadas frente a frente. Ao invés disso, entra-se em contato separadamente com o réu para explicação das mesmas opções e de como tal acordo extrajudicial é realizado, além de colocar em pauta as exigências da usuária do núcleo e verificar concordância.

Quando as duas partes chegam a um denominador comum, o acordo é redigido em conformidade à vontade das partes e dos direitos e garantias previstos no ordenamento jurídico. E as duas partes o assinam separadamente (devido à existência de medida protetiva), assim como as procurações. Após isso, tal acordo extrajudicial é assinado por duas testemunhas e pelas advogadas e, após homologação judicial, passa a ter validade. Com o

intuito de garantir que não exista nenhuma violação de direitos, o acordo extrajudicial é homologado pelo juízo, com vistas ao Ministério Público (para garantir o interesse dos infantes, se for o caso).

A realização destes acordos extrajudiciais concernentes ao Direito das Famílias visa o cumprimento de três principais objetivos específicos, que serão analisados separadamente:

a) Coibir o ciclo de violência doméstica e familiar contra a mulher:

A Lei Maria da Penha, não possui viés punitivista, portanto, não é “valorizar o poder punitivo e a interferência penal mais gravosa, mas sim destacar a existência de uma seletividade penal com recorte de gênero” (LAVIGNE; PERLINGEIRO, 2011, p. 302). Uma das comprovações de que não possui tal orientação é o viés preventivo, conferido pelas Medidas Protetivas de Urgência, por exemplo. Conforme ensina Alice Bianchini:

A Lei Maria da Penha não trata de toda a violência contra a mulher, mas somente daquela baseada no gênero (art. 5º, caput). Tal delimitação decorre da redação contida no dispositivo antes mencionado, o qual estabelece que, “para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero”. A violência de gênero envolve uma determinação social dos papéis masculino e feminino, atribuindo-se pesos com importâncias diferenciadas. No caso da nossa sociedade, os papéis masculinos são supervalorizados em detrimento dos femininos. [...] Em se tratando de controle da mulher, essa violência incide quase como controle total, dada a situação de afeto, intimidade, convivência (em muitos casos) e continuidade que caracteriza a relação de poder desigual decorrente do sistema de desigualdade de gêneros. (BIANCHINI, 2018, p. 33-34, grifo nosso).

É importante tal compreensão para compreender que a violência de gênero é devido a uma determinação social dos papéis masculino e feminino, sendo que o primeiro é enaltecido em detrimento do segundo, demonstrando-se enquanto um controle da mulher. O que significa dizer que o fundamento da naturalização da violência contra as mulheres é cultural.

Desta forma, o papel que o Núcleo Maria da Penha desempenha além de proteger a assistida através do processo criminal é intentar a separação, quando for da vontade desta, e findar o ciclo de violência. Para isso, o apoio psicológico prestado por meio da psicóloga do núcleo através de sessões de escuta individualizadas é essencial enquanto fortalecimento dessa assistida. E concomitante, concretiza-se por meio dos Institutos do Direito de Família, as garantias a esta mulher: Divórcio, Dissolução da União Estável, Guarda dos infantes, Pensão, Divisão de Bens, entre outros.

b) Minimizar os sofrimentos da mulher em situação de violência:

Os acordos extrajudiciais tratam deste objetivo, de maneira indireta, pois visam a minimização dos sofrimentos e da violência secundária praticada pelo sistema. Isso porque, a partir da realização de um acordo extrajudicial evita-se o início de um novo curso processual, bem como a participação em outras audiências além das criminais, o que é relevante para uma mulher que se encontra desgastada e fragilizada pela ocorrência da violência doméstica e familiar – que ocorre sempre dentro de um contexto de confiança e afeto, tornando tal situação ainda mais complexa.

b) Concretização da Efetividade das Medidas Protetivas de Urgência:

É cabível ressaltar que, em conformidade com o levantamento do CNJ, publicado em 2018, intitulado “O Poder Judiciário na Aplicação da Lei Maria da Penha”, referente aos dados do ano de 2017, foram expedidas 236.641 medidas protetivas. Um número bastante considerável, desta forma, imprescindível que elas sejam dotadas de sua máxima efetividade, visto que são providências de urgência e de caráter preventivo. Sendo necessário que além delas, a mulher em situação de violência tenha todos os seus direitos garantidos e desvincule-se de qualquer espécie de vínculo com o agressor.

Para a compreensão desejada, referente a concretização de tais medidas, serão abordadas especificamente duas delas: a Separação de Corpos

(art. 23, IV¹⁵⁶) e o Afastamento do Agressor do Lar (art. 23, II¹⁵⁷) e a atuação do Núcleo Maria da Penha aplicando os Institutos do Direito de Família por meio de acordos extrajudiciais para sua concretização.

A Separação de Corpos está prevista no art. 23, inciso IV. No entanto, tal instituto já era garantido e disciplinado por meio do art. 1.562 do Código Civil. Como ensina Wilson Lavorenti (2009), esta medida protetiva pode ser solicitada diretamente à autoridade policial. E a busca dos efeitos civis específicos deve ser pleiteada junto à Vara de Família, conforme segue:

A separação de corpos tem previsão própria no Código Civil (art. 1.562), mas, para efeitos da Lei Maria da Penha, não se faz necessário que a mulher ingresse com medida cautelar objetivando a separação de corpos, bastando um pedido à autoridade policial, quando da formalização da ocorrência, para que o expediente conduza a uma decisão judicial célere nesse sentido. A busca de efeitos civis específicos deve ser pleiteada, por meio da ação própria – separação judicial, nulidade do casamento, dissolução da sociedade da fato etc. – junto à Vara de Família.’. (LAVORENTI, 2009, p. 270, grifo nosso).

Ademais, vê-se garantido o Afastamento do Agressor do Lar (Art. 23, II), o qual visa diminuir o risco iminente de agressão, já que o autor desta não está mais próximo da vítima. Esta medida foi instituída, para os casos de violência doméstica, pela alteração do art. 69¹⁵⁸ da Lei 9.099/95 (Juizados Especiais) dado pela Lei 10.455/2002.

Neste contexto, insere-se o trabalho realizado pelo Núcleo Maria da Penha, enquanto mediador extrajudicial para realização de acordos extra-

156 LEI 11.340/06, Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas: IV- determinar a separação de corpos.

157 LEI 11.340/06, Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas: II- determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

158 LEI 9.099/95, Art. 69: “A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários”.

judiciais entre as partes, concretizando o caráter de urgência e preventivo ofertado pelas Medidas Protetivas de Urgência e alterando a situação fática de violência vivenciada pelo casal.

CONCLUSÃO

Os índices de violência doméstica contra mulher no Brasil são crescentes, não necessariamente em razão do efetivo aumento dos casos, mas principalmente porque hoje essas mulheres sentem-se mais protegidas para relatar o que acontece todos os dias dentro de suas casas. Iniciativas concretizadas por meio de políticas públicas e atuações multidisciplinares (como é o caso do Núcleo Maria da Penha – NUMAPE/UENP) aptas a aplicar formas alternativas de resolução de conflitos (concretização de acordos extrajudiciais de Direito das Famílias em casos de violência doméstica) são fundamentais para concretizar a libertação das mulheres, não apenas desses ciclos de violência, como também de toda opressão e preconceito a que são submetidas diariamente.

Demonstra-se a importância de expandir ao máximo a aplicabilidade da Lei Maria da Penha para libertar o gênero feminino inserido em um contexto de violência doméstica e, para prevenir a parcela que não vivencia essa realidade. Ao trabalhar a atuação cível do Núcleo, dentro esfera do Direito das Famílias, por meio da efetivação de acordos extrajudiciais de divórcio e dissolução de união estável, o atendimento especializado a essas mulheres permanece e, quando possível, os danos serão minimizados ao máximo. Da mesma forma, os acordos referentes à guarda dos filhos e prestação de alimentos, evitam brigas e discussões que podem facilmente recolocar a usuária em um contexto de violência doméstica, mesmo após o término do relacionamento.

Outro importante benefício de se trabalhar as questões das famílias da forma menos danosa possível, externa-se na proteção aos direitos da criança e do adolescente. Os filhos são também vítimas da violência doméstica, mesmo que de forma indireta, e não podem ser utilizados como instrumento de ataque do pai em relação à mãe ou o contrário. Há casos em que o agressor concretiza uma verdadeira violência psicológica à vítima, ao ameaçar “ficar com a guarda das crianças”, por exemplo. Assim, os acordos extrajudiciais efetivados pelo NUMAPE/UENP buscam proteger as vítimas, seus filhos e

também, impedir o agressor de perpetuar com uma conduta violenta e, conseqüentemente, permanecer em um contexto de criminalidade. Os ganhos da união entre feminismos e o Direitos das Famílias são para todas e todos, não existindo espaço para desigualdades em uma política de igualdade e amor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIANCHINI, Alice. Lei nº 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. trad. Maria Celeste C. J. Santos; apres. Tercio Sampaio Ferraz Júnior. 10ª. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. Constituição Federal. Senado Federal. Brasília: out. 1998.

_____. Lei n. 9.099. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Brasília: set. 1995.

_____. Lei n. 11.340. Lei Maria da Penha. Brasília: ago. 2006.

_____. Lei n. 4.121. Estatuto da Mulher Casada. Brasília: ago. 1962.

_____. Lei n. 10.406. Código Civil. Brasília: jan. 2002.

_____. Lei n. 11.340. Lei Maria da Penha. Brasília: ago. 2006.

_____. Lei n. 6.515. Lei do Divórcio. Brasília: dez. 1977.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. O poder judiciário na aplicação da lei maria da penha. 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/publicacoes/arquivo/5f271e3f54a853da92749ed051cf3059_18ead26dd2ab9cb18f8cb59165b61f27.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2019.

DATASENADO; OBSERVATÓRIO DA MULHER CONTRA A VIOLÊNCIA. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Junho/2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/datasetenado/arquivos/aumenta-numero-de-mulheres-que-declararam-ter-sofrido-violencia>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *A mulher no Código Civil*. Disponível em: <[http://www.maria-berenice.com.br/manager/arq/\(cod2_726\)18__a_mulher_no_codigo_civil.pdf](http://www.maria-berenice.com.br/manager/arq/(cod2_726)18__a_mulher_no_codigo_civil.pdf)>. Acesso em: 22 mar. 2019.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar (inclui Lei de Feminicídio)*. São Paulo: Atlas, 2015.

LAVORENTI, Wilson. *Violência e discriminação contra a mulher: tratados internacionais de proteção e o direito penal brasileiro*. Campinas: Millennium, 2009.

MIKLOS, Manoela; EVANGELISTA, Ana Carolina. *O que somos, o que sabemos e o que fazemos com isso*. In: FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA; DATAFOLHA. *Visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil*. Março/2017. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio-pesquisa-vs4.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2019.

SANTIAGO, Brunna Rabelo; ALVES, Fernando de Brito. *Núcleo Maria da Penha UENP: pela concretização de uma criminologia feminista*. In: *Anais do XXVII Encontro Nacional Do CONPEDI Salvador – BA: Gênero, sexualidades e direito II*. Organização CONPEDI/UFBA. Coordenadores: Gabrielle Bezerra Sales; Janaína Machado Sturza; Renato Duro Dias – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

