

DIREITO NO CONTEXTO GLOBAL

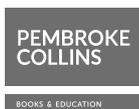
PEMBROKE COLLINS
CONSELHO EDITORIAL

PRESIDÊNCIA Felipe Dutra Asensi

CONSELHEIROS Adolfo Mamoru Nishiyama (UNIP, São Paulo)
Adriano Moura da Fonseca Pinto (UNESA, Rio de Janeiro)
Adriano Rosa (USU, Rio de Janeiro)
Alessandra T. Bentes Vivas (DPRJ, Rio de Janeiro)
Arthur Bezerra de Souza Junior (UNINOVE, São Paulo)
Aura Helena Peñas Felizzola (Universidad de Santo Tomás, Colômbia)
Carlos Mourão (PGM, São Paulo)
Claudio Joel B. Lossio (Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal)
Coriolano de Almeida Camargo (UPM, São Paulo)
Daniel Giotti de Paula (INTEJUR, Juiz de Fora)
Danielle Medeiro da Silva de Araújo (UFSB, Porto Seguro)
Denise Mercedes N. N. Lopes Salles (UNILASSALE, Niterói)
Diogo de Castro Ferreira (IDT, Juiz de Fora)
Douglas Castro (Foundation for Law and International Affairs, Estados Unidos)
Elaine Teixeira Rabello (UERJ, Rio de Janeiro)
Gláucia Ribeiro (UEA, Manaus)
Isabelle Dias Carneiro Santos (UFMS, Campo Grande)
Jonathan Regis (UNIVALI, Itajaí)
Julian Mora Aliseda (Universidad de Extremadura, Espanha)
Leila Aparecida Chevchuk de Oliveira (TRT 2ª Região, São Paulo)
Luciano Nascimento (UEPB, João Pessoa)
Lui Renato Telles Otaviano (UFMS, Três Lagoas)
Marcelo Pereira de Almeida (UFF, Niterói)
Marcia Cavalcanti (USU, Rio de Janeiro)
Marcio de Oliveira Caldas (FBT, Porto Alegre)
Matheus Marapodi dos Passos (Universidade de Coimbra, Portugal)
Omar Toledo Toríbio (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru)
Ricardo Medeiros Pimenta (IBICT, Rio de Janeiro)
Rogério Borba (UVA, Rio de Janeiro)
Rosângela Tremel (UNISUL, Florianópolis)
Roseni Pinheiro (UERJ, Rio de Janeiro)
Sergio de Souza Salles (UCP, Petrópolis)
Telson Pires (Faculdade Lusófona, Brasil)
Thiago Rodrigues Pereira (Novo Liceu, Portugal)
Vanessa Velasco Brito Reis (UCP, Petrópolis)
Vania Siciliano Aieta (UERJ, Rio de Janeiro)

ORGANIZADORES:
ALEXANDRE PEREIRA DA ROCHA,
ALVARO AUGUSTO SANTOS CALDAS GOUVEIA,
GEOGE ANDRÉ LANDO E
SIDNEY CESAR SILVA GUERRA

DIREITO NO CONTEXTO GLOBAL



PEMBROKE COLLINS
Rio de Janeiro, 2020

Copyright © 2020 Alexandre Pereira da Rocha, Alvaro Augusto Santos Caldas Gouveia, Giorge André Lando e Sidney Cesar Silva Guerra (orgs.)

DIREÇÃO EDITORIAL Felipe Asensi

EDIÇÃO E EDITORAÇÃO Felipe Asensi

REVISÃO Coordenação Editorial Pembroke Collins

PROJETO GRÁFICO E CAPA Diniz Gomes

DIAGRAMAÇÃO Diniz Gomes

DIREITOS RESERVADOS A

PEMBROKE COLLINS

Rua Pedro Primeiro, 07/606

20060-050 / Rio de Janeiro, RJ

info@pembrokecollins.com

www.pembrokecollins.com

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada ou reproduzida sob quaisquer meios existentes sem autorização por escrito da Editora.

FINANCIAMENTO

Este livro foi financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro, pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e pela Pembroke Collins.

Todas as obras são submetidas ao processo de peer view em formato double blind pela Editora e, no caso de Coletânea, também pelos Organizadores.

D598

Direito no contexto global / Alexandre Pereira da Rocha, Alvaro Augusto Santos Caldas Gouveia, Giorge André Lando e Sidney Cesar Silva Guerra (organizadores). – Rio de Janeiro: ICLD / Pembroke Collins, 2020.

206 p.

ISBN 978-65-87489-00-1

1. Direito. 2. Globalização. I. Rocha, Alexandre Pereira da (org.). II. Gouveia, Alvaro Augusto Santos Caldas (org.). III. Lando, Giorge André (org.). IV. Guerra, Sidney Cesar Silva (org.). V. International Congress on Law and Development.

CDD 341

SUMÁRIO

IDEOLOGIA DE GÊNERO: TRANSEXUALISMO NO SÉCULO XXI.....13

Anna Caroline Bastos

Clara Cecília Carvalho

Gustavo Caspary

O TRABALHADOR MIGRANTE E A SUA PROTEÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS.....39

Fernanda L. de Freitas Rodrigues

Marcel Fernandes de Oliveira Rocha

JURISDIÇÃO E DEMOCRACIA: DISCUSSÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE NO CASO DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA NO BRASIL.....59

Marcel Fernandes de Oliveira Rocha

Tallita de Carvalho Martins

OPERAÇÃO "BACK TO BACK"76

Ane Patrícia Chemin Branco

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL E SEUS EFEITOS NA REALIZAÇÃO TRANSCONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO POLÍTICO AMBIENTAL DO BEM ESTAR NO BRASIL98

Frederico Antonio Lima de Oliveira

Caio Rogério da Costa Brandão

INTERNACIONALIZAÇÃO DAS EMPRESAS BRASILEIRAS/EXPORTAÇÃO
DIRETA.....119

Evandro Luiz Luko

SIGILO DE DADOS.....142

Evandro Luiz Luko

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS NA AMÉRICA
LATINA.....159

Pablo Eduardo Ortiz

Lucas Gonçalves dos Santos

O REFÚGIO NO DIREITO INTERNACIONAL E ALGUNS DESDOBRAMEN-
TOS PARA A ORDEM INTERNA BRASILEIRA: BREVE ANÁLISE180

Sidney Guerra

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
Glaucia 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 Universitaria 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

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

O **CAED-Jus** desenvolve-se principalmente 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

O 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 2020, o **CAED-Jus** organizou o **International Congress on Law and Development (ICLD 2020)**, que também contou com a Universidade Veiga de Almeida e a Ambra University.

Agendado para ocorrer entre os dias 27 a 29 de abril de 2020 em Orlando, Estados Unidos, o evento contou com 8 Grupos de Trabalho coordenados por professores selecionados por edital específico, sendo priorizada a diversidade institucional e a inserção internacional do professor. O resultado foi a aprovação de 40 trabalhos através do processo de *peer review* com *double blind*, o que resultou na publicação dos 04 livros do evento: Tecnologia e compliance no direito, Direito no contexto global, Facticidade do direito, Perspectivas de direito e desenvolvimento.

Em razão da pandemia amplamente conhecida e noticiada no ano de 2020, a situação nos Estados Unidos agravou-se e impossibilitou a realização do evento no que concerne à apresentação dos trabalhos presencialmente. Isso ensejou por parte da organização do evento a devolução do valor de inscrição pago por todos os autores de trabalhos aprovados.

Porém, como forma de reconhecer o mérito dos autores dos trabalhos apresentados e a atuação dos Coordenadores de GTs e comprometido com as temáticas democráticas discutidas no âmbito do evento, o CAED-Jus decidiu por manter e financiar a publicação de todos os trabalhos aprovados.

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 (CAE-D-Jus), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e da Editora Pembroke Collins e cumpre os diversos critérios de avaliação de livros com excelência acadêmica nacionais e internacionais.

IDEOLOGIA DE GÊNERO: TRANSEXUALISMO NO SÉCULO XXI

Anna Caroline Bastos, Clara Cecília Carvalho e Gustavo Caspary

INTRODUÇÃO

O seguinte artigo tem como objetivo aprofundar e esclarecer o debate sobre os transgêneros e as dificuldades enfrentadas por estes em seu cotidiano, como são vistos e tratados perante a sociedade, e quanto à eficácia das leis brasileiras relacionadas ao tópico, visto que este é um tema recente e pouco discutido, apesar de sua importância para a sociedade.

O mundo hoje está diferente, novas opiniões e ideias tomam conta da sociedade, e a questão sexual por sua vez, está incluída, é importante ressaltar as diferenças entre os transgêneros e os demais grupos fundidos na LGBT, transgêneros são pessoas que não se identificam com seu corpo. Possuem um determinado sexo na cabeça e outro no corpo. E não deve ser confundida com uma orientação sexual, um trans pode ser hétero ou homossexual. Complementando, a própria Constituição Federal Brasileira falha em incluir e ajudar o grupo trans, além do grande preconceito visto na maioria da população, considerando os como um tabu. O grupo LGBT, por mais

conquistas e direitos que tenha conseguido, não tem uma amplitude grande o bastante para incluir e representar a todos os grupos nele fundidos, ainda mais devido as diferenças marcantes e complexidade de cada um, principalmente os transexuais.

Esta pesquisa é de suma importância, não só para o Brasil, mas para o mundo inteiro. Como é classificado um transgênero, como a sociedade reage a isso, a ignorância e o conservadorismo das pessoas, e o quanto as leis são falhas, pode se dar o exemplo o quanto é difícil para um transexual mudar seu prenome, a burocracia é maciça e a insistência deve ser constante, simplesmente porque não há leis para eles, e sim, para o grupo LGBT ou LGBTTT, o que mostra que o grupo tem pouca eficácia em ajudá-los plenamente, além disso, são requeridos exames e idade mínima para uma mudança de sexo, que também não tem muito suporte do Governo Brasileiro e da sociedade em si, pode se usar o exemplo de Roberta Close que descobriu sua identidade de gênero ainda na adolescência e teve de enfrentar o preconceito de sua própria família, além de levar muitos anos para ter a chance de realizar seu sonho e fazer a cirurgia de redesignação sexual, deve se saber também o quanto é caro realizar tal cirurgia, sendo este um privilégio para poucos. Para construir este artigo e atingir os objetivos pretendidos, foi feito uso do tópico: “As mudanças” que tem como objetivo mostrar o quão difícil são as dificuldades encontradas por um transgênero em sua vida, através de exemplos e pesquisas bibliográficas e documentais. Também foi utilizado o pensamento dos seguintes autores: Robert Stoller, Henry Friget, Berenice Bento, Harry Benjamin e Jacques Lacan.

1. ORIGEM DO TERMO TRANSEXUALIDADE

O transexualismo é um termo utilizado para a não aceitação da sexualidade biológica de um indivíduo. Para enten-

de-lo é necessário antes saber do que se trata a identidade de gênero.

Identidade de gênero significa o gênero com o qual uma pessoa se identifica, que pode ou não concordar com o gênero que lhe foi atribuído aquando de seu nascimento. Diferente da sexualidade da pessoa, identidade de gênero e orientação sexual são dimensões diferentes e que não se confundem. Os indivíduos transexuais podem ser heterossexuais, lésbicas, homossexuais ou bissexuais, tanto quanto as pessoas que não se identifiquem com a transexualidade (Jesus, 2012).

É o sentimento de “masculinidade” ou de “feminilidade” que a pessoa tem, sendo uma aquisição cultural progressiva que, por sua vez, é determinante do comportamento, como qualquer outra característica psicológica profunda (Vieira, 2003; Vieira & Silva, 2005).

O termo transexual, ainda que não utilizado como termo específico, foi utilizado pela primeira vez pelo sexólogo David Cauldwell, em 1949, em um artigo sobre um pedido de “transmutação” de mulher para homem, considerando-o como um caso de psicopatologia.

Em 1953, inicia-se uma parte da literatura médica voltada para o transexualismo, encabeçado por Harry Benjamin, endocrinologista e sexólogo alemão, que partindo de uma visão biológica, apresenta a ideia de subníveis para a formação do “sexo”, sendo estes: o genético, o gonádico, o fenotípico, o psicológico e o jurídico. Chegando ao entendimento de que o sexo cromossômico (genético) seria o responsável pela determinação do sexo e do gênero:

“o transexual se sente uma mulher (...) e se sente atraído por outros homens. Isso faz dele um homossexual se seu sexo for diagnosticado de acordo com seu corpo. No

entanto, ele se autodiagnostica segundo seu sexo psicológico feminino. Ele sente atração por um homem como heterossexual, ou seja, normal” (Benjamin, 2001, p.30)

Descreve as características do homem e da mulher “normal”, tais características são almeçadas pelos transexuais.

o homem normal (normal por sua herança genética) tem sua construção masculina e voz, uma ampla oferta de androgênio, potência satisfatória, uma contagem de esperma, que garante a fertilidade, sente-se um homem, é atraído sexualmente pelas mulheres e ficaria horrorizado de usar roupas femininas ou “mudar de sexo”. Ele é, muitas vezes, marido e pai, trabalha em um emprego ou profissão de acordo com seu sexo e gênero, que nunca são questionados jurídica ou socialmente (BENJAMIN, 1996, p. 09).

A fêmea geneticamente normal apresenta o quadro oposto. Ela se sente, parece, age e funciona como uma mulher, não quer ser nada mais, bem como geralmente se casa e tem filhos. Ela se veste e se faz atraente para os homens; o seu sexo e gênero também nunca são postos em dúvida, nem pela sociedade, nem pela lei (BENJAMIN, 1996, p. 09).

De acordo com Benjamin, essas características compõe a norma heterossexual.

Benjamin também estabelece a diferença entre o travestismo e o transexualismo. Para ele os transexuais verdadeiros sentiriam repulsa por seus órgãos sexuais e por suas características sexuais secundárias, desejando submeter-se o quanto antes a procedimentos hormonais e cirúrgicos, depositando assim todas as suas

expectativas nas mãos dos médicos. Por outro lado, os travestis se sentiriam cômodos em vestir-se com roupas do sexo oposto, sentindo-se satisfeitos com seu corpo, não possuindo a necessidade de buscar ajuda em um centro médico.

Em 1975, Robert Stoller se aprofunda no tema e lança a tese de “feminilidade primária”, isto é estado inicial de todos, fruto do vínculo entre mãe e filho. Este laço cria um efeito feminino, que a menina não necessita superar, mas o menino sim.

Para se tornar masculino, o menino deve superar esta primeira ligação para entrar no conflito edipiano, processo que leva o ser a se posicionar sexualmente para o feminino ou para o masculino, depois do processo o indivíduo passa a identificar-se com os membros do seu próprio sexo e toma o membro do sexo oposto como seu objeto.

Colocando como centro de suas observações o transexualismo masculino, chamou de distúrbio profundo no ego da criança, o sentimento do indivíduo de sentir-se como mulher tendo pleno conhecimento de que é homem.

Com o aprofundamento no estudo do transexualismo, surgem novos termos a serem analisados, um deles é o Transexualista, explicado por Henry Frignet como um ser diferente ao transexual, enquanto este é psicótico, o transexualista é pervertido, ou seja, é um indivíduo não transexual que tem como objetivo obter algum tipo de gozo, resultado da alienação de determinado grupo social.

Outro termo significativo ao estudo do transexualismo é transgerismo: termo abrangente pois a pessoa transgênero pode ser considerada aquela que se identifica com a identidade do sexo oposto mas não sente necessidade de transformação física. Corresponde, deste modo, à recusa das expectativas de gênero atribuídas ao seu sexo e à identificação com o sexo oposto. É, portanto, uma pessoa que não pretende mudar de sexo mas ma-

nifesta a identidade esperada para o sexo oposto podendo ser designado por “transsexual não-operável” (Santos, 2012).

Jacques Lacan, divide em etapas a construção da identidade de gênero. A primeira etapa, é a teoria adotada por Stoller de “feminilidade primária”, onde deve existir a interferência de um terceiro na relação mãe-filho; A segunda etapa, é a de interferência do meio, que contribui para designar a criança como menino ou menina, é nesse momento que a relação entre mãe e filho começa a se desfazer progressivamente, é nessa fase em que se encontra o núcleo da identidade de gênero; A terceira etapa, é o conflito edipiano realizado pela criança em relação à mãe e o pai, o que paralisaria momentaneamente a identidade adquirida na etapa anterior.

Para Lacan, transexualismo é resultado do não rompimento simbiótico da relação mãe-filho, em nenhum dos processos descritos.

Trazendo para a realidade do século XXI, A transexualidade é considerada um tipo de transtorno de identidade de gênero, onde o indivíduo possui uma identidade de gênero diferente a designada biologicamente, tendo o desejo de ser aceito como do sexo oposto. Sendo considerada doença pela OMS, a transexualidade deve ser tratada por três especialistas: psiquiatra ou psicólogo, endocrinologista e cirurgião.

O transexualismo visto como um fenômeno capaz de destruir a estrutura da sociedade, tem um efeito repulsivo de caráter social.

Berenice Bento, doutora socióloga brasileira, diz que o sofrimento do transsexual não é causado apenas pela desejo de adequação de identidade de gênero, mas também se trata de uma questão de aceitação, pois eles vivem uma luta constante contra a transfobia, pois mesmo depois do processo cirúrgico de transgenitalização, a não aceitação continua, pois para a humanidade só existe dois gêneros.

A humanidade só existe em gêneros, e o gênero só é reconhecível, só ganha vida e adquire inteligibilidade, segundo as normas de gênero, em corpos-homens e corpos-mulheres. Ou seja, a reivindicação última do/as transexuais é o reconhecimento social de sua condição humana. (Bento, 2006, p. 230)

2. TRANSEXUALISMO NA HISTÓRIA

Império Romano

Segundo Green (1999), Filo, filósofo judeu do século I, morador em Alexandria, descreveu os denominados eunucos, homens que se travestiam e viviam como mulheres, chegando a efeminar-se e a retirar o pênis.

Green (1999) cita ainda descrições e poemas feitos pelos romanos Manilus e Juvenal relativamente a esses indivíduos que viviam e se comportavam como mulheres e tinham vergonha e ódio de serem vistos como homens. Esses eunucos, em Roma, ou tinham os testículos extirpados mantendo os seus pênis que lhes possibilitava ereções, ou tinham os testículos e pênis removidos. São inúmeros os imperadores romanos descritos por se travestirem ou apresentarem características efeminadas. Porém destacam-se apenas dois. O primeiro, Imperador Nero (37 – 68 d.C.) que, após pontapear a sua esposa, Popeia Sabina, até à morte, se arrependeu. Em 67 ordenou que um seu escravo, Sporus, fosse castrado e transformado em mulher. Após a cirurgia, os dois casaram formalmente e Sporus viveu como mulher a partir de então. Nero suicidou-se em 68 (Green, 1999). O segundo diz respeito ao Imperador Heliogábalo (cerca de 203 – 222) que casou formalmente com um poderoso escravo, Hierocles, tendo adotado o papel de esposa e usando demasiada maquiagem. Reza

a história que este Imperador chegou a oferecer grandes somas de dinheiro ao médico que lhe pudesse dar genitais femininos (Green, 1999).

Tem sido frequentemente caracterizado como um transgénero, provavelmente transexual mas não é possível sustentar essa afirmação pelo fato de que ele viveu há quase dois mil anos, e não sendo possível uma demonstração científica.

Renascimento

Nesta época, o rei Henrique III de França, “Sa Majesté”, -queria ser considerado mulher, chegando a apresentar-se aos deputados vestido de mulher, usando um longo colar de pérolas e um vestido curto (Green, 1999).

Século XIX

Surgiram os primeiros trabalhos científicos sobre sexualidade, em países germânicos. A homossexualidade foi um dos primeiros fenómenos com os quais, os pioneiros em sexologia tentaram a formulação de teorias de entendimento e explicação: mais sob uma perspectiva médica que moral. Em 1886, Kraft-Ebbing (1840 – 1902) publicou o seu livro “Psychopathia Sexualis”, tendo sido o marco no início de um estudo médico organizado no que concerne à sexualidade humana. Em 1877, Kraft-Ebbing já tinha utilizado o termo “Metamorfose Sexual Paranóica” para designar aquilo que atualmente é designado por transexualidade.

Século XX

Foi no século XX que se operou a distinção entre homossexualidade e travestismo. Desde logo, Magnus Hirschfeld, que

publicou em 1910 o livro “Die Transvestiten”, utilizou termos como pederastia, uranismo e homossexualismo como sinónimos. Não obstante esta confusão de termos, este médico foi pioneiro no uso do termo transexual referindo-se a um dos seus pacientes como sendo transexual psíquico. Em 1918 fundou em Berlim o primeiro instituto direcionado para a pesquisa e para o estudo da sexualidade – o Instituto de Ciências Sexuais (Siqueira, 2010).

Em 1949, Cauldwell descreveu, no seu artigo “Psychopathia Transexualis”, como “psicopatia transexual” o estranho caso de uma rapariga que queria ser homem (Cauldwell, 2001).

Em 1952, um jovem americano de 28 anos, George Jorgensen, após passar por uma série de tratamentos hormonais com objetivo de feminilização da sua aparência, submeteu-se a uma operação de transgenitalização. Esta operação foi realizada na Dinamarca pela equipa do médico Christian Hamburger. Com esse tratamento hormonal e com a cirurgia, o jovem conseguiu a aparência feminina desejada passando a chamar-se, desde então, Christine. Curiosamente, em 1954, foi eleita mulher do ano (Castel, 2001; Perelson, 2011).

3. AS MUDANÇAS E SUAS COMPLICAÇÕES

Depois de compreender o que é uma pessoa transexual, vem outras partes difíceis para eles, que são a mudança de prenome e de sexo. Porém, a burocracia brasileira não facilita em nenhuma das duas situações. Um exemplo foi o da Roberta Close, que passou quinze anos para poder conseguir a mudança de seu nome, teve que se submeter há vários exames, psicológicos, hormonais e dentre outros, para comprar a veracidade do motivo para a modificação do seu nome. Agora - é realmente necessário passar quinze anos para trocar de nome? Nome esse que não representa, em

nenhum aspecto, a pessoa em si? Um nome do qual só faz a pessoa lembrar de algo que não quer lembrar? Que a faz se sentir envergonhada? Que não tem a mínima vontade de levantar a mão ou dizer “sou eu” quando é chamada em voz alta em algum estabelecimento público, enquanto todos ao redor olham e notam que o nome não condiz com o sexo da pessoa? Todos têm direito de ter um nome do qual represente a pessoa em si, que a pessoa se sinta confortável e bem ao dizê-lo. Não é porque uma pessoa é transexual ou homossexual que ela não possui esse direito.

Perante a Lei de Registros Públicos, a mudança do prenome é feita por uma das seguintes situações:

“Art. 55. Parágrafo único. Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do Juiz competente.”

“Art. 56 - O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa.”

“Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios”

O parágrafo único do artigo 58 da Lei dos Registros Públicos estabelece:

“Art. 58 . Parágrafo único: A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de

crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvindo o Ministério Público.”

“Art. 110. Os erros que não exijam qualquer indagação para a constatação imediata de necessidade de sua correção poderão ser corrigidos de ofício pelo oficial de registro no próprio cartório onde se encontrar o assentamento, mediante petição assinada pelo interessado, representante legal ou procurador, independentemente de pagamento de selos e taxas, após manifestação conclusiva do Ministério Público.”

A Lei 6.815/80, em seu artigo 43, III, autoriza a alteração do nome do estrangeiro se for de pronúncia e compreensão difíceis e puder ser traduzido ou adaptado à prosódia da língua portuguesa.

A lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), art. 47, § 5º, dá a possibilidade da alteração do nome completo do adotado, serão incluídos também os nomes dos adotantes e dos novos avós, dispõe o artigo supramencionado:

“Art. 47 - O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão. [...]

§ 5º - A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido deste, poderá determinar a modificação do prenome. [...]

Para corrigir problemas resultantes de homonímia, permite-se, com base nas jurisprudências, que se acresça uma outra designação ao nome, um apelido público notório. Outrossim, o art. 57, da Lei n.º 6.015/73 admite a alteração de nome civil, desde que se faça por meio de exceção e motivadamente, com

a devida apreciação Judicial, sem descurar das peculiaridades do caso concreto.

A jurisprudência vem entendendo que a simples dificuldade de grafia e pronúncia não é por si só bastante para a retificação pretendida, porém se for pela correta e melhor pronúncia, os julgadores tem entendido que deve ser feita a correção do prenome para que fique mais harmônico.

Como pode-se observar, os artigos apresentados, que preveem a mudança de prenome não são favoráveis ao transexual, pois sua condição não seria considerada justificativa suficiente para a aplicação de alguma das possibilidades de alteração do prenome.

No dia 28 de abril de 2016, a até então presidente do Brasil, Dilma Rousseff assinou um decreto que autorizava a comunidade LGBT (Lésbicas, Gays, Bixessuais, Travestis e Transexuais) a utilizar um nome social em órgãos federais , como ministérios , universidades e empresas estatais. Nome social consiste , no nome no qual o indivíduo deseja ser chamado, como no caso da Universidade Estadual Paulista (UNESP) que aprovou, no Conselho Universitário de 29 de junho de 2017, Resolução pioneira em diversos aspectos, que assegura a inclusão, quando requerida por docentes, servidores e discentes, do nome social de travestis e transexuais, para fins de adequação de gênero, nos registros funcionais e acadêmicos da Universidade.

Porém este decreto não permite a alteração do prenome no documento de identificação, ou seja apenas ameniza o problema mas não o soluciona.

E, além desta dificuldade com a troca de nome, existe o processo para a mudança de sexo, que é chamada como redesignação sexual. Perante o Ministério da Saúde é preciso a idade mínima de dezesseis anos para os procedimentos ambulatoriais e, idade a partir dos dezoito anos para procedimentos cirúrgicos. Portanto,

a pessoa trans tem que viver, no mínimo –dezesesseis anos com um corpo do qual não se sente confortável e o deixando se desenvolver no corpo indesejado.

O Conselho Federal de Medicina, autoriza o procedimento cirúrgico em transexuais perante os seguintes termos:

Art. 1º Autorizar a cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo.

Art. 2º Autorizar, ainda a título experimental, a realização de cirurgia do tipo neofaloplastia.

Art. 3º Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados:

- 1) Desconforto com o sexo anatômico natural;
- 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;
- 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;
- 4) Ausência de transtornos mentais.

Art. 4º Que a seleção dos pacientes para cirurgia de transgenitalismo obedecerá a avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, obedecendo os critérios a seguir definidos, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto:

- 1) Diagnóstico médico de transgenitalismo;

- 2) Maior de 21 (vinte e um) anos;
- 3) Ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia.

Art. 5º O tratamento do transgenitalismo deve ser realizado apenas em estabelecimentos que contemplem integralmente os pré-requisitos estabelecidos nesta resolução, bem como a equipe multidisciplinar estabelecida no artigo 4º.

§ 1º O corpo clínico destes hospitais, devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina, deve ter em sua constituição os profissionais previstos na equipe citada no artigo 4º, aos quais caberá o diagnóstico e a indicação terapêutica.

§ 2º As equipes devem ser previstas no regimento interno dos hospitais, inclusive contando com chefe, obedecendo aos critérios regimentais para a ocupação do cargo.

§ 3º Em qualquer ocasião, a falta de um dos membros da equipe ensejará a paralisação de permissão para a execução dos tratamentos.

§ 4º Os hospitais deverão ter comissão ética constituída e funcionando dentro do previsto na legislação pertinente.

Art. 6º Deve ser praticado o consentimento livre e esclarecido.

Instituído pelas Portarias nº 1.707 e nº 457, de agosto de 2008, e ampliado pela Portaria nº 2803, de novembro de 2013, o processo transexualizador realizado pelo Sistema Único de Saúde (SUS) deve garantir o atendimento integral a pessoas trans, passando desde o uso do nome social até a cirurgia de adequação do corpo biológico à identidade de gênero e social.

Já a cirurgia é algo relativamente recente no Brasil, o SUS começou a fazer cirurgias para mudança de sexo no ano de 2008. E, é claro, ambos os procedimentos são longos e burocráticos.

Um fato, uma pessoa que se considera trans aos dezesseis anos não irá mudar quando atingir a maior idade, ou seja, são dois anos desnecessários e difíceis. Por meio de exames médicos e se o paciente estiver pronto e mostrando necessidade, o certo seria começar a fazer o tratamento, seja ambulatorio ou cirúrgico, e não esperar uma idade mínima para isso. Cada pessoa sabe o que é melhor para si e não a legislação. Outro fator que complica é que, no Brasil, há somente cinco hospitais pelo SUS que fazem a redesignação sexual. O que acarreta em uma fila de espera para a cirurgia exageradamente grande, em média de dez anos à espera. E na região nordeste esta fila de espera aumentou para uma média de treze anos. O SUS também exige, no mínimo, dois anos um procedimento ambulatorio, que incluem acompanhamento psicológico e hormonioterapia, pois como a redesignação sexual é irreversível é feito esse tipo de tratamento antes e depois da cirurgia.

No ponto de vista do Direito Penal, a redesignação sexual não constitui o crime de mutilação tipificado no artigo 129 §2o inciso III do Código Penal pois a finalidade da cirurgia é terapêutico, também pode-se dizer, uma correção.

Infelizmente, como há poucos números de hospitais que fazem a redesignação sexual e uma grande fila de espera os transgêneros procuram outras formas de realizar este procedimento, alguns vão para outros países, a Tailândia, por exemplo. Um país do qual ficou famoso no Brasil por realizar esse tipo de cirurgia, a demanda de brasileiros é tão alta que no site do hospital Kamol, que se tornou referencia para redesignação sexual, já tem a língua português e o horário de funcionamento de acordo com o fuso horário de Brasília. A cirurgia na Tailândia fica em

média por 14 mil reais. Um preço bem menor que a Jenny Kate Machado Dos Santos está disposta a pagar, que são 42.500 reais a cirurgia sendo feita no Brasil. Em depoimento, declara que colocou a própria casa e a sua única fonte de renda, que é o seu salão de beleza, à venda, para poder conseguir o dinheiro para a sua mudança de sexo.

Já há outros casos que as próprias pessoas vão a procura de fazerem os procedimentos sozinhos, o que é o caso do André Braz, mostrado no Conexão Repórter, que está há três anos tentando tratamento pelo SUS, porém, em seu depoimento, ele só é encaminhado para vários setores diferentes. Com isso, ele passou a tomar hormônios masculinos por conta própria.

Outro caso exposto foi o da Brunna Silveira, da qual foi recusada pela família por ser uma pessoa transexual, com isso - foi para as ruas. Se prostituiu por vinte anos, usou drogas lícitas, ilícitas e portadora de HIV. Seu sonho, como qualquer transgênero, é a redesignação sexual, porém, à espera da fila a impede de conseguir atingir esse sonho. Algo também muito comum são cirurgias ilegais que são feitas no Brasil, um exemplo que pode ser dado foi do Luciano Palhano, que chegou a fazer uma cirurgia clandestina para poder retirar as mamas, por conta disso - acabou passando por muitos problemas de saúde, que chegou até colocar a sua própria vida em risco. Contudo, ainda sim, isso não é capaz de impedir outros transexuais de procurarem esses meios ilegais.

E em casos mais extremos, a pessoa faz a cirurgia em si própria, como foi que ocorreu com Maitê Schneider, ela passou seis meses pesquisando como era o procedimento cirúrgico para a retirada dos testículos. Em seu relato, diz que a partir do segundo corte feito não se lembra de mais nada, pois a sua lembrança é de já estar no hospital internada.

E isso tudo, é em busca da felicidade de se encontrarem como pessoa, ter esperança que a sociedade seja mais receptiva,

menos ofensiva, discriminatória. Pois, muitas vezes – os transgêneros são submetidos a situações constrangedoras, como foi o caso da modelo, Carol Marra, que antes de um desfile de moda foi sujeita a xingamentos e comentários discriminatórios perante sua aparência. Ou, o caso dito acima, de Brunna Silveira, que teve que se prostituir para poder se sustentar, pois não conseguia encontrar emprego por ser uma pessoa transexual.

Um caso famoso também é da Thammy Miranda, que em 2006 assumiu ser uma transexual e que ia começar a fazer a mudança de sexo. No ano de 2014 fez a mastectomia, que é o procedimento da retirada das mamas. Em depoimento fala que com a fama talvez fosse ajudar a quebrar um pouco do tabu que a só sociedade possui e que ia fazer outras pessoas assumirem. Atualmente, ela entrou no campo da política, com o intuito de lutar pela minoria.

Segundo dados publicados em janeiro de 2017 pelo portal da saúde, O Ministério da Saúde habilitou quatro novos serviços para procedimentos ambulatoriais de processo transexualizador. Os nove centros funcionam no Hospital das Clínicas de Uberlândia (MG); Instituto Estadual de Diabetes e Endocrinologia do Rio de Janeiro; Centro de Referência e Treinamento DST/AIDS de São Paulo e o CRE Metropolitano, de Curitiba.

Com a inclusão dos quatro novos serviços, serão, ao todo, nove centros habilitados para oferecer estes procedimentos, que incluem terapia hormonal e acompanhamento dos usuários em consultas e no pré e pós-operatório. Dos nove centros, cinco oferecem cirurgia de redesignação sexual.

Há também um procedimento conhecido como mastectomia, que consiste na retirada das glândulas mamárias.

No dia 12 de julho de 2017, a HUOC (Hospital Universitário Osvaldo Cruz), em Santo Amaro, área central do Recife, realizou a primeira mastectomia da unidade em um homem

transexual. Espera-se que com este primeiro procedimento, a mastectomia possa chegar as redes de serviço público hospitalar para o acesso dos transexuais.

Para realizar a operação, comum no tratamento do câncer de mama, foi necessário adaptar o método. “Fizemos um plano piloto para adaptar o procedimento e tomamos a iniciativa de ajudar o paciente a se sentir realizado. A técnica cirúrgica ainda está sendo aperfeiçoada. Uma das vantagens é que não deixará marcas”, explica o médico João Esberard, chefe da mastologia do Huoc, quem comandou o procedimento realizado no estudante Társio Benício, 35 anos.

Acompanhado há cerca de dois anos no Espaço de Cuidado e Acolhimento de Pessoas Trans do Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Pernambuco (HC/UFPE), Társio começou a ter o primeiro contato com os médicos do Oswaldo Cruz no Centro Integrado de Saúde Amaury de Medeiros (Cisam), da Universidade de Pernambuco (UPE), onde funciona o serviço de saúde trans masculinidade, na Encruzilhada, Zona Norte da capital. “Quando o serviço no Cisam inaugurou, passei a procurar as duas unidades para continuar o meu processo transexualizador. Em uma das reuniões de sensibilização com homens transexuais do serviço, conheci doutor João. Nossa luta é para encontrar profissionais sensíveis com a nossa causa”, conta o estudante, que atua na militância no Estado pelos direitos dos homens transexuais e atualmente é coordenador da Associação de Homens Trans & Transmasculinidades (AHTM) .

4. TABU

Não sendo suficiente a quantidade de problemas, dificuldades e empecilhos que os transexuais enfrentam para se adequar ao sexo desejado, eles ainda precisam enfrentar a sociedade, pois

- um assunto com tamanha relevância e complexidade, torna-se alvo de tabu.

Também conhecida como, discriminação. Das mais ínfimas possíveis, como uma procura de emprego, um relacionamento amoroso, usar um banheiro público... até as mais constrangedoras.

Uma situação simples que é ir ao banheiro público para um transexual não é tão simples assim, o que foi o caso de uma gari da Comlurb, chamada de Victória. Denunciou a empresa por ser vítima de discriminação por colegas de trabalho e gerentes da companhia de limpeza urbana do Rio.

E isso tudo começou por ir ao banheiro feminino. Quando ela começará a trabalhar como gari ela ainda estava em sua fase de transição sexual, era usado seu nome masculino, do qual não quis revelar. Com o passar do tratamento, seu corpo foi criando forma e características femininas, por conta disso, não achou um problema começar a frequentar o banheiro público feminino.

Porém, não foi vista com bons olhos pelas demais pessoas da companhia de limpeza.

“— Foi onde comecei a ter problemas com o gerente. Ele dizia que eu era homem e que eu tinha que usar banheiro de homem. Fui à delegacia e prestei queixa. Procurei a Defensoria Pública, que perguntou se eu queria entrar com uma ação judicial pedindo danos morais, mas eu respondi que não, porque eu queria continuar trabalhando na empresa. Eu queria mesmo só um acordo com eles. Em seguida, chegou um ofício da Defensoria falando dos meus direitos — contou Victória.

A partir disto, Victória só passou por mais problemas de discriminação, o que acabou em uma grave doença, que é a depres-

ção. Começou a fazer tratamento para a doença e recorreu a uma advogada em prol de seus direitos.

Outro caso que pode ser citado é do norte-americano Cass Clemmer, que é um homem transexual, que menstrua. De acordo como UOL, Cass fora criado em uma família muito conversadora, que acabou o ensinou a ter vergonha de sua transexualidade e de seu período menstrual. Porém, recentemente, ele resolveu falar sobre o assunto, postando uma foto em sua rede social, com as calças sujas de sangue segurando uma placa com a seguinte frase: “Menstruação não é apenas para mulheres. #SangrandoEnquantoTrans“. Na legenda da foto, ele escreve um poema, onde faz uma reflexão de como é ser um homem transexual que menstrua, alguns trechos traduzidos do poema:

“Vocês todos sabem que sou trans e quer e o que isso significa para mim. É algo que não é nem lá nem aqui. É um feliz e assustador lugar no meio. Então quando eu falo sobre inclusão de gênero e escrevo essas rimas para ajudar você a ver, eu não estou tentando trazer algo raso. Menstruação é honestamente bastante traumático para mim“.

“Um dia eu tive a minha primeira menstruação e neste dia eu perdi tudo. Eu tinha 15 anos e era feliz, correndo com o peito à mostra e másculo, escalando árvores, cavando buracos e ninguém dava bola. Quer dizer, acho que minha mãe estava preocupada, então eu deixei o cabelo crescer. Um sinal de que eu era normal, ainda uma menina, um sinal pintado em neon na minha caixinha de gênero.”

“Veja o meu corpo me traiu, aquele ponto vermelho, aquele selo em um contrato que foi quebrado. Uma identidade de gênero que não era real [...] Porque sempre que eu tenho meu ciclo é outro dia que eu derramo meu gênero”.

Outro exemplo que pode ser exposto é do da jogadora de vôlei transgênero Isabelle Neris, que conseguiu uma autorização para poder jogar em tonéis de vôlei femininos. Porém, conta em uma entrevista ao canal SporTv, que acabou sofrendo um grande tabu com os integrantes dos times:

“Várias vezes, inúmeras vezes cheguei para jogar e pessoas iam embora. Falavam: ‘Se ela vir jogar, não vou jogar’. Foram situações bem constrangedoras. Falavam: ‘Seu lugar não é aqui, o que você está fazendo aqui com a gente?’”

Diz a jogadora que para não colocar seu futuro e sonho em risco, teve relevar todas as situações constrangedoras e discriminatórias para poder seguir com sua carreira profissional.

Com base nessas duas situações, pode-se notar o quão é complicada uma vida de transgênero, até mesmo quando é feita as mudanças dos registros civis e a redesignação sexual.

A realidade é que, a sociedade sempre irá em busca de julgar algo ou alguém, qualquer coisa que seja fora dos padrões impostos pela mídia massacrante, ou seja, acabar com o tabu... nunca irá acontecer.

Entretanto - fazê-lo diminuir e as pessoas terem respeito por umas e as outras é primordial. É necessário e possível que aconteça, não será algo que ocorrerá fácil e com rapidez, é um processo longo e que demanda de muita paciência, mas - o resultado final valerá a pena.

CONCLUSÃO

Depois de retratar os maiores problemas que os transexuais enfrentam ao decorrer da sua vida, vale destacar que, depois de

tantos anos em busca de melhoria e respeito, eles, aos poucos, estão conseguindo. Algo que antes era considerado errado, um pecado, uma mutilação ao próprio corpo, fora aprovado a partir de 2002 pelo Conselho Federal de Medicina:

“O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958”.

“**CONSIDERANDO** ser o paciente transexual portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e ou auto-extermínio;”

“**CONSIDERANDO** que a cirurgia de transformação plástico-reconstrutiva da genitália externa, interna e caracteres sexuais secundários não constitui crime de mutilação previsto no artigo 129 do Código Penal, visto que tem o propósito terapêutico específico de adequar a genitália ao sexo psíquico;”

“**CONSIDERANDO** a viabilidade técnica para as cirurgias de neocolpovulvoplastia e ou neofaloplastia;”

“**CONSIDERANDO** o que dispõe o artigo 199 da Constituição Federal, parágrafo quarto, que trata da remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como o fato de que a transformação da genitália constitui a etapa mais importante no tratamento de pacientes com transexualismo;”

“**CONSIDERANDO** que o artigo 42 do Código de Ética Médica veda os procedimentos médicos proibidos em lei, e não há lei que defina a transformação terapêutica da genitália in anima nobili como crime;”

O Conselho Federal de Medicina ter acatado esta decisão foi de grande relevância para a sociedade transexual, afinal, como consta na Constituição Federal:

“Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”

“X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

Portanto - não é plausível que os transgêneros sofram os abusos que passam pela sociedade.

Acima de tudo, respeito. Não importa raça, cor, tipo de cabelo, sexo, idade, peso, nada importa. Todos merecem respeito, independente de qualquer coisa.

A sociedade brasileira e mundial uma vez que pratica o respeito um para com o outro, diminuirá drasticamente grande parte dos problemas sociais.

Porém, para uma sociedade ignorante, é preciso compreender e respeitar o que é um transexual. E isso pode ser feito a partir de medidas educativas através dos meios de comunicação, explicando o que é, as diferenças de um transgênero para um homossexual e através das próprias escolas com aulas específicas de educação sexual e respeito com as minorias. E assim, a nova geração será dotada de conhecimento, e o conhecimento é tudo, é poder, é educação.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Simone ; GROSSI, Miriam Pillar . **Transexualidade e Movimento Transgênero na Pespctiva da Diaspora Queer**. Trabalho apresentado no V Congresso da Associação Brasileira de e Estudos da Homocultura – ABEH – realizado em novembro de 2010 em Natal, RN. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/59733080/TRAN-SEXUALIDADE-E-MOVIMENTO-TRANSGENERO-NA-PERSPECTIVA-DA-DIASPORA-QUEER-Simone-Avila-e-Miriam-Pillar-Grossi>>.
- BENTO, Berenice. O que é transexualidade?. 2ed. São Paulo. Brasiliense – coleção primeiros passos , 2012.
- BENJAMIN, Harry. **The Trannsexual Phenomenon**. New York : Julian Press, 1966.
- COUTO, Julia Cristina Guerra do. **Transexualidade: passado, presente e futuro**, dissertação de mestrado em medicina legal em instituto de Ciências Biomédicas de Abel Salazar da Universidade do Porto. Porto, Portugal, 2013. Disponível em: <[http:// sigarra.up.pt/fcnaup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=30444](http://sigarra.up.pt/fcnaup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=30444)> .
- CLINICA, Lotus . **Mastectomia por transtorno de gênero (Transexualidade)**. Disponível em : <http://www.lotusclinica.com/conteudo/mastectomia-por-transtorno-de-genero-transexualidade.html>
- CIDADE VERDE. Cabeleireira transexual põe casa a venda para fazer cirurgia de mudança de sexo. Publicado por Graciane Souza , 2015. Disponível em : <<https://cidadeverde.com/noticias/186872/cabeleireira-transexual-poe-casa-a-venda-para-fazer-cirurgia-de-mudanca-de-sexo>>

FERA, Esporte. **Jogadora de vôlei lembra preconceito : “As pessoas iam embora”**. Publicado por Fera, 2017. Disponível em: <http://esportefera.com.br/noticias/volei,jogadora-transgenero-de-volei-lembra-preconceito-chegava-e-as-pessoas-iam-embora,70001726145>

GLOBO, O. **Gari transgênico da comlurb denúncia preconceito dentro da empresa**. Publicado por Daniela de Paula, 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/gari-transgenero-da-comlurb-denuncia-preconceito-dentro-da-companhia-21743301>

G1. **Transexuais e Travestis poderão usar nome social no serviço público federal**. Publicado por Felipe Matoso, 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/04/dilma-autoriza-gays-usar-nome-social-no-servico-publico-federal.html>

HYPENESS. **Artista trans combate tabu da menstruação com foto e poema poderoso**. Publicado por Redação Hypeness. Disponível em: <http://www.hypeness.com.br/2017/07/artista-trans-combate-o-tabu-da-menstruacao-com-foto-e-poema-poderosos/>

JUSBRASIL. **Direito das minorias: um privilégio ou uma necessidade?**. Publicado por Sergio Luiz Barroso, 2016. Disponível em: https://sergioluizbarroso.jusbrasil.com.br/artigos/405711710/direito=-das-minorias-um-privilegio-ou-uma-necessidade?ref-topic_feed

_____. **Quando é possível a alteração do nome?**. Publicado por Flávia Teixeira Ortega, 2016. Disponível em : <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/artigos/372428898/quando-e-possivel-a-alteracao-do-nome> >

PORTAL MEDICO. **RESOLUÇÃO CFM nº1.955/2010.**

Publicada no D.O.U. de 3 de setembro de 2010, Seção I, p. 109-10. Disponível em : <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1955_2010.htm>

PORTAL DA SAÚDE. Ministério da saúde habilita novos serviços ambulatoriais para processo transsexualizador. Publicado por Carol Valdares, 2017. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/secretarias/sgep/sgep-noticias/27154-ministerio-da-saude-habilita-novos-servicos-ambulatoriais-para-processo--transexualizador>>

SÃO PAULO, Repórter. **Fila de espera para mudança de sexo em ambulatório no Nordeste chega a 13 anos.**

Publicado por Terra, 2017. Disponível em : <http://www.reportersaopaulo.com.br/fila-de-espera-para-mudanca-de-sexo-em-ambulatorio-no-nordeste-chega-a-13-anos/>

UNESP. **Resolução UNESP N.XXX DE 2017.** Aprovado na sessão de 29/6 do Conselho Universitário. disponível em: <www.unesp.br/secgeral/Pautas//CO/20170629/1125-17-resolucao-nome-social.pdf>

O TRABALHADOR MIGRANTE E A SUA PROTEÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Fernanda L. de Freitas Rodrigues

Marcel Fernandes de Oliveira Rocha

INTRODUÇÃO

Entre as prerrogativas e as obrigações dos Estados no tratamento dos direitos dos migrantes, o aumento considerável do fenômeno migratório internacional faz aparecer um direito internacional de migrar, isto é, de circular livremente no plano internacional em virtude dos numerosos tratados que vinculam os Estados. Essa situação de fato segue uma lógica construída nas vontades soberanas dos Estados, que cede ao direito natural dos indivíduos de ir e vir (BICHARA, p.38). Assim, a criação e multiplicação dos instrumentos internacionais no século XX, vinculantes ou não, modificou o conteúdo do direito internacional, que passou a cuidar também da proteção dos migrantes contra atos arbitrários dos Estados por meio de dispositivos disseminados em tratados de direitos humanos gerais ou em tratados específicos.

O exercício da soberania em matéria de controle migratório não é absoluto, e deve respeitar parâmetros mínimos de direitos humanos, principalmente em relação às espécies de normas e desdobramentos sociais para que este seja efetivado, como o trabalho. O trabalhador migrante por vezes é vítima de um sistema que visa o lucro e esquece o ser humano em si, e por isso deve-se a importância de se estudar e pontuar a que norte esses migrantes devem ser tratados nos regimentos internos, as falhas, e como se pode respeitar o sistema internacional assim como sua dignidade.

2. Os migrantes como sujeito de direitos e a dignidade humana.

Os seres humanos sempre se deslocaram, e por diversas causas o fenômeno da migração ocorre desde a sua primeira formação, seja em busca de alimentação, trabalho, fuga, sendo o interesse central por condições que possam lhe proporcionar uma vida digna. Dessa forma, os processos migratórios, têm origens e razões variadas, e envolvem diversos componentes que têm responsabilidades compartilhadas e em múltiplas dimensões, tais como: controle de fronteiras, acesso aos mercados de trabalho, educação, saúde, direitos humanos, seguridade social, segurança pública, demografia, cidadania, etc. Juntos e se executados de forma efetiva, esses componentes dão aos migrantes que saíram de seus lugares a merecida sensação de dignidade e igualdade perante aos nacionais do lugar de acolhida.

Os Estados têm responsabilidades na proteção internacional dos migrantes, o que significa que há uma incumbência fundada em obrigações internacionais que regem os direitos dos migrantes e essa responsabilidade implica para o Estado de destino a obrigação de garantir os direitos humanos dos migrantes, seja qual for sua condição.

A esses migrantes, não se pode retirar e negar a qualidade e os direitos fundamentais de “ser humano”, já que tantas vezes os mais variados direitos são limitados ou retirados desses. Dessa forma, se deve buscar a garantia de que sendo locais ou não, ao se transformar em vivente de um novo lugar, os seus direitos serão garantidos, defendidos e respeitados.

Os aspectos individuais e sociais relacionados ao ser humano, sendo aqueles relacionados à integridade física e psíquica, e estes a respeito da afirmação do homem como ser pertencente a uma sociedade, bem como à igualdade substancial e à fixação de um mínimo existencial a ser assegurado a todas as pessoas, ajudam então na concretização do princípio da dignidade humana.

A proteção internacional dos direitos humanos, pode se dizer é organizada em dois níveis. Primeiro, há a proteção sob os órgãos baseados na ONU, que está intrinsecamente ligada aos objetivos da paz, da segurança internacional e às relações amistosas entre as nações, resultando na prevenção de novos conflitos. A não discriminação e a igualdade, princípios centrais da ONU (OLNEY, 2014, p.260) estão presente desde a Carta das Nações Unidas com o propósito relativo à promoção dos Direitos humanos (GURGEL, 2010, p. 75).

Já o segundo nível de proteção se encontra nos dez principais tratados internacionais sobre questões de direitos humanos que foram adotados pela Assembleia Geral da ONU (OLNEY, 2014, p.262), que na sua declaração representa a valoração do homem específico, de maneira que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, juntamente com o Princípio da Igualdade e da Não Discriminação, adquira *status* de Norma-Princípio a fundamentar todo o processo de positivação no plano internacional. (OLNEY, 2014, p.76)

A partir daí, todos os tratados de direitos humanos do sistema global (ONU), regional (OEA), adotaram como fundamen-

to jurídico os princípios acima apresentados. Temos, no próprio âmbito da ONU e da OEA, documentos pautados no respeito ao ser humano e no combate à discriminação, preocupados em oferecer efetividade para todos, sem diferenças, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1976, ratificado em 1992, pelo Brasil, como também o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a “Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial” e a “Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher”.

Dentro de um sistema regional, mas ainda aliado a um sistema global de proteção, temos alguns instrumentos da Organização dos Estados Americanos (OEA), a exemplo da Declaração Americana dos Direitos e Deveres de Todos os Homens, de 1948, a própria Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, e, por fim, o Protocolo de Salvador, de 1999, todos voltados para a garantia da igualdade e da não discriminação.

Dessa forma, os direitos humanos são importantes na medida em que viabilizam uma convivência harmônica, pacífica e produtiva entre os indivíduos de uma coletividade e tais direitos são essenciais à formação de um estado democrático, a dignidade é essencialmente um atributo da pessoa pelo simples fato de “ser humano”, nada e ninguém poderá dela retirar ou diminuir. O fato de simplesmente existir, torna o homem, automaticamente, detentor desse inalienável direito, que merece do Estado respeito e proteção, não importando sua origem, raça, sexo, idade, estado civil ou condição socioeconômica.

O cenário de desigualdades intercontinentais do mundo, impele nacionais de regiões mais desfavorecidas a lutarem por sua dignidade em outros países em vários aspectos, isto é, a vislumbrarem como solução a migração, com isso surge a necessidade ou mesmo a obrigação dos países de garantirem o funcionamen-

to dos princípios internacionais basilares em seus ordenamentos internos.

O valor da dignidade da pessoa humana foi alçado a princípio fundamental no Brasil, por exemplo, através da Constituição de 1988, conforme se expressa o art. 1º, inciso III. Essa valorosa contribuição do legislador constituinte, colocou o país na altura jurídica da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, seguindo a boa prática já presente em vários estatutos constitucionais dos países ocidentais, sobretudo após os maléficos efeitos da Segunda Guerra Mundial. A Carta Magna, foi mais além, ao afirmar que o Brasil, nas suas relações internacionais, se regerá pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inciso II).

Por tal razão, talvez se justifique – ou explique – que os tratados internacionais de direitos humanos no Brasil tenham uma processualística de incorporação ao direito interno diferenciada, em razão da sua estatura constitucional vigente e do imediatismo da aplicação das normas definidoras desses direitos e garantias fundamentais.

O entendimento jurídico hoje, largamente majoritário, é de que a aplicação dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana e de um direito natural, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não. Porém, se faz necessário que as normas, tratados e resoluções se incorporem, de fato, ao mundo jurídico dos Estados, numa linha de obrigação e respeito às decisões dos organismos internacionais, sob pena de se sujeitarem a punições mais severas. A atual facultatividade de aceitação das normas aprovadas em alguns países, se de um lado se apoia e garante maior respeito à soberania estatal, de outro, resulta, de certo modo, em certa aquiescência com o desrespeito aos valores mais elevados da natureza do homem, e que a própria ONU pretendeu prote-

ger. Ou seja, estamos diante do confronto de dois valores, de um lado a pseudo soberania, de outro o respeito ao valor mais elevado do homem, a sua dignidade, em que há de vencer a segunda.

Como exemplo, ao se tratar sobre refugiados, temos a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 28 de julho de 1951 que constituiu um instrumento de proteção de suma importância nesse tema. Para o Estado de destino, o desafio consiste em cumprir sua obrigação de assistência internacional no momento do atendimento de milhares de demandas por pessoas que ingressaram no seu território. O ofício de qualificação do migrante requerente da condição de refugiado obriga o Estado ao acolhimento no seu território, independentemente dos motivos reais do seu deslocamento do seu país de origem (FROUVILLE, 2012, p.100).

Essa obrigação de verificar a legitimidade da demanda do refugiado deriva do artigo 31 da Convenção em comento, que determina que o Estado não pode aplicar sanções penais em razão da entrada ou permanência irregulares dos refugiados que cheguem de um território em que suas vidas estavam ameaçadas. A obrigação de admissão dos refugiados, mesmo irregular, é reforçada, pela obrigação de não expulsar quando há um risco a suas vidas ou liberdades, conforme artigo 33, contanto que se apresentem sem demora às autoridades e lhes exponham razões aceitáveis para a sua entrada ou presença irregulares (BICHARRA, 2018,p.18). Assim se tem um claro exemplo de proteção onde a dignidade e o bem estar está acima da soberania e vontade dos Estados, como deve continuar a ser em outros dispositivos.

Dessa forma, podemos afirmar que o fenômeno migratório é algo natural em uma sociedade que possui tantas trocas: de informação, de capital, bem como de relações entre as pessoas (SILVA, 2009, p.244). Os Estados têm a obrigação não somente humanitária, mas também social, vez que se beneficiam direta-

mente do processo migratório em diversas maneiras, seja com os trabalhos gerados, com os serviços, com as remessas e as vezes com o próprio deslocamento.

3. O dever da ONU na proteção do trabalhador migrante e da dignidade humana

É função do Direito do Trabalho normatizar a proteção do obreiro de modo a proibir a mercantilização de sua mão de obra. Assim, evidencia-se uma conexão intrínseca entre o Direito do Trabalho e a Dignidade Humana, que seria a “necessidade de tutela jurídica das relações de emprego, a fim de assegurar que a subsistência, a integração social e a emancipação coletiva do trabalhador ocorram de acordo com as diretrizes do direito ao trabalho digno” (DELGADO; RIBEIRO, 2013, p.199-219).

Nesse âmbito de igualdade, desenvolve-se o conceito de trabalho decente. Normalizado pela OIT em 1999, o conceito de trabalho decente sintetiza a sua missão histórica de promover oportunidades para que homens e mulheres obtenham um trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humana, sendo considerado condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável.

Trata-se de um conceito central para o alcance dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) definidos pelas Nações Unidas, em especial o ODS 8, que busca “promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todas e todos”. Assim como está relacionado às 8 Convenções fundamentais da OIT, que tratam questões consideradas como princípios e direitos fundamentais no trabalho. Os principais aspectos de trabalho

decente foram amplamente incluídos nas metas de muitos dos outros ODS da Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável, principalmente na Meta 8 sobre Trabalho Decente e Crescimento Econômico Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, o emprego pleno e produtivo e o trabalho decente para todos.

É um termo estratégico da Organização Internacional do Trabalho para unificar aspectos qualitativos e quantitativos do progresso social. Com esta perspectiva a OIT pretende abranger em rede de proteção social aqueles trabalhadores que não estão vinculados diretamente numa relação de emprego clássica além de monitorar o respeito dos países membros aos direitos fundamentais no trabalho. Pode-se dizer que a noção de “trabalho decente” unifica a ação da OIT para com a finalidade de atingir os objetivos previstos na sua Constituição, resumidos na busca da justiça social.

A ONU, como órgão responsável pela manutenção da ordem internacional, tem como missão zelar para que os direitos humanos e a proteção da dignidade sejam efetivas, abarcando todos os conceitos que essa dignidade comporta, a principiar pelo trabalho digno.

Encontramos, no art. 23, da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), a positivação da relação entre o direito do trabalho e o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o trabalho como um direito do homem e, portanto, universal. A respeito dos preceitos do art. 23 da DUDH, importante notar que é dado e assegurado ao homem o direito ao trabalho, correspondendo ao Estado o dever de prover suas economias do pleno emprego, permitindo “o ganha pão para todos”. O direito ao trabalho deve, portanto, ser visto no contexto da garantia da dignidade humana contida no preâmbulo da Declaração.

De acordo com o previsto então cabe a ONU cuidar, proteger e amparar o direito do obreiro, dada sua fragilidade em face

da força do capital e dos donos dos meios de produção. Destarte, há uma conexão intrínseca entre o Direito do Trabalho e a dignidade humana, que se evidencia na necessidade de tutela jurídica das relações de emprego, a fim de assegurar que a subsistência, a integração social e a emancipação coletiva do trabalhador ocorreram de acordo com as diretrizes do direito ao trabalho digno.

É evidente que a proteção ofertada pela norma a todas as relações de trabalho, há de excluir aquelas relações de trabalho tidas como degradantes para o ser humano, excluindo esta do âmbito da proteção legal ofertada. Longe de ser protegida, deve ser combatida. Por essa razão, a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece certos condicionantes para que se estabeleça essa relação de trabalho. Para que conte com a proteção normativa, a relação de emprego deve conter uma série de medidas que lhes assegure o já citado “trabalho decente” ou “trabalho digno”, excluindo qualquer outra, porque incompatível com a natureza humana.

Destarte, como meio de melhorar, garantir e proteger o trabalho de forma digna, sob o viés dos direitos humanos, a ONU, por intermédio da sua Resolução de n.º 2920, já havia condenado a discriminação de trabalhadores estrangeiros e solicitou que os estados membros pusessem fim a essa prática e aprimorassem a recepção de trabalhadores migrantes.

Tal iniciativa foi contemporânea à redação por parte da OIT, da Convenção sobre Trabalhadores Migrantes, que caminha na defesa dos Direitos Humanos dos migrantes por intermédio da supressão do trabalho ilegal e dos tratamentos discriminatórios a que estes indivíduos estavam sujeitos.

A aplicação dos direitos humanos deve se dar independente de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana e de um direito natural, exercidas contra todos

os poderes estabelecidos, oficiais ou não. Porém, no mundo real positivado ainda se faz necessário que as normas, tratados e resoluções se incorporem, de fato ao mundo jurídico dos Estados, numa linha de obrigação e respeito às decisões dos organismos internacionais. A atual facultatividade de aceitação das normas aprovadas, de um lado, apoia-se e garante maior respeito à soberania estatal, de outro, resulta, de certo modo, pelo menos no campo da proteção do trabalhador migrante, em certa aquiescência com o desrespeito aos valores mais elevados da natureza do homem, e que a própria ONU pretendeu proteger.

4. O trabalhador migrante e a Corte Interamericana de Direitos Humanos

Os direitos humanos dos migrantes têm adquirido cada vez mais espaço na agenda política internacional, as pessoas estão cada vez se locomovendo com maior intensidade, e como consequência lógica desse interesse, acordos internacionais sobre o tema foram celebrados e organismos internacionais foram criados visando sua proteção. No entanto, ainda são frequentes as violações aos direitos dessa população sendo assim, os tribunais regionais de direitos humanos sendo primordiais na proteção desses direitos em face do poder estatal.

A rede internacional de proteção de direitos humanos conta com um sistema global e com sistemas regionais de proteção. Os sistemas regionais buscam internacionalizar os direitos humanos em um plano regional, onde os problemas e as questões culturais e econômicas são semelhantes, com um número menor de países o consenso político se torna mais fácil, tanto em relação às convenções a serem adotadas quanto ao sistema de monitoramento. Portanto, cada sistema regional pode complementar de forma eficiente o sistema global, sendo encorajada pela ONU a adoção

de sistemas regionais paralelos ao sistema global (PIOVESAN, 2013, p.51).

Para defesa e garantia da efetividade dos direitos humanos cada sistema regional apresenta seu próprio aparato. O sistema americano conta com dois órgãos principais: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), sediada em San Jose, na Costa Rica. Seu principal instrumento normativo, quando se trata da proteção aos direitos humanos é a Convenção Americana de Direitos Humanos, aprovada, em 1969, que foi ratificado pelo Brasil, em 1992.

A Corte, tem competência dupla: a *competência contenciosa*, aplicável apenas aos Estados que tenham reconhecido a competência jurisdicional da corte, e na administração dessa competência, conhece dos casos em que se alegue que um dos Estados membros tenha violado um direito ou liberdade protegidos pela convenção, mediante a sujeição a um processo com garantia de contraditório, e uma outra chamada de *competência consultiva*, mediante a qual emite pareceres acerca da Convenção Americana de Direitos Humanos ou outros tratados de direitos humanos vigentes no âmbito dos estados americanos.

A corte pode emitir parecer a pedido de Estado parte, acerca da compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os tratados internacionais, o que é denominado de controle de convencionalidade das leis. Ambas as funções são essenciais na etapa de consolidação do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

Na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, existem tanto opiniões consultivas, medidas provisórias e casos contenciosos acerca do direito do migrante. A respeito das opiniões consultivas, estas são de importância ímpar no direito internacional, já que são resultados da Corte justamente da sua competência de interpretar, sempre que consultada,

sobre as disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Dessa forma, diante da obrigatoriedade de os países signatários seguirem as disposições da CADH, é de suma importância o estudo de seus posicionamentos.

As opiniões consultivas da CIDH têm como finalidade precípua analisar e orientar o lastro de interpretação mais coerente e atual sobre o tema que lhe foi confiado dentro do sistema interamericano, pois os seus pareceres alimentam uma rede informativa da própria Corte como órgão internacional de controle e regulação da aplicação da legislação sobre direitos humanos no continente americano. São estabelecidas orientações para que os países se adequem às normas internacionais e o seu direito interno, consolidando balizas de atuação para todas as esferas de poder existentes nos países, sejam oriundos do poder executivo, legislativo ou judiciário. Nesse sentido, ressaltamos que nenhum deles pode furtar-se do cumprimento legal das normas, situação que, no Brasil, segundo a própria Carta Magna, constitui-se texto propriamente constitucional em razão do tema.

Discute-se se as opiniões consultivas da CIDH seriam vinculantes ou não, porém, qual seria o sentido de mobilizar recursos da Corte para se debruçar sobre determinado tema e o resultado desse estudo só valer para as partes consultantes? O entendimento da Corte iria se alterar caso outro país fizesse a mesma consulta? Por certo que não. Dessa maneira, em razão da economia processual, da integração do sistema interamericano e da segurança jurídica do sistema interamericano conclama-se a concluir pelo efeito vinculante das opiniões consultivas da CIDH, inclusive como forma de garantia e verificação do compliance internacional de suas manifestações e, posteriormente, no direito interno dos países (CAMILO; OLIVEIRA; 2018, p.51).

De acordo com Manuel E. Ventura Robles e Daniel Zovatto Garetto, a “jurisdição consultiva”, estabelecida pelo artigo 64 da

Convenção, “é única no direito internacional contemporâneo”, dado que a função consultiva do sistema interamericano é de tal modo ampla que criou um “método judicial alterno”, de caráter consultivo. A finalidade do método de consultas seria, segundo os autores, ajudar os Estados e órgãos da OEA a observar e aplicar os tratados de direitos humanos do sistema, mas sem submeter as partes solicitantes ao formalismo e ao sistema de sanções típicos do exercício da função contenciosa. (ROBLES;GARETTO, 1988). Ainda quando a opinião consultiva da Corte não tem o caráter vinculante de uma sentença em um caso contencioso, tem, de outro lado, efeitos jurídicos inegáveis (CIDH, OC-15/97).

Por certo, argumentar em prol da natureza vinculante das opiniões consultivas não coincide com o caráter coercitivo das sentenças da Corte que vinculam as partes do processo. No entanto, claramente como já se pronunciou nesse sentido, possuem o caráter multilateral (OEA, OC-15/1997), porque direcionam a compreensão da temática que foi analisada, promovendo uma atualização do entendimento da Corte sobre aquele tema. Isso faz com que se permita o questionamento dos países por interpretação diversa dada em seus direitos internos, pois acompanhar o entendimento dos tribunais superiores em seus próprios países permite a observação do entendimento dos tribunais internacionais quando se tratar de matéria de direitos humanos. Novamente, uma análise de compliance do estado de conformidade e coerência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos

É inimaginável que cada país “escolha” qual opinião consultiva é mais interessante a seguir, e sim, que todas sirvam de orientação para todos os países, mesmo porque a Corte deve tomar o cuidado de uma opinião consultiva não negar parcial ou totalmente outra opinião consultiva emitida.

Particularmente e concernente à matéria, podemos citar como exemplo para estudo o Parecer Consultivo 18/2003, que

foi apresentado pelo México, país que tanto recebe e envia migrantes, principalmente para os Estados Unidos América, sendo assim, não surpreendente que tal pedido de opinião consultiva tenha sido apresentado por este país, pedido este que merece ser analisado a seguir.

Em 2002, o México apresentou consulta à CIDH sobre os direitos dos trabalhadores migrantes não documentados. Nessa opinião consultiva, a Corte (CIDH, OC-18/03, p.101) destacou a obrigação estatal geral de respeitar e garantir os direitos humanos. Tais direitos são atributos da pessoa humana e são superiores ao poder do Estado, estando garantidos em diversos instrumentos internacionais. Esse parecer foi proferido em atendimento a uma solicitação dos Estados Unidos Mexicanos considerando problemas observados com seus nacionais que emigraram para os Estados Unidos.

Com fundamento no art. 64.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, submeteu então à corte sobre a privação do desfrute e exercício de certos direitos trabalhistas aos trabalhadores migrantes, e sua compatibilidade com a obrigação dos Estados americanos de garantir os princípios de igualdade jurídica, não discriminação e proteção igualitária e efetiva da lei consagrados em instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos; bem como com a subordinação ou condicionamento da observância das obrigações impostas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, incluídas aquelas oponíveis *erga omnes*, em contraste com a consecução de certos objetivos de política interna de um Estado americano.

O México argumentou, ainda, que a consulta se referia também ao caráter que “os princípios de igualdade jurídica, não discriminação e proteção igualitária e efetiva da lei alcançaram no contexto do desenvolvimento progressivo do Direito Internacional dos Direitos Humanos e sua codificação”(CIDH, OC-18/03, p. 5).

Embora isso não esteja explicitado na consulta, a lógica indica que o fator desencadeador da consulta teria sido uma decisão da Suprema Corte Americana, proferida em 2002, na qual se decidiu que trabalhadores imigrantes indocumentados que haviam sido demitidos indevidamente por organizar sindicatos não possuiriam direito ao pagamento de salários atrasados(SALADINI, 2018, p.13). Essa decisão da Suprema Corte Americana, na opinião manifestada por Javier Juárez, do Law Office of Sayre & Chavez, em sua intervenção como *amicus curiae*, criava uma clara exceção jurídica às garantias concedidas a outros trabalhadores, em contravenção ao texto dos acordos internacionais que buscam a igualdade de proteção para os trabalhadores migrantes, exacerbando a vulnerabilidade que os distingue de outros grupos da população(CIDH, OC-18/03, p 38-39).

A decisão da Suprema Corte Americana colocava em situação de hipervulnerabilidade trabalhadores que já estavam em situação de vulnerabilidade acentuada, visto que se tratavam de estrangeiros indocumentados em terra estranha. A consulta mexicana foi estruturada tendo por base o princípio da igualdade jurídica consolidado na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (SALADINI, 2018, p.13).

O parecer foi unânime, e após extensa fundamentação teórica e legal, se entendeu que os princípios da proteção igualitária e da não discriminação são fundamentais para proteger os direitos fundamentais, devendo ser tomado como *jus cogens*, que seria uma norma imperativa, aceita e reconhecida pela sociedade internacional em sua totalidade, cuja derrogação é proibida e só pode sofrer modificação por meio de outra norma da mesma natureza. Além disso, acarreta obrigações de proteção que vinculam todos os Estados e geram efeitos com respeito a terceiros, inclusive particulares, gerando, portanto, obrigações para os

Estados e também a sua possível responsabilização internacional por inobservância.

Desse modo, o Estado deve assegurar a aplicação desses princípios em seu ordenamento jurídico, abstendo-se de ter normas discriminatórias, e opondo-se a práticas discriminatórias, inclusive, adotando medidas positivas. Tais princípios também protegem as pessoas migrantes, independentemente se sua situação regular ou não no país.

O parecer foi considerado uma das mais expressivas manifestações internacionais em matéria trabalhista, tendo manejado elementos jurídicos da mais alta repercussão, destacando a absoluta prevalência da dignidade da pessoa humana, base sobre a qual devem ser construídos os direitos de caráter trabalhista. O fato de persistirem na atualidade novas formas de exploração do homem pelo homem, e em meio ao aumento comprovado da pobreza e da exclusão e marginalização sociais, vemos que o direito está sendo ostensiva e flagrantemente violado e instrumentos como o Parecer Consultivo n.º 18 contribuem para o processo da necessária *humanização* do Direito Internacional.

É certo que os Estados têm a faculdade de adotar políticas públicas dirigidas à obtenção de fins coletivos legítimos, dentre elas as políticas relativas aos processos populacionais, que incluem as questões migratórias, além das concernentes ao emprego. Todavia, esses aspectos específicos de uma política do Estado não podem entrar em colisão com os direitos humanos de certo setor da população, pois é função do Estado reconhecer e garantir os direitos humanos de seus habitantes, implementando as diversas políticas públicas de maneira que se preservem estes direitos e, ao mesmo tempo, procurem e alcancem os legítimos objetivos que estas políticas pretendem, um Estado não poderia violar os direitos humanos das pessoas sujeitas à sua jurisdição sob o pretexto de determinadas políticas (CIDH, OC-18/03, p.9-10).

É preciso esclarecer que a CIDH admite sim distinções entre migrantes documentados e não documentados e entre migrantes e nacionais, desde que o tratamento diferenciado seja “razoável, objetivo, proporcional e não lesione os direitos humanos” (CIDH, OC-18/03, p.9-10). Da mesma forma, admitem-se políticas de controle de entrada e permanência de estrangeiros, desde que tais medidas também não violem direitos humanos.

O parecer também mostra preocupação com o particular, já que a obrigação de respeitar os direitos humanos não é só do Estado, é também dos particulares em sua inter-relação. O âmbito da autonomia da vontade, que predomina no direito privado, não pode ser um obstáculo para que se dilua a eficácia vinculante *erga omnes* dos direitos humanos. Os destinatários dos direitos humanos – além do Estado (âmbito público) – são também os terceiros (âmbito privado), que podem violá-los no campo das relações particulares. Os direitos trabalhistas, em seu conjunto, adquirem uma real dimensão nas relações entre particulares, portanto é frente a terceiros que devem ter uma eficácia vinculante. Com esta finalidade, todo Estado deve adotar medidas legislativas ou administrativas para impedir estas violações, e os instrumentos processuais devem ser efetivos e ágeis. (SALADINI, 2018, p.17). O Parecer 18/2003 se funda na convicção que o princípio fundamental da igualdade e da não discriminação já entrou para o domínio do *jus cogens*, acarretando obrigações *erga omnes* de proteção que vinculam todos os Estados e geram efeitos em relação a terceiros

Pode se concluir também que a obrigação geral de respeitar os direitos humanos não depende da regularidade da condição migratória da pessoa, sendo que a mera irregularidade da condição migratória não pode ser utilizada como justificativa para desrespeito aos direitos fundamentais do trabalhador migrante. (SALADINI, 2018, p.21)

Assim temos que a discussão crítica a respeito da migração laboral no mundo deve avançar e ser pautada especialmente na ideia de solidariedade humana para a construção de um mundo melhor e na possibilidade de responsabilização internacional do Estado que violar ou permitir a violação dos direitos humanos dos trabalhadores imigrantes.

CONCLUSÃO

Sendo expressão da dignidade humana, e constituindo um marco histórico ético na convivência da humanidade, os direitos humanos dos trabalhadores são indisponíveis e irrevogáveis. Em que pese essa tutela de direitos assegurada ao homem, o que inclui o direito ao trabalho, observa-se com frequência a dificuldade de se assegurar tal direito de forma plena, em vista até dos níveis de desenvolvimento social e econômico das várias economias. Tal conduta, como explanado deve ser rechaçada pois é clara a legislação internacional assim como o entendimento global sobre a pertence do trabalhador e a importância do tema, que está acima de tais questões. O governo que nega tais direitos basilares dá causa a revoluções, guerras e revoltas, sendo o reconhecimento de tais direitos como já citado instrumentos indispensáveis à proteção da dignidade, atributo da pessoa pelo simples fato de “ser humano”. O direito internacional dos Direitos Humanos deve prevalecer assim sob os ordenamentos internos falhos e garantir que dignidade seja por fim efetivada a todos da melhor forma possível.

REFERÊNCIAS

BICHARA, Jahyr-Philippe. **Proteção Internacional dos Migrantes: Entre prerrogativas e obrigações dos Estados**, 2018.

CAMILO, Christiane de Holanda; OLIVEIRA, Daniel Ventura. Compliance da opinião consultiva n.º 24/2017 da corte interamericana de direitos humanos. In: **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**. V.17/18, n.º 17/18. Fortaleza, Ceará.

CORTE Interamericana de Derechos Humanos. Informes da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Art. 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). **Opinião Consultiva OC-15/97** de 14 de novembro de 1997. Série A, n. 15, parágrafo 26

CORTE Interamericana de Derechos Humanos. **Parecer Consultivo OC-18/03**, de 17 de setembro de 2003, solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos: A Condição jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados. Documento eletrônico disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/58a49408579728bd7f7a6bf3f1f80051.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2018.

DELGADO, G.; RIBEIRO, A. Os Direitos Sociotrabalhistas como Dimensão de Direitos Humanos. **Revista TST**, Brasília, v. 79, n 2, 2013.

FROUVILLE, Olivier. **Les instruments universels de protection :Quelle effectivité ?** In: Habib Gherari et Rostane Mehdi (dir.). *La société internationale face aux défis migratoires*. Paris: Pedone, 2012.

GURGEL, Yara. **Direitos Humanos, princípios da igualdade e não discriminação**: sua aplicação às relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2010.

OLNEY, Shauna, CHOLEWINSKI, Ryzard. Migrants Worker and the Right to Non-discrimination and Equality. In:

- COSTELO, **Cathryn**; FREEDLAND, **Mark**. **Migrants at Work**, Oxford Univesity Press, UK. 2014. p. 260. Tradução Livre.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 51
- ROBLES, Manuel E. Ventura; GARETTO, Daniel Zovatto. **La naturaleza de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. San José. IIDH, v. 7, 1988
- SALADINI, Ana Paula Sefrin. Trabalhador imigrante, direitos fundamentais e o parecer consultivo oc 18/03 da corte Americana de direitos humanos. **Revista Eletrônica: Trabalho e migrações**, Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região. Curitiba: Escola judicial, 2018.
- SILVA, João Carlos Jarochinski. **A situação do imigrante ilegal hoje**. In: Estudos de direito internacional: anais do 7º Congresso Brasileiro de Direito Internacional/Wagner Menezes (coord), Curitiba. Ed. Juruá, vol. XVI, 2009. Pág 244.

JURISDIÇÃO E DEMOCRACIA: DISCUSSÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE NO CASO DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA NO BRASIL

Marcel Fernandes de Oliveira Rocha

Tallita de Carvalho Martins

1 INTRODUÇÃO

No Brasil não é novidade que o Poder Judiciário tem apresentado um crescente déficit de legitimação no seu processo decisório. Cada vez mais se questiona a lisura do referido poder, por sua vez centralizado na figura do Supremo Tribunal Federal, escolhido pelo constituinte como órgão de cúpula, ao qual compete, precipuamente, a guarda da Constituição.

Assim, no presente estudo, dentre outros objetivos, buscar-se-á demonstrar como vem se solidificando essa deslegitimação de um Judiciário que atua solipsisticamente, afastando-se da esfera pública. Desse modo, o Estado Democrático de Direito, em

vez de se apresentar propulsor de garantias, vem sendo fragilizado, sob a égide de discursos populistas, descurados do comprometimento que é devido à Carta Magna do país e aos demais pactos internacionais, os quais ao longo da nossa recente história constitucional foram sendo ratificados.

Em uma sociedade complexa, moldada por relações inter-subjetivas que se entrelaçam nos mais variados aspectos, a participação social deve ser premissa de ordem para conformação de um Estado Constitucional e Democrático de Direito. Portanto, não se sustém, nessa concepção, um modelo hipertrofiado de democracia representativa que descaracteriza a soberania do povo, prescrita como fundamento básico da República Federativa do Brasil, de acordo com o artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal.

Um judiciário compromissado com o princípio democrático precisa imbuir-se de legitimidade, abrindo espaços de interlocução entre a esfera pública e o poder público institucionalizado. Trata-se de uma legitimidade por conteúdo e não de uma legitimidade meramente formal refratada por uma representação política ou judicial que isola a participação efetiva do povo.

De outro modo, considerando uma sociedade periférica que apresenta um Poder Legislativo capenga, omissivo e vacilante em sua atuação, multiplicadas as situações de risco ou os *hard cases* ao longo de sua evolução, abre-se margem para difusão de um fenômeno amplamente conhecido no Brasil, que diz respeito ao ativismo judicial, quando o judiciário, chamado a decidir, e por força cogente de vedação ao princípio *non liquet*, pela inafastabilidade do controle jurisdicional, precisa apresentar uma tutela satisfativa do direito pleiteado em juízo.

Nesse ponto, a fim de que não se perpetuem decisões monológicas, descuradas dos princípios mais basilares de um Estado Democrático, é que se analisa a necessidade de se difundir um

modelo cooperativo de decisão que busque a legitimidade capaz de sanar os déficits desse modelo democrático hipertrofiado, baseado em ideais ultrapassados que não mais atendem às perspectivas desta geração.

Para tanto, apresenta-se o caso da execução antecipada da pena, emblemático dentro da jurisprudência brasileira, com discussão pendente desde 2009, sob a finalidade de se demonstrar como esse tipo de decisão solipsista pode fragilizar as bases de uma democracia, violando inúmeras garantias fundamentais de elevada estima para a sociedade.

Desta feita, com o estudo em questão, restará evidenciado como a presunção de não culpabilidade vem sendo indevidamente mitigada ao longo da discussão em torno da possibilidade de uma execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, conforme preceitua o artigo 5º, LVII, da Constituição Federal e o que pode ser feito para solucionar as máculas de um processo judicial marcado pela atuação de um judiciário substancialmente deslegitimado.

2 A PERDA DE LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS NA SOCIEDADE COMPLEXA DO SÉCULO XXI

Com o desenvolvimento global e o surgimento de sociedades hipercomplexas, da era da informação, no contexto de pós Segunda Guerra Mundial, tem-se o aparecimento dos chamados direitos difusos ou metaindividuais e a crescente preocupação com a dimensão material dessas garantias fundamentais.

Nesse cenário, o Estado Democrático de Direito busca unir objetivos centrais dos modelos anteriormente implementados (Estado Liberal e Estado Social), no intento de superar as deficiências de cada um e consolidar uma supremacia da Constitui-

ção que, no caso do Brasil, está pautada, sobretudo, no princípio democrático.

Assim, ao passo que os ideais liberais, fundados principalmente nas convicções da Revolução Francesa de 1789, concediam extrema importância à autonomia privada dos indivíduos e, posteriormente, o constitucionalismo social, focado na concretização de um estado prestacional, valorizava essencialmente a autonomia pública, na sociedade pós-convencional, de acordo com Habermas, essas autonomias estão interpoladas uma a outra, guardando alto grau de interferência recíproca a partir da linguagem que aproxima os cidadãos entre si e propicia a formação de uma autonomia política, essa sim, condizente com um modelo verdadeiramente democrático (GÓES, 2013, p. 50).

Conforme considera Góes (2013, p. 51), em seus estudos sobre a ideia habermasiana de democracia deliberativa, “a atual rede complexa de informações, considerada numa difusa forma de comunicação, acaba por gerar múltiplas formas de influência recíproca entre os sistemas e o mundo da vida”, encontrando “na formação de uma opinião e de uma vontade compartilhadas a origem de uma participação democrática consentânea com a nova ordem estabelecida pela complexidade do mundo contemporâneo”.

Cumprе salientar que o conceito de sociedade pós-convencional, em Habermas, parte do processo de desenvolvimento da consciência moral, aportado na teoria de Lawrence Kohlberg, o qual se apresenta em três estágios: 1) nível pré-convencional: a ação é orientada pelo prazer ou desprazer, obediência ou desobediência e todo agir é julgado com base em consequências imediatas; 2) nível convencional: as regras são aceitas por serem válidas e 3) nível pós-convencional: o indivíduo desenvolve uma concepção moral autônoma, independente de padrões de comportamento (QUINTANILHA, 2016).

Por essa razão, para Habermas, a legitimidade, na sociedade pós-convencional que se deseja alcançar, está diretamente relacionada com a participação social do povo, o qual é autor e destinatário das normas democraticamente produzidas. Desse modo, diferente não pode ser no plano da jurisdição, porquanto uma decisão judicial que não se abre à influência da esfera pública se transmuta, conseqüentemente, em uma juristocracia.

Para Friedrich Muller, a ideia fundamental em torno da democracia circunda a possibilidade de “autocodificação das prescrições vigentes com base na livre competição entre opiniões e interesses, com alternativas manuseáveis e possibilidade eficazes de sancionamento político” (GÓES, 2013, p. 52). Observa-se, aqui, o conceito de vontade consensual trabalhado por Habermas, segundo o qual “o direito produzido a partir de um procedimento discursivo, que abranja a totalidade possível dos seus concernidos, poderá servir de *médium* entre o poder comunicativo advindo da esfera pública e o poder administrativo ocupante do centro” (GÓES, 2013, p. 52).

Consigna destacar que quando se fala em interlocução entre a esfera pública e o poder público institucionalizado, não se está por dizer que o judiciário deve cancelar o clamor social em suas decisões. Pelo contrário, tal situação é igualmente incompatível com o cenário democrático, posto que desconsidera os interesses contramajoritários da população.

Consoante o entendimento de Habermas, para instituição de um poder administrativo legítimo se faz necessário ouvir as mais diversas esferas públicas autônomas que representarão essa vontade consensualmente atingida, dando forma as denominadas *corporações deliberativas*, “que devem atuar democraticamente, de modo a favorecer um sentido lógico de distribuição de tarefas” (GÓES, 2013, p. 117).

Portanto, busca-se nessa interlocução entre o poder social e o poder administrativo, pelo *médium* do procedimento discursivo

vo, uma efetiva concretização do papel representativo que o judiciário precisa empreender para se fazer legítimo em face de um Estado Constitucional Democrático.

Nessa esteira, Habermas entende que para haver legitimidade nas decisões judiciais da sociedade pós-convencional, na qual “a racionalidade que a preside centra-se na capacidade interminável de comunicação entre os atores sociais” (GÓES, 2013, p. 43), “o juiz singular tem que conceber sua interpretação construtiva como um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos” (HABERMAS, 1997, p. 291).

Destarte, por momento, tem-se a conclusão de que em uma sociedade complexa, participamente ativa, como deve ser no plano democrático, não pode legitimar a atuação de um judiciário maior do que o próprio povo, fonte última de justificação do direito ao qual lhe é afetado.

Nas palavras de Góes (2013, p. 44): “A só legalidade, sem a perscrutação de sua origem, não justifica nem confirma a legitimidade do poder constituído”. Assim, na contemporaneidade, “somente um poder político que emerge de um ambiente verdadeiramente democrático é que pode, legitimamente, produzir e justificar-se pelo Direito”.

Zaffaroni (2015, p.25), ao discutir a perda de legitimidade do sistema penal, na sua obra “*Em busca das penas perdidas*”, considera que o “poder configurador ou positivo do sistema penal é exercido à margem da legalidade, de forma arbitrariamente seletiva, porque a própria lei assim o planifica e porque o órgão legislativo deixa de fora do discurso jurídico-penal amplíssimos âmbitos de controle social punitivo”.

Nessa linha de raciocínio, discorre que não existe legitimidade em um sistema penal sustentado em um discurso juridicamente falso, apoiado no exercício de um poder que desconsidera

o verdadeiro poder legitimante: o do povo e, sobretudo, do povo que é alvo desse discurso seletivo e estigmatizante (ZAFFARONI, 2015, p. 19).

Dessa forma, considera que a legalidade não proporciona a legitimidade e acrescenta que “os órgãos legislativos, inflacionando as tipificações, não fazem mais do que aumentar o arbítrio seletivo dos órgãos executivos do sistema penal e seus pretextos para o exercício de um maior poder controlador” (ZAFFARONI, 2015, p. 29).

Partindo de tal perspectiva, é possível vislumbrar, no que tange ao caso em tela, acerca da execução antecipada da pena, a tentativa (ilegítima) de poder legislativo, executivo e judiciário, no seio de uma sociedade periférica que ainda não alcançou o nível da pós-convencionalidade, conforme trabalhado por Habermas, utilizar-se de um falso discurso, travestido de legalidade, para claramente distorcer as regras do jogo democrático a fim de consagrar interesses outros, bem distantes do que realmente propugna a população.

No documentário “*Democracia em Vertigem*”, produzido pela cineasta Petra Costa, e recentemente divulgado pela plataforma de *streaming* do Netflix (2019), sendo inclusive indicado ao Óscar de 2020, restou denunciado como o esfacelamento de um estado democrático de um país periférico se opera e como esse falso discurso adotado pelos detentores do poder institucionalizado não se legitima por deixar à margem da questão o principal elemento de uma democracia que é o próprio povo.

Tzvetan Todorov (2012, p. 17), ao escrever a obra “*Os inimigos íntimos da Democracia*”, destaca que: “A democracia se caracteriza não só por um modo de instituição do poder ou pela finalidade de sua ação, mas também pela maneira como o poder é exercido”. Para prevalecer o pluralismo que dá forma à democracia, é condição *sine qua non* manter a separação dos poderes, evitando a sua concentração em um só polo de autori-

dade. Nesse cotejo, a independência institucional de cada órgão é também essencial à sua legitimação. “O mesmo se dá quanto ao poder midiático, o mais recente, que não deve ser posto a serviço do governo, mas permanecer ele mesmo plural” (TODOROV, 2012, p. 17).

No mencionado documentário, além de ficar clara a falsidade do discurso oferecido para justificação das atitudes do governo, observa-se, também, a questionável ligação entre esses estabelecimentos públicos que fulminam qualquer ação legítima em uma democracia representativa na qual o povo é considerado “povo legitimante” (GÓES, 2013, p. 46).

Tem-se, pois, a figura de um juiz, notadamente imparcial, manejando um processo que implicaria diretamente na exclusão de um dos maiores líderes políticos do país das eleições presidenciais, posteriormente ingressando no Poder Executivo e vendendo um discurso populista, com a finalidade de influenciar o Legislativo, e o próprio setor social, mediante a mídia da qual se utiliza ao seu favor, a refratar àquele que seria o seu ideal de justiça, em clara desconsideração de uma vontade consensualmente atingida nas esferas públicas e execrando, dessa forma, todos os postulados básicos de uma democracia.

Tal qual destaca Zaffaroni (2015, p. 19): “Em nossa região marginal, é absolutamente insustentável a racionalidade do discurso jurídico-penal que de forma muito mais evidente do que nos países centrais, não cumpre nenhum dos requisitos da legitimidade”.

Destarte, a par de todas as considerações vertidas até então, aponta-se a necessidade de se desenvolver uma forma de solucionar esse déficit de legitimação do judiciário no seu processo decisório, com vistas a se fortalecer o princípio democrático e a soberania do povo.

3 A PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE NO CASO DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA, O ATIVISMO JUDICIAL E OS DISCURSOS DE COMPLEMENTAÇÃO

O art. 5º, LVII, da Constituição Federal, dispõe de modo claro que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. No entanto, diante do verbete deste texto constitucional, muitas são as discussões que eclodiram ante a possibilidade ou não de se efetivar a denominada execução antecipada da pena.

Pode-se dizer que a controvérsia que foi foco de deliberação pelo Supremo Tribunal Federal inúmeras vezes iniciou ainda em 2009 sob o contexto de julgamento do *Habeas Corpus* 84.078/MG, de acordo com o qual o STF modificou entendimento jurisprudencial no sentido de impossibilitar a chamada execução *provisória* da pena por entender ser incompatível com o supramencionado artigo 5º, LVII, da CF.

Considerando tal alteração, na reforma processual penal ocorrida em 2011, o legislativo modificou o texto do Código de Processo Penal, trazendo nova redação ao artigo 283 deste diploma, a fim de compatibilizá-lo com a sistêmica constitucional. Dessa forma, fez consignar no referente artigo que ninguém poderá ser preso se não houver sentença condenatória transitada em julgado. Excetuando-se, por outro lado, as hipóteses de prisão em flagrante, temporária ou preventiva.

Todavia, em 2016, a Suprema Corte reuiu esse entendimento, ripristinando a posição vigente até 2009, modificada em razão do HC 84.078/MG. Logo, possibilitou novamente a execução antecipada da pena após o julgamento em segundo grau de jurisdição que confirmasse a condenação, dentre outros argumentos, porque neste momento restaria exaurida a discussão em torno

das questões fáticas, não havendo mais dúvida acerca da autoria e da materialidade do crime cometido.

Neste impasse, com o julgamento do HC 152752/PR, impetrado preventivamente pela defesa do ex Presidente da República Luis Inácio Lula da Silva, acirram-se as discussões em volta da matéria, na medida em que o STF ratificou o posicionamento sustentado em 2016 e, com isso, suscitou indignação de parte da doutrina, operadores do Direito e da sociedade que não concordou com a posição do Supremo no que se refere ao tema.

Porém, com julgamento de mérito das Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, de relatoria do Ministro Marcos Aurélio, propostas pelo Partido Ecológico Nacional (PEN) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, cujo pedido cingia-se a que o Supremo reconhecesse a constitucionalidade do artigo 283 do CPP, segundo o qual não se faz possível a prisão antecipada, senão em flagrante delito ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva, novamente o entendimento jurisprudencial sobre o tema mudou (CANÁRIO, 2018).

Declarada a constitucionalidade do artigo 283 do CPP, mais uma vez restou assente que a execução antecipada da pena contraria a Constituição Federal e, portanto, não pode ser declarada imediatamente por qualquer juízo de segundo grau como efeito direto de uma decisão condenatória.

Destarte, no que tange à discussão da legitimidade do processo decisório, com base em uma ordem democrática, sobretudo no contexto de uma sociedade complexa, tem-se que o juízo de culpabilidade formado pelo magistrado não há como ser absoluto. Isso porque, em uma sociedade de riscos periférica, como é o caso do Brasil, dotada das mais diversas variáveis, não se faz crível que a “verdade real”, pautada em uma certeza fundamentada nas provas coligidas ao longo da instrução, possa ser alcançada.

Seguindo a concepção de Juaréz Cirino dos Santos (2019, p.3), reduzir o conceito do princípio da presunção de inocência “ao componente processual da interpretação da prova, segundo o princípio do *in dubio pro reo*” mutilaria o núcleo essencial deste direito fundamental.

O intérprete ou operador do Direito só poderá alcançar a máxima certeza possível, que, obviamente, deve se pautar nos elementos colhidos ao longo da instrução criminal, mas que jamais será absoluta. Desse modo, melhor seria falar em verdade processual em detrimento à verdade material.

Desse modo, faz-se necessário balizar a discussão em torno da legitimidade do judiciário ao proferir decisões que flexibilizam garantias de alçada constitucional. Nesse ponto, a flexibilização da presunção de não culpabilidade a partir da verdade real, ilusoriamente alcançada pelo magistrado, não convence, tal qual o argumento esposado no julgamento do HC 126.292/SP, de que a antecipação da execução da pena após o julgamento em segundo grau de jurisdição estaria autorizada pela preclusão da matéria fática no juízo *a quo*.

Existe “trânsito em julgado” da matéria fática, por assim dizer, mas não existe trânsito em julgado da culpa do agente ante a possibilidade de observação de possíveis nulidades processuais a partir da apreciação dos recursos extraordinários interpostos que podem vir a modificar a “verdade real” conformadora daquele juízo de culpabilidade. Foi o que restou consolidado com o julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade supramencionadas.

Conforme preleciona Santos (2019, p.1), “o ponto decisivo não é o *conteúdo* do juízo de culpa, mas o *momento* do juízo de culpa, que somente pode ser formulado após trânsito em julgado da condenação”.

O magistrado, assim como todo operador do Direito, está imerso em um campo político social do qual não pode se apartar

para proferir sua decisão e, conseqüentemente, não encontrará sempre a melhor resposta correta, dotada de certeza, segurança e moralidade para aplicação.

Portanto, a gradação da culpa, com foco na interpretação da prova, em consonância com o princípio do *in dubio pro reo*, quanto ao proferimento de um juízo de culpabilidade, não pode ser enxergada como justificativa suficiente para esvaziamento desta garantia de suma importância para a sociedade, sobretudo quando decorre de uma interpretação isolada do judiciário sobre o artigo 5º, LVII, da CF, que é claro ao definir o trânsito em julgado como parâmetro absoluto para início da execução definitiva da pena.

Por outro lado, considerando a vedação ao já mencionado princípio *non liquet*, em vistas de um judiciário obrigado a decidir todos os casos levado a juízo, fica a indagação de como o magistrado pode decidir legitimamente em situações nas quais o conteúdo semântico da legislação, em suas variadas proposições, não atende às necessidades do povo ou quando o Legislativo, omissivo, sequer oferece norma aplicável para determinadas circunstâncias.

Habermas (2003) elenca tais situações como zonas cinzentas, Dworkin (2003) como casos difíceis (*hard cases*) e, nesse contexto, “correntes expressivas do positivismo jurídico terminaram por reconhecer que seria inevitável a proliferação de decisões fundadas na discricionariedade dos órgãos de jurisdição sem que, a despeito disso, lhe fosse possível lançar a pecha da ausência de validade” (GOÉS, 2013, p. 138).

Nesse sentido, Hart (2005, p. 338) dispõe:

Que aos juizes devem ser confiados poderes de criação do direito para resolver litígios que o direito não consegue regular pode ser encarado como o preço necessário que se tem de pagar para evitar o inconveniente de métodos alternativos de regulamentação desses litígios,

tal como o reenvio da questão ao órgão legislativo, e o preço pode parecer baixo se os juízes forem limitados no exercício destes poderes e não puderem modelar códigos ou amplas reformas, mas apenas regras para resolver as questões específicas suscitadas por casos concretos.

Com isso, observa-se uma falha, própria do positivismo jurídico, quanto à insuficiência da técnica da subsunção para dirimir problemáticas inerentes à uma sociedade complexa e periférica, como é o caso do Brasil, desenvolvendo-se, por vias transversas, o famigerado ativismo judicial.

Como exemplo desse estratagema, para arremedo de um processo decisório deslegitimado, surgiu a figura da mutação constitucional. Na conceituação de Gilmar Mendes (2008, p. 129), seria este um fenômeno formado pelas “...alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação...”. Ou seja, trata-se de um processo hermêutico no qual o operador do direito precisa lidar com a fluidez política e social definida por um poder cambiante de determinado povo, que são, recuperando os ensinamentos de Peter Haberle, partícipes e intérpretes constitucionais.

Porém, faz-se necessário destacar as observações tecidas pela professora Ana Paula Ávila (2015), segundo a qual é imprescindível diferenciar o fenômeno da mutação constitucional de uma “modificação constitucional”. Pois, a literalidade do texto consiste em uma divisa interpretativa para decisões limítrofes que ponham em risco a unidade da Constituição. Portanto, mudar o contexto de interpretação em razão da mudança de cenário histórico ou social, não é o mesmo do que mudar o completo sentido da norma.

Trata-se do preço, do qual falava Hart, para sanar uma falha do positivismo jurídico, apoiado na pura legalidade, que não

atende ao ideal de legitimidade de uma sociedade verdadeiramente democrática.

Nesse contexto, aqui se faz válida a tese construída por Ricardo Tinoco Góes (2013, p. 134- 160), que aproxima a jurisdição dos discursos de aplicação das normas jurídicas, a partir das teorias desenhadas por Habermas e por Klaus Günther. Assim, considerando hipóteses de *inexistência* de norma aplicável ao caso em *decisum* e à *adequação insuficiente* da única norma aplicável, faz-se necessário uma cidadania ativa, complementando os juízos de aplicação a partir dos juízos de fundamentação, sob a finalidade de se assegurar a legitimidade das normas aplicadas pela jurisdição (GOÉS, 2013, p. 134-160).

Pois, nesse conspecto, haverá um “foro de justificação pública para a decisão judicial” (GOÉS, 2013, p. 154), abrindo-se espaços de interlocução entre a esfera pública e o poder público institucionalizado. Logo, quando não for possível a aplicação normativa que se coadune com o juízo de fundamentação legitimamente produzido no Legislativo, tem-se como condição *sine qua non* para o exercício de uma jurisdição democrática essa complementação discursiva *a posteriori*.

Por fim, construída a regra de argumentação, sobre ela, a Jurisdição, agora contando com essa legitimação suplementar, realizará uma interpretação fundada na história dos precedentes e segundo os princípios jurídicos incidentes no caso, ao estilo de Dworkin. Unem-se, assim, argumentação e interpretação sobre a regra de argumentação e, desse modo, possível se torna a prolação de uma decisão judicial dotada de legitimidade.

É o modo procedimental e discursivo a serviço de uma tutela substancial do direito, que evita a vacilação jurisprudencial a respeito de temas de suma importância para a sociedade, a exemplo da execução antecipada da pena, fazendo o povo, de fato, autor e destinatário das normas jurídicas democraticamente produzidas.

4 CONCLUSÃO

Conclui-se das análises tecidas no presente estudo basicamente duas considerações primordiais.

Primeiro, para consagração de um Estado Constitucional Democrático, pautado no princípio da soberania do povo, as decisões emanadas pelo judiciário só se fazem legítimas a partir da validação desse processo decisório mediante a efetiva participação social.

Portanto, no bojo de uma sociedade complexa e periférica, na qual situações de risco e de anomia são uma constante, deve se buscar a legitimação das decisões judiciais a partir de uma complementação discursiva nas esferas públicas que alimentam esse poder público institucionalizado.

Nesse pórtico, a execução antecipada da pena se apresenta como um nítido exemplo que sustenta essa necessidade de adoção de um procedimento substancial de validação das decisões judiciais, sob pena de dar-se vazão a um criacionismo jurídico capaz de desconstituir as bases de uma democracia em ascensão.

Por fim, não se pode falar em democracia quando os órgãos públicos institucionalizados atuam conjuntamente, desrespeitando os limites de inferência de um sobre o outro e, ao mesmo tempo, isolando o principal elemento desse panamá que é o próprio povo.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. Técnicas de decisão na jurisdição constitucional e garantias de direitos fundamentais das minorias pelo STF. **Novos Estudos Jurídicos**. v. 20. n. 2. Santa Catarina, 2015. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/7884/4469>. Acesso em: 14 maio 2019.

CANÁRIO, Pedro. Supremo publica acórdão das cautelares nas ADCs sobre execução antecipada da pena. **Consultor Jurídico**. Março de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-08/stf-publica-acordao-cautelar-ads-pri-sao-antecipada>. Acesso em 09 maio 2018.

DEMOCRACIA em Vertigem. Direção de Petra Costa. Brasília: **Netflix**, 2019. P&B.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia Deliberativa e Jurisdição**: A legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Trad. de Flávio Beno Siebenechler. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia** – entre facticidade e validade. Trad. de Flávio Beno Siebenechler, v.2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 338.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

QUINTANILHA, Flávia Renata. Kíneses. **Revista de Estudos dos Pós-Graduandos em Filosofia**. Identidade pós-convencional e identidade narrativa: apontamentos sobre ética contemporânea. Vol. 8, n. 16, julho 2016, p. 127-137. Disponível em: <http://www2.marilia.unesp.br/>

revistas/index.php/kinesis/article/view/6420. Acesso em:
01 jun. 2019.

SANTOS, Juares Cirino dos. Presunção de inocência e inconstitucionalidade da prisão em 2º grau. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. Boletim 316 – Março 2019. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim-artigo/6296-Presuncao-de-inocencia-e-inconstitucionalidade-da-prisao-em-2o-grau>. Acesso em: 01 jun. 2019.

TODOROV, Tzvetan. **Os inimigos íntimos da democracia**. Trad. Joana Angélica d'Ávila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. A perda de legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa; Amir Lopez da Conceição. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A questão criminal. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

OPERAÇÃO "BACK TO BACK"

Ane Patrícia Chemin Branco

PRIMEIRA PARTE

I. INTRODUÇÃO

Vivemos uma realidade, onde há interação do comércio mundial, com quebras de barreiras comerciais, tecnologia avançada, sustentabilidade, fatores econômicos e sociais, concorrem para o crescimento e implementações do comércio internacional, levando cada vez mais as empresas a buscarem soluções no espaçamento do mercado externo. Este processo exige planejamento a começar pela sondagem do mercado externo (aceitação do produto, condições de viabilidade, produção, etc...), muitas empresas têm buscado no mercado internacional uma solução para crescer e expandir suas operações. A internacionalização da empresa proporciona geração de novas receitas, competitividade, oportunidades para investimentos, diversidade, oportunidade para recrutar novos talentos e por que não dizer, uma busca para reduzir custos, no pagamento de taxas e impostos.

Ressaltamos que há várias formas de adentrar no mercado externo, pois a internacionalização das empresas, pode se dar de diversas maneiras, entre elas, a exportação (direta ou indireta), franchising,

abertura de filiais no exterior, representação comercial, e outras. De fato, há um tipo de internacionalização de empresas, praticado pelo Brasil e em alguns países, que é a operação “back to back”, que por alguns autores, não é considerada um tipo de internacionalização, porém, ela possui características peculiares e inerentes, que se torna interessante ao mundo da internacionalização de empresas.

A operação “back to back”, (operação triangular), poder-se-ia dizer, que foi uma das soluções encontradas para que uma empresa possa se destacar na competitividade do mercado, buscando uma inovação e encontrando algumas soluções para reduzir tributos (taxas e impostos). Interessante e peculiar tipo de exportação que envolve vários aspectos sociais, econômicos (incluindo o tributário), envolvendo a soberania de pelo menos de dois países. Constitui um tema interessante e pouco explorado ainda, pela ausência de legislação própria, todavia desafia ao tentarmos descobrir e traçar idéias cognitivas a respeito do assunto.

II. INTERNACIONALIZAÇÃO DE EMPRESAS - CONCEITO - FORMAS - PROCESSO e CUSTOS

INTERNACIONALIZAÇÃO de empresas é o processo de que trata da expansão da empresa através do contato com o exterior, que tem por finalidade atender a mercados externos através de exportações.

III. CONCEITOS DE INTERNACIONALIZAÇÃO

Welch[1] - define internacionalização como o processo que a empresa se junta à atividade internacional e o processo de adaptação do ambiente internacional; Coviello e Mc Auley[2], afirmaram que a internacionalização pode ser entendida como a expansão dos mercados internacionais de empresas em forma iguais ou desiguais. Backhaus [3]faz referência as atividades que

das empresas além da fronteira do País, e também se faz necessária citar um autor brasileiro, que se trata de Coelho Proença que diz que internacionalização é um processo, pelo qual a empresa deixa a operação dentro dos limites do mercado nacional de origem e passa a explorar mercados estrangeiros.

III. FORMAS DE INTERNACIONALIZAÇÃO

Existem algumas formas de Internacionalização de uma empresa, destacamos algumas e vamos nos aprofundar na modalidade “*back to back*”, mas algumas merecem um pouco de atenção, são elas:

1) EXPORTAÇÃO - Que consiste na disponibilização e envio de mercadorias e serviços para mercados externos. A exportação pode ser direta ou indireta, aquela, envolve o negócio em todas as etapas do processo, começando pelo planejamento, cronogramas, preparação. pré-embarque e passando pela observação detalhada dos mercados aos quais um produto se destina culminando com a entrega[5], já esta, o empreendimento repassa grande parte do trabalho que circunda a movimentação do produto ou serviço para uma assessoria ou consultoria especializada, como consórcios de exportação ou *trading companies* [6] [7] .

2) ABERTURA DE FILIAIS NO EXTERIOR - Em simples palavras, a empresa tem uma sede em um País, e abre uma empresa em outro País, esta é chamada filial, na prática, pode se dar pela construção de uma nova unidade no local onde se pretende a expansão. É importante ressaltar que esta modalidade envolve mais riscos, uma vez que coloca a empresa à mercê de flutuações como câmbio e regulações completamente diferentes daquelas de sua nação de origem [8].

3) LICENCIAMENTO - A empresa concede a outra que está em outro País (exterior) os direitos de fabricação, reprodução e utilização de serviços e/ou tecnologia de produtos que idealiza e comercializa. Em outras palavras, alguns dos valores e conteú-

dos associados a uma marca são “*alugados*” para empreendimentos presentes no mercado externo. O licenciamento tem como condição um retorno à empresa que licencia, na forma de taxas, participação nos lucros ou *royalties*. [9] [10]

4) FRANCHISING - FRANQUIAS - É uma importante modalidade de internacionalização, as franquias tem sido uma das formas principais de ingressar no mercado externo, e uma das principais razões, é que o mercado doméstico ele está muito saturado, a existência de vantagens comparativas e a otimização da estrutura de produção. De acordo com a pesquisa realizada pelo SEBRAE os empresários se motivam a iniciar o processo de internacionalização, principalmente, pelo fato de poderem explorar globalmente seus serviços e produtos e terem a chance de explorar um mercado ainda não atendido. A franquia [11] se caracteriza por um acordo contratual entre franqueador e franqueado, onde uma empresa detentora da marca e de seus produtos/serviços “*empresista*” a sua identidade de marca e uma série de padrões que a define para outras empresas, mediante pagamento de taxas. [12]

5) OPERAÇÃO “BACK TO BACK” - Entre as diferentes formas de comércio no exterior, existe a operação “*back to back*” - que é uma forma de comércio exterior, e foi uma modalidade que veio buscar uma saída para um mercado competitivo e para buscar inovações para uma empresa se destacar na concorrência. Esta modalidade também chamada de triangular, se dá quando uma empresa compra um produto em um País e entrega em outro País, sem que a mercadoria circule no País da empresa que comprou.

SEGUNDA PARTE

I. CONCEITO DE “OPERAÇÃO “BACK TO BACK”

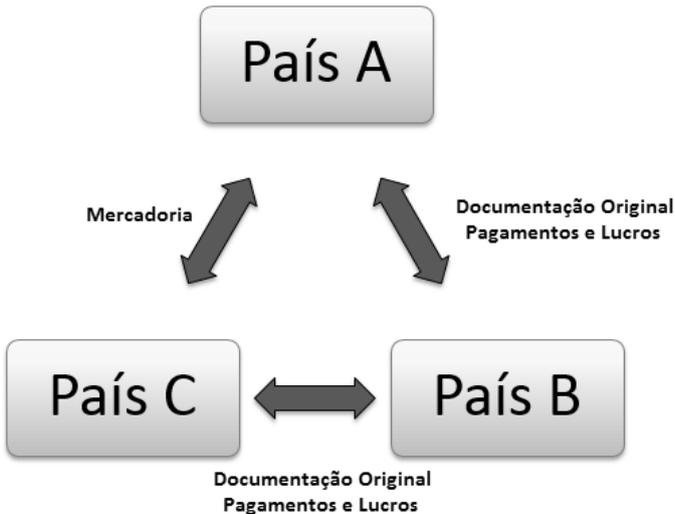
CONCEITO: A operação “*back to back*” ocorre quando uma empresa nacional compra um produto de outro país, e envia

para outro local no exterior, sem que este passe por território nacional [13].

Segundo Haroldo Guérios em matéria publicada na Enciclopédia (São Paulo - edição do mês de outubro de 2017: “É denominada operação “back to back” aquela em que um país faz a compra no exterior para remessa da mercadoria para outro país, sem passar pelo país comprador. Assim, no país comprador fica apenas o lucro da operação”

A CIESP[14], assim analisa: Operação “back to back” possibilita muitas combinações como adquirir um produto num país “A”, enviá-lo a outro país “B”, por conta e ordem de comprador brasileiro ou exportar um produto do Brasil, agregar outros componentes no exterior e exportar para terceiro país. Uma outra opção pode ser a compra e venda no mesmo país, ou seja, compra-se bens de um fornecedor na Inglaterra para depois vendê-lo para uma empresa na própria Inglaterra.

II. GRÁFICO OPERAÇÃO “BACK TO BACK”



III. CARACTERÍSTICAS

A operação “*back to back*”, não é considerada uma operação de exportação e nem importação, pelo fato de que a mercadoria não circula no país que comprou e revendeu, conforme a ementa da decisão da consulta n. 323/08 – Superintendência Regional da Receita Federal SRRF- 8a Região fiscal: A RFB[15] se posicionou no sentido de não reconhecer a operação “*back to back*” como exportação e muito menos como importação, e a principal razão disso é que a mercadoria não circula pelo território brasileiro.

Por ser um tipo de operação relativamente nova e também não caracterizada por exportação e/ou importação, e também pelo fato da mercadoria não circular pelo território do comprador, a operação “*back to back*” carece de uma legislação própria, e assim encontramos apenas algumas consultas da SRRF. Por também não circular mercadoria no território do comprador, a operação “*back to back*”, como é óbvio, não passa pelo processo de desembaraço. A operação “*back to back*” pode facilitar as transações, reduzir custos[17] e agilizar os processos.

IV. CONSULTA 323/2008 8a SRRF

EMENTA: COMPRA E VENDA REALIZADA NO EXTERIOR. INCIDÊNCIA. A receita decorrente de operação back to back, isto é, a compra e venda de produtos estrangeiros, realizada no exterior por empresa estabelecida no Brasil, sem que a mercadoria transite fisicamente pelo território brasileiro, não caracteriza operação de exportação e, por conseguinte, não está abrangida pela não-incidência da contribuição para o PIS/Pasep prevista no art. 5º da Lei nº 10.367, de 2002. BASE DE CÁLCULO. A base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP é o faturamento que corresponde o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

*Sendo assim, a base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP na operação **back to back** corresponde ao valor da fatura comercial emitida para o adquirente de fato (pessoa jurídica domiciliada no exterior).*

V. INSTRUÇÃO NORMATIVA RFB 1.312/2012

A IN RFB 1.312/12 diz o seguinte a respeito desta questão:

CAPÍTULO IV DAS OPERAÇÕES “BACK TO BACK”

Art. 37. Estão sujeitas à aplicação da legislação de preços de transferência as operações “back to back”, quando ocorrer:

I – aquisição ou alienação de bens à pessoa vinculada residente ou domiciliada no exterior; ou

II – aquisição ou alienação de bens à pessoa residente ou domiciliada em país ou dependência com tributação favorecida, ou beneficiada por regime fiscal privilegiado, ainda que não vinculada.

§ 1º Para fins do disposto no caput, as operações back to back são aquelas em que a compra e a venda dos produtos ocorrem sem que esses produtos efetivamente ingressem ou saiam do Brasil. O produto é comprado de um país no exterior e vendido a terceiro país, sem o trânsito da mercadoria em território brasileiro.

§ 2º Deverá ser demonstrado que a margem de lucro de toda a transação, praticada entre vinculadas, é consistente com a margem praticada em operações realizadas com pessoas jurídicas independentes.

§ 3º Deverão ser apurados 2 (dois) preços parâmetros[18] referentes à operação de compra e a operação de venda, observando-se as restrições legais quanto ao uso de cada método de apuração. [19]

VI. OPERAÇÃO TRIANGULAR

A operação “*back to back*” é triangular, envolve três empresas, uma que compra a mercadoria sediada em um país, com o objetivo de vender em outro país, e este produto/mercadorias e/ou serviços deverá ser entregue em outro país, sem passar pelo território do país comprador. Exemplo : o Brasil compra produtos da China e vende para o Canadá, e estes produtos são entregues diretamente no Canadá, sem a circulação desta mercadoria no Brasil. Como este tipo de operação possibilita que um ou mais produtos originários de um país, seja entregue diretamente ao cliente de outro país, e também possibilita que um produto a ser exportado, receber um tipo de incremento ou melhora em um País, e de lá, ser novamente exportado para outro local fora do país comprador.

Importante ressaltar, que na operação “*back to back*” é possível até que um produto seja comprado por um país, receba implementação em outro país e volte fornecido/vendido para o mesmo país, o importante é que os produtos não entrem no país comprador.

Segundo dados do Banco do Brasil (2011), a empresa poderá contar com a intermediação também de um agente no exterior que poderá se responsabilizar pela condução do processo sem atribuir ao mesmo a posse da mercadoria, pois a operação “*back to back*” compreende uma operação triangular, ou seja, envolverá apenas três empresas: · fornecedora: a empresa que fabrica a mercadoria e que a vende para a empresa brasileira; compradora: a empresa brasileira, que por sua vez efetua a venda da mercadoria para outra empresa no exterior que também é considerada como compradora final; A operação “*back to back*” compreende tanto uma operação de exportação como de importação.

VII. IMPOSTOS E LICENÇAS

A incidência de impostos tais como o ICMS[21] (Imposto sobre produtos Industriais, IPI [22] Imposto de Importação II ou PIS/Cofins, e também certas obrigações fiscais possui características intrínsecas para serem exigidas, a princípio, não há a incidência pela falta de circulação da mercadoria no país comprador, nem o desembaraço aduaneiro, por justa falta da circulação da mercadoria/serviços no país comprador, entretanto merece cuidado esta matéria que será analisada uma a uma a seguir. As licenças de Importação (LI), da Declaração de Importação e da Declaração Única de Exportação (DU-E), não são exigidas. Assim, conforme nos direcionou o estudo, Thomson Reuters - checkpoint - Roteiro Federal 2017/5371 - publicada no AVA - AMBRA UNIVERSITY, matéria de Direito Tributário Internacional: a Norma Brasileira de Contabilidade - NBC t 2.2. presente na Resolução do Conselho Federal de Contabilidade 597/85; *“Do ponto de vista da documentação cambial, não há necessidade de autorização específica por parte do Banco Central, para a realização da operação back to back”, portanto a legislação ainda precária não fala em licença específica, mas devem ser respeitados os limites da soberania dos países envolvidos, ou seja o que recebe a mercadoria, bem como aquele que vende.*

VIII TRATAMENTO TRIBUTÁRIO

ICMS na OPERAÇÃO BACK TO BACK - Como não há circulação física de mercadorias dentro do país, portanto, não ocorre o fato gerador dos diversos tributos incidentes nas operações de importação.

O dispositivo que ampara a não-incidência do ICMS nas operações de Back to Back está evidenciado na Lei Complementar n.º. 87/96, que regulamenta o imposto no âmbito nacional:

O artigo 12 da referida Lei Complementar 87/96 esclarece que:

Art.12 – considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

IX – do desembaraço aduaneiro de mercadorias ou bens importados do exterior.

Operações de compra e venda de mercadorias no exterior - Modalidade “*back to back*” não há incidência do ICMS. Isto se dá pelo fato que a mercadoria e/ou serviço não entrou no território nacional, portanto, não houve a circulação da mercadoria, entretanto o art. 581[23] do Regulamento aduaneiro (decreto 6759/2009 - LGL/2009/2407) não concebe a exportação de mercadorias sem o despacho de exportação, e uma vez que a operação “*back to back*” não circula mercadoria dentro do país, a recente decisão da RFB, é composta por duas transações de compra e venda e deve ser alcançada pela incidência do PIS/PASEP - processo de consulta n. 119/2013 e 306/2017, sendo que a sua incidência, corresponde a fatura final do adquirente no exterior.

1) IPI na OPERAÇÃO BACK TO BACK - Relativamente à tributação do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), também não há em sua legislação procedimento específico a ser adotada nesta operação. Cabe observar que também será aplicado a “Não-Incidência” do imposto, uma vez que não ocorrerá seu fato gerador, ou seja, o desembaraço aduaneiro de mercadoria do exterior ou remessa de mercadoria para o exterior, na importação e exportação respectivamente.

Base Legal: Art. 35, *caput*, I do RIIPI/2010 “a contrário sensu” (Checado pela Valor Consulting em 04/10/19).

2) IMPOSTO INDUSTRIALIZADO II e IE - IMPOSTO DE EXPORTAÇÃO na OPERAÇÃO BACK TO BACK

Não ocorre o fato gerador do Imposto de Importação (II) e do Imposto de Exportação nas operações denominadas *Back to Back*.

Base Legal: Arts. 19 e 23 do CTN/1966 (Checado pela Valor consulting em 04/10/19)

3) PIS/PASEP - COFINS - As operações de exportação de mercadorias ou produtos para o exterior está amparada pela “não Incidência” das contribuições sociais, dentre elas as destinadas ao PIS/PASEP e a COFINS, conforme expressa disposição do artigo 149, § 2º, I da Constituição Federal/1988.[23]

Por se tratar de uma operação de revenda por que se está comprando mercadorias/serviços, muito embora, não circulem no País comprador (no Brasil), pode ocorrer uma dúvida, em relação à revenda da mercadoria, se haveria a incidência do PIS/PASEP e da COFINS, que seria afastada apenas na hipótese dessa operação ser equiparada a uma exportação.

A RFB se posicionou no sentido de não considerar a operação como uma exportação, conforme reiteradas Soluções de Consulta, a qual destacamos:

SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT Nº 306, DE 14 DE JUNHO DE 2017

(Publicado(a) no DOU de 27/07/2017, seção 1, página 113)

ASSUNTO: Contribuição para o PIS/Pasep

EMENTA: *A receita decorrente de operação “back to back”, isto é, a compra e a venda de produtos estrangeiros, realizada no exterior por empresa estabelecida no Brasil, sem que a mercadoria*

transite fisicamente pelo território brasileiro, não caracteriza operação de exportação e, por conseguinte, não está abrangida pela não incidência da Contribuição para o PIS/Pasep de que trata o art. 5º da Lei nº 10.637, de 2002. A base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep na operação “back to back” corresponde ao valor da fatura comercial emitida para o adquirente de fato (pessoa jurídica domiciliada no exterior).

DISPOSITIVOS LEGAIS: arts. 1º e 5º da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002; art. 37 da Instrução Normativa RFB nº 1.312, de 28 de dezembro de 2012; art. 28 da Circular BC nº 3.691, de 16 de dezembro de 2013; e art. 481 do Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

ASSUNTO: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

EMENTA: *A receita decorrente de operação “back to back”, isto é, a compra e a venda de produtos estrangeiros, realizada no exterior por empresa estabelecida no Brasil, sem que a mercadoria transite fisicamente pelo território brasileiro, não caracteriza operação de exportação e, por conseguinte, não está abrangida pela não incidência da Cofins de que trata o art. 6º da Lei nº 10.833, de 2003. A base de cálculo da Cofins na operação “back to back” corresponde ao valor da fatura comercial emitida para o adquirente de fato (pessoa jurídica domiciliada no exterior)*

DISPOSITIVOS LEGAIS: arts. 1º e 6º da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003; art. 37 da Instrução Normativa RFB nº 1.312, de 28 de dezembro de 2012; art. 28 da Circular BC nº 3.691, de 16 de dezembro de 2013; e art. 481 do Código Civil, Lei nº 10.406.

IX. QUEM PODE FAZER OPERAÇÃO BACK TO BACK

Qualquer empresa pode optar por fazer operações “*back to back*” e economizar tempo e dinheiro

Em entrevista ao Portal Dedução, [24] o *insurance reviewer* [revisor de seguros], Aparecido Rocha comenta que essas modalidades de negócios são indicadas para as empresas que querem competir globalmente de maneira diferenciada, uma vez que elas podem utilizar essa operação para suprir uma demanda de mercado que não conseguem atender, seja por não produzirem, por não ter conveniência em fabricar ou por não conseguir inteirar essa necessidade com o próprio trabalho. Rocha comenta ainda que as operações “*back to back*” representam excelentes oportunidades para o setor contábil, uma vez que possuir conhecimentos profundos sobre Contabilidade e Comércio Exterior é fator essencial para saber identificar qual a melhor forma de conduzir a operação.

X. PAGAMENTO

O pagamento ao fornecedor, [25] assim como o recebimento do comprador, pode ser realizado por ordem de pagamento ou mediante utilização de qualquer outro instrumento de pagamento aceito pela legislação brasileira [26] e no mercado internacional, inclusive pagamento antecipado.

XI. GLOCALIZAÇÃO

Este assunto se faz pertinente aqui, em rápido resumo, por que o tema é novo e tem relação com a operação ‘*back to back*’, por que como esta trata -se de aquisição de mercadorias no ex-

terior e vendida para outro País, que não é o comprador, e, este fenômeno glocalização, na realidade a palavra vem da junção de globalização e localização, e diz respeito ao trabalho das empresas que contam com a descentralização de suas estruturas em múltiplas e diferentes contextos culturais, e aceitação dos produtos em novos mercados.[27] Por ser um processo delicado as empresas contam com empresas intermediárias que agilizam o acesso a grande parte de aceitação e localização de produtos aceitáveis em diferentes Países e culturas, tornando as marcas, produtos e serviços com mais competitividade e aceitação em todos os mercados. Importante para a operação “*back to back*”, para que estas importações e exportações tenham sucesso, por que há grande aumento deste tipo de operação e também responsável pelo sucesso desta.

XII - CONSIDERAÇÕES FINAIS

No mundo empresarial, onde as empresas buscam alternativas de crescimento no mercado internacional, buscam se inovar com tecnologia avançada e aumento de qualidade oferecida a seus clientes, buscando também atender a novos mercados,[28] buscam sair a frente de seus concorrentes, urge buscar um processo eficaz e mais barato, e encontram na operação “*back to back*” como resposta a estas expectativas. Num momento de Glocalização, onde há aceitabilidade de um mercado internacional de um produto/serviços com características intrínsecas que atendem esta expectativa.

O mercado brasileiro tem condições de atender o mercado internacional com uma operação a baixo custo, sendo que a não circulação[29] destes produtos no território nacional, traz vantagens da não tributação, ou de pequena e específica tributação, As operações de câmbio relativas ao pagamento e recebimento

de recursos são realizadas diretamente com Instituições autorizadas pelo Banco Central,[30] desde que seja realizada dentro dos aspectos legais e respeitadas todas as leis incidentes nos países receptor e fornecedor, o que traz um avanço na internacionalização de empresas e flui como capacitador de recursos financeiros.

XIII. RESUMO DE VANTAGENS DA OPERAÇÃO “back to back”

1. Menor incidência de tributos;
2. Menor necessidade de documentos;
3. Agilidade, pois sem precisar transitar pelo Brasil o tempo de entrega é reduzido;
4. Logística facilitada;
5. Redução de custos de forma geral.

XIV- NOTAS

[1] Welch, L.S., Luostarinen, R.(1988). “Internationalization and Competitive Catch -Up Processes: Case Study Evidence on Chinese Multinational Enterprises”*Management International Review* , 36, 295-314. “...*internationalization as the process of joining international activities internationalization as the process of adapting to the international environment.*”

[2] Coviello, N.E. & McAuley A. (1999). “Internationalization and The Smaller Firm: A Review of Contemporary Empirical Research”*Management International Review* 39, 223-255.”... *stated that internationalization can be understood as the expansion of the international markets of firms in equal or unequal forms”*

[3] Backhaus, K. (2005). “International Marketing” New York - “...*refer to the activities of businesses beyond the borders of the country”*”

[4] Borini, F. M., Ribeiro, F. C., Coelho, F. P., & Proença, E. R. (2006). O Prisma da Internacionalização: Um Estudo de Caso. *Revista de Administração FACES Journal*, 5(3), 42-55.

[5] BUNGE ALIMENTOS - empresa de exportação indireta de alimentos - CARGILL - exporta óleo de cozinha e derivados, JBS - exportadora de alimentos, sobretudo carne e seus derivados. (Fonte - Revista EXAME - publicação de setembro de 2016 - página de Negócios.

[6] *Trading companies* são empresas comerciais que atuam como intermediárias entre empresas fabricantes e empresas compradoras, em operações de exportação ou de importação. No Brasil, as vendas para o exterior por intermédio das *trading companies* são classificadas como exportações indiretas e são equiparada às exportações diretas no aspecto fiscal, ou seja, não são tributadas para fins de ICMS, Pis, Cofins e IPI. Elas apresentam vantagens, principalmente, para o pequeno e médio produtor que não dispõe de estrutura própria dedicada a operações de comércio exterior, (REVISTA EXAME set/2016).

[7] EMPRESA DE EXPORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO INDIRETA - O Grupo Flipper com sede em São Paulo, atende nos principais portos, aeroportos e fronteiras do Brasil através de suas filiais diretas em São Paulo e Curitiba e parceiros. No exterior, conta com agentes estabelecidos em todos os continentes, embarcando cargas aéreas e marítimas, convencionais ou especiais (perigosas, alimentos, maquinários, projetos, químicos em geral, cargas sensíveis, linhas industriais, veículos etc), utilizando armadores e companhias de primeira linha.

[8] Como exemplos destas empresas, temos o Grupo Gerdau; a Construtora Odebrecht, a Metalfrio, a Minerva Foods (Fabricante de alimentos processados, começou sua internacionalização por meio de subsidiária no Paraguai em 2008, e hoje já desfila no top 10 das empresas que mais fazem negócios no

exterior. Outra Curiosidade é o grupo JBS, sendo que o primeiro negócio da JBS fora do Brasil foi em 2005, quando abriu uma filial na Argentina.

[9] *Royalties* é uma palavra derivada do inglês Royal, que significa aquilo que pertence ao Rei. Em português poderia ser traduzido como regalia ou privilégio. Royalties são uma quantia paga por alguém a um proprietário pelo direito de uso, exploração e comercialização de um bem. São exemplos de bens produtos, obras, marcas e terrenos. Os Royalties podem ser pagos pelo governo e iniciativa privada.

[10] Entretenimento é, disparadamente, a categoria mais licenciada, atingindo 57% do mercado brasileiro, seguida de marcas esportivas (15%). As propriedades mais exploradas são as relacionadas a entretenimento, como filmes, desenhos animados e HQs, destinado primordialmente ao público infantil. Segundo a Licensing Brasil Meeting, estas opções respondem por cerca de 70% do mercado de licenciamento. A Disney, que é um dos maiores licenciadores de personagens do mundo e, hoje, fatura mais com o licenciamento de produtos estampados com suas marcas e personagens, do que com a bilheteria de suas animações. Das empresas brasileiras merecem destaques a Turma da Mônica e a Softwear.

[11] Segundo a Pesquisa IAB Brasil Digital Ad Spend 2018, o investimento em publicidade digital no Brasil chegou a 14,8 bilhões de reais em 2017. Até 2021, a previsão é de que o mercado de marketing digital cresça 12% ano, conforme projeção da IAB e ComScore.

[12] São exemplos de franquias brasileiras a “CACAU SHOW” recentemente foi aberto uma franquia na cidade de ORLANDO - USA, mas um dos melhores e maiores exemplos de franquia é sem dúvida a rede MC Donalds.

[13] A operação Back to Back trata-se de uma operação de venda internacional conjugada simultaneamente ou anterior à

compra do produto, que será objeto da venda em um terceiro mercado, em que a mercadoria será encaminhada diretamente do país vendedor para o país comprador (LOPEZ; GAMA, 2005).

[14] CIESP - CENTRO DE INDÚSTRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - Enciclopédia Aduaneira SP, atualizado em outubro de 2.017

[15] A receita decorrente da operação back to back, isto é, a compra e venda de produtos estrangeiros, realizada no exterior por empresa brasileira, sem que a mercadoria transite fisicamente pelo Brasil, não caracteriza operação de exportação.....

[16] Legislação Básica : Capítulo 1 do Título I do Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais (RMCCI).

[17] Ao que se refere a operação “Back to Back” não há vedação expressa na Lei Complementar nº 123/2006 e na Resolução CGSN nº 140/2018 para que seja optante pelo simples nacional.

[18] PREÇO PARÂMETRO

Instrução Normativa RECEITA FEDERAL DO BRASIL - RFB nº 1.312 de 28.12.2012

Capítulo II

Dos Bens, Serviços e Direitos Adquiridos no Exterior

Art. 3º Os custos, despesas e encargos relativos a bens, serviços e direitos, constantes dos documentos de importação ou de aquisição, nas operações efetuadas com pessoa vinculada, serão dedutíveis na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL somente até o valor que não exceda o preço determinado por um dos métodos previstos nos arts. 8º a 16.

Art 8º a 16 RFB 1312/2012 - Publicada no DOU 28/12/2012.

[19] FONTE - Enciclopédia Aduaneira - Haroldo Guérios.

[20] O ICMS (imposto sobre operações relativas à circula-

ção de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação) é de competência dos Estados e do Distrito Federal. Sua regulamentação constitucional está prevista na Lei Complementar 87/1996 (a chamada “Lei Kandir”), alterada posteriormente pelas Leis Complementares 92/97, 99/99 e 102/2000.

O Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) é um Imposto Estadual sob Administração Estadual Brasileiro, ou seja, somente os governos dos Estados e do Distrito Federal têm competência para instituí-lo (conforme o art. 155, II, da Constituição de 1988). Sua característica na aplicação do Imposto ou seja calcular o ICMS, deve-se considerar diversos fatores, como estado Origem-Destino, Produto, Empresa, Cliente, etc. O controle da arrecadação do ICMS se caracteriza conforme o enquadramento das empresas em Simples Nacional, Lucro Presumido e Lucro Real.

[21] Esse imposto está previsto no art. 153, IV, da Constituição Federal, sendo que suas disposições estão descritas no Decreto nº 7.212, de 15 de junho de 2010, que regulamenta a cobrança, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre Produtos Industrializados.

O campo de incidência do imposto abrange todos os produtos com alíquota, ainda que zero, relacionados na Tabela de Incidência do IPI (TIPI), observadas as disposições contidas nas respectivas notas complementares, excluídos aqueles a que corresponde a notação “NT” (não-tributado).

[22] Art. 581. Toda mercadoria destinada ao exterior, inclusive a reexportada, está sujeita a despacho de exportação, com as exceções estabelecidas na legislação específica. Parágrafo único. A mercadoria a ser devolvida ao exterior antes de submetida a

despacho de importação poderá ser dispensada do despacho de exportação, conforme disposto em ato editado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

[23] Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo: I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação;

[24] Fonte : PORTAL DEDUÇÃO - 02/dezembro de 2019 - entrevista Daniella Ruas.

[25] Bueno e Carvalho (2004) descrevem que os documentos de contrato de câmbio e commercial invoices (faturas) atendem às normas brasileiras de contabilidade, pois comprovam os atos, possuem recolhimento perante as autoridades e são aceitos pelos usos e costumes atrelados às operações de comércio exterior. Os autores complementam que não é possível à empresa deixar de registrar as duas operações que compõem a transação como um todo (compra e venda). Dessa forma, são obrigatórios os registros de ambas as transações, e não apenas a do diferencial entre as mesmas. Diante do exposto, fica evidenciado que mesmo sendo uma operação de intermediação, ou seja, a receita será a diferença entre o valor pago ao fornecedor pela importação menos o valor recebido cliente pela exportação, os efeitos da compra e da venda devem ser contabilizados.

[26] Segundo esta sistemática, fruto exclusivo da prática comercial, o comando das operações parte da sociedade brasileira, a quem caberá tanto o pagamento da sociedade situada no exterior, pela compra realizada, quanto o recebimento dos valores corres-

pondentes à venda efetuada, sendo a mercadoria encaminhada diretamente para o seu adquirente (CUNHA, 2011).

[27] Segundo esta sistemática, fruto exclusivo da prática comercial, o comando das operações parte da sociedade brasileira, a quem caberá tanto o pagamento da sociedade situada no exterior, pela compra realizada, quanto o recebimento dos valores correspondentes à venda efetuada, sendo a mercadoria encaminhada diretamente para o seu adquirente (CUNHA, 2011).

[28] A internacionalização dos negócios brasileiros tem intensificado a prática de operações sofisticadas que proporcionam vantagens financeiras, logísticas e tributárias (BONILHA, 2008).

[29] A operação Back to Back é uma operação sem RE, pois a mercadoria não circula no Brasil. É apenas movimento financeiro registrado (CUNHA, 2011).

[30] Na empresa brasileira vai haver automaticamente um câmbio de entrada e um de saída. A diferença será o lucro da empresa. Este lucro será tributado, bem como a receita da operação. Demais operações de triangulação são as operações por encomenda através de Trading (SISCOMEX, 2011).

XV. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACKHAUS, Karl - “INTERNATIONAL MARKETING” (2005);

BORINI, Felipe M., RIBEIRO Fernanda Cecília F., PROENÇA Eduardo - “O PRISMA DA INTERNACIONALIZAÇÃO - publicado na Revista de Administração - Facces Journal - vol 5 n. 03 de set/2006;

BORINI, FELIPE M. RIBEIRO, Ferreira, Fernanda. C. “EM BUSCA DE DELIMITAÇÕES DO ENQUADRA-

MENTO DO FRANCHISING COMO ALIANÇAS
ESTRATÉGICAS” (2009);

CORTIÑAS LOPES, José Manuel; GAMA, Marilza. Comércio Exterior Competitivo. 2. ed. São Paulo: Lex Editora, 2005;

COVIELLO, Nicole E., MCAULEY, Andrew, *INTERNATIONALIZATION AND THE SMALLER FIRM*(1999)
ABI/INFORM GLOBAL;

PORTAL DO BANCO DO BRASIL

PORTAL SEBRAE

RATTI, Bruno. Comércio Internacional e câmbio. 10 ed. São Paulo: Aduaneiras, 2000.

REVISTA EXAME - Edição de SET/2016;

REVISTA MARKETING CULTURAL-Edição publicada 09 de julho de 2018;

SITE IAB/BRASIL <https://iabbrasil.com.br> - ad spend pesquisa digital 2019;

SITE RECEITA FEDERAL

WELCH, L.S.LUOSTARINEN - “ INTERNATIONALIZATION AND COMPETITIVE CATCH-UP PROCESSES. (1988)

WELCH, L.S.LUOSTARINEN - MULTINATIONAL ENTERPRISES - MANAGEMENT INTERNATIONAL REVIEW -(1988)

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL E SEUS EFEITOS NA REALIZAÇÃO TRANSCONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO POLÍTICO AMBIENTAL DO BEM ESTAR NO BRASIL

Frederico Antonio Lima de Oliveira

Caio Rogério da Costa Brandão

1. INTRODUÇÃO

A concepção de bem comum tem apontado desde as cidades gregas na filosofia política até a contemporaneidade, acerca da possibilidade de que certos bens, como segurança e justiça, só sejam possíveis através de suas realizações cidadãs na esfera pública. Nega-se com a concepção de bem comum a individualidade na sociedade, com indivíduos isolados, e sim, incorpora-se a participação cidadã e das relações sociais que se estabelecem. Preocupação recorrente hoje quanto à preservação do interesse privado e do bem particular. Desde Aristóteles, afirma-se que o homem é político e que somente pela participação política pode alcançar o bem comum de sua comunidade, seja por atividade política,

jurídica ou mesmo bélica. A noção do bem comum foi também tratada pelos contratualistas modernos, e em Maquiavel, o bem comum seria alcançado por cidadãos virtuosos e dispostos. Os franceses do final do século XVIII, também trouxeram a concepção do bem comum com o bem estrar de todos e sua preservação. Capacitou-se, assim, o Estado a limitar o bem comum entre o interesse comum ou vontade geral e os interesses particulares como uma vontade geral particular, que justificaria a soberania do Estado e suas ações como uma comunidade moral, com várias implicações e dificuldades no mundo de hoje, face à alta complexidade e o alto grau de diferenciação das sociedades atuais.

Essa grande diferença de constituição social, e, portanto, de diversas realidades de vida dos grupos que compõe a sociedade brasileira, é sem dúvidas, fenômeno muito presente em países da conhecida periferia sociedade global ou com a menor quantidade de recursos econômicos. Dessa forma, traçados os primeiros parâmetros limitadores constitucionais da concepção de bem comum em nosso tema, rumamos para o problema apresentado, indagando neste estudo se após as limitações constitucionais propostas, acerca da possível realização do princípio da igualdade, numa sociedade complexa, plural e com diferentes ideias de justiça como é o caso brasileiro.

2. CONSTITUIÇÃO MORALMENTE REFLEXIVA

A concepção de uma Constituição *moralmente reflexiva* apresenta uma sintonia bem visível entre os preceitos constitucionais e a evolução do tecido social, na medida em que se concebe a interpretação constitucional em se adequando os preceitos materiais às situações de fato, operando a ponderação de princípios pelo seu peso e prevalência. Desse entendimento, extrai-se, destarte as críticas que são usualmente postas ao *dirigismo constitucio-*

nal, destaca-se a relação do conceito de *identidade constitucional* e a intangibilidade das cláusulas pétreas que garantem a relação de prestação entre a Constituição e a sociedade, enquanto elemento fundamental da *identidade constitucional*.

Essa fórmula encontrada por Canotilho, ao passo em que admite a possibilidade de desenvolvimento constitucional de fórmulas emancipatórias no rumo de uma *democracia socialista*, a exemplo do que fora feito na Constituição portuguesa, com o *exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras* e a *garantia do pacífico processo revolucionário*. No pertinente ao grau de abertura das normas constitucionais, e, da mesma forma, a garantia *pétrea* da *identidade constitucional* no conteúdo material das normas consideradas fundamentais, observa-se, sem maior embaraço, dois pontos importantes, nos parecem terem sido respeitados na tese de Canotilho, quais sejam: a) a *estabilidade constitucional*, através da garantia *pétrea* do conteúdo material da relação Constituição/Estado (*identidade constitucional*); e, ao seu turno, b) o *desenvolvimento constitucional*, fundamentado numa nova compreensão dos princípios em consonância com os novos problemas sociais (CANOTILHO, 1998, p 1-10).

Na atualidade, nota-se, no mesmo passo da visível dificuldade em se assegurar a eficácia social das normas de caráter programático, a polêmica gerada sobre os limites de atuação positiva dos poderes do Estado, e, em particular, do Poder Judiciário. Os Tribunais passam a ter uma função de grande importância, não só preenchendo as omissões do Poder Legislativo, mas, sobretudo, como entendemos neste estudo, implementando *valores democráticos fundamentais* (*implícitos ou explícitos*), por meio das chamadas *normas constitucionais de conteúdo aberto*. Assim, nos parece cabível e justa a sentença proferida por Oscar Vieira Vilhena:

“este caráter aberto e dirigente de diversas Constituições é bastante acentuado na Constituição brasileira e, para os defensores de um Estado mínimo, sinal de impraticabilidade ou inviabilidade destes textos. Esta posição, no entanto, é, sobretudo, uma posição conservadora. De quem não está preocupado com os problemas agudos de justiça social, como os que permeiam a nossa sociedade” (VILHENA, 2002, p 39).

A lógica desenvolvida no *constitucionalismo reflexivo* nos leva a conceber, a nossa ótica, acertadamente, que a potência constitucional, em estado de latência constante (*poder constituinte*), necessita de uma condição emancipatória que lhe é intrínseca e que justifica a sua existência no texto constitucional. Ora, se assim é verdade, também o é o fato de que as *garantias materialmente pétreas* da Constituição devem ser observadas sob o ponto de vista material de seu conteúdo, e não formalmente consideradas para os efeitos da *intangibilidade* ou *imutabilidade*. Por outro lado, a mensagem constitucional emancipatória, que dá lastro para os processos de *mudança constitucional* não se mostra compatível com o “engessamento” de *imposições constitucionais* que garantam políticas públicas sociais, econômicas e culturais, ou ainda, que tornem intangíveis direitos de conteúdo meramente formal no texto constitucional (BOULOS, 2002, p 5).

O contexto acima, mais especificamente na obra “The Living Constitution”, David Strauss aponta a Constituição dos Estados Unidos foi mantida atual desde 1787, ainda ditando as regras da sociedade americana, por força da clara compreensão dos significados de suas palavras, sedimentados em tradições pelos juízes, de forma muito próxima ao que acontece no sistema da common law, e, sobretudo, nos casos em que a Constituição não oferece uma solução única, devendo se ver qual a saída para

o caso, com o uso da razão e dos argumentos sobre justiça e a melhores políticas (STRAUSS, 2016, p 15-16).

O apelo *substancialista* do contexto constitucional que tomamos para esta análise, funda-se, em uma constitucionalidade advinda da teoria de estado político e, assim como se tem mais à miúdo, o papel da Constituição como um mecanismo que detém o Estado numa dimensão social, com uma realidade social, o que nos mostra a separação possível nos níveis do ordenamento jurídico ordinário e a ordem administrativa e a ordem constitucional, o que afastou na obra de Rudolf Smend que, em nível da Constituição a postura estática que disse Smend adotar o positivismo e, nesse sentido, neokantiano, onde o estatismo kelseniano haveria de ser superado pela integração dos valores obtidos com a Constituição (SMEND, 1988, p 1-10).

Doutra parte, semelhante o arremate teórico que se dá com a concepção do teórico alemão Hermann Heller que classificou a sociedade como uma comunidade de vontade e valores, sendo o Estado solidário com as articulações sociais que constituem o poder (HELLER, 1968, p 10-20), daí porque a estrutura do modelo de Estado para análise, que foi o Estado Liberal, onde a estrutura burguesa dos *fatores reais de poder* como em Ferdinand Lassalle (LASSALLE, 2019, p 15), existentes em toda a sociedade, através daqueles que governam, exercem influência efetiva, e nem tão democrática como se desejava, para o fecho necessário de legitimidade e de aceitação que, nos padrões burgueses e individuais pregados nos esferas públicas, que mais à frente veremos em Habermas, substancialmente, nos mostram a igualdade como valor mais caro a ser obtido, a fim de com esse valor obter a sociedade e suas diversas esferas públicas o bem comum desejável não só pela sociedade como pelo próprio Estado, que, existencialmente, busca realizá-lo como princípio político fundamental.

As “linhas de força” do *constitucionalismo moralmente reflexivo* pautam-se, em síntese, em três linhas de entendimento. A necessidade do constitucionalismo contemporâneo de oferecer exigências constitucionais mínimas à cidadania – *direitos fundamentais* – perfazendo a dimensão básica da *legitimidade moral e material*. O estabelecimento de pressupostos mínimos de justiça em relação às estruturas básicas particulares, respeitando as desigualdades, mas, ao mesmo tempo, promovendo uma simetria de oportunidades, o que, se aproxima, sobremaneira, das novas concepções de *igualdade complexa* (Habermas), *igualdade de oportunidades* (Dallari) e *igualdade de tratamento* (Dworkin). Por fim, a mudança de foco proposta por Canotilho, no que se refere à passagem do *constitucionalismo moderno*, onde a Constituição funcionava como uma ordem política superior, orgânica e planejada, para um *constitucionalismo reflexivo*, onde a Constituição mantém-se como ordem política e planejada, mas, sobretudo, estabelece, não apenas *diretivas dirigentes* impostas ao cumprimento de forma autoritária, mas, instrumentos que reformam a noção de *responsabilidade civil*, estabelecendo um novo pacto de responsabilidade constitucional, que reforça o *cooperativismo e pluralismo políticos*, conforme se assestam assegurados, inclusive, como já assaz mencionado, como princípios fundantes do Estado democrático brasileiro (art. 1º. e 3º. da CRB).

A nosso ver, as linhas de força do chamado *constitucionalismo moralmente reflexivo* nos remetem às expressões muito visíveis nos tempos de hoje, quais sejam, *Constitucionalismo Multinível, Jurisdição Global ou Jurisdição Constitucional Internacional*. Nesse contexto, as Cortes Internacionais trazem em sua estrutura a *justiciabilidade internacional dos direitos humano*, e, dessa forma, formulam as premissas para o surgimento da *jurisdição constitucional internacional*, aplicada sem ofensa frontal e absoluta da soberania estatal moderna em sua essência.

De outro lado, o que se depreende desta realidade é que os Estados constitucionais de hoje, vêm se transformando em paralelo ao Direito Internacional, não existindo mais limites específicos para conceitos morais fluídos que serão ou poderão ser concretizados como direitos humanos internacionalizáveis, constitucionalizáveis desde os níveis ordinários do ordenamento, até mesmo, em mecanismos de interpretação constitucional, como o que nos foi apresentado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, com o rótulo de supra-constitucionalidade, onde, o valor em questão ficaria com *status* inferior a normatividade constitucional, mas, superior ao ordenamento legal existente. Surge daí um exemplo bem visível de transconstitucionalidade com a concreção de valores humanos, inclusive ambientais, como dispomos neste estudo (HÄBERLE, 2007, p 11-12).

Dado a possibilidade mais efetiva de se flexibilizarem soberanias em face da universalidade de direitos como os ambientais nos levam a uma escolha difícil ante aos aspectos culturais, tradicionais e locais existentes e que precisam ser ponderados. Dado a difícil conceituação dos Direitos Humanos, dado a sua afeção aqueles direitos ditos fundamentais (os individuais, os sociais, os econômicos, os políticos e os novos), Em particular, fala-se aqui naqueles ligados à dignidade humana, como bem nos apontou Norberto Bobbio, tendo-se em conta a *liberdade igualitária* e a *igualdade libertária* (BOBBIO, 1992, p 5-10). Mais precisamente apontou Antonio Enrique Perez Luño, que disse serem os direitos humanos:

“um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humana, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional” (PEREZ LUÑO, 1990, p 48).

Daí, vê-se o caso do Brasil, que dispôs na Constituição de 1988 diversos princípios basilares retirados dos fundamentos dos Direitos Humanos como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, proferidos no artigo 5º da CF. O *transconstitucionalismo* seria, portanto, uma visão transcendente do Estado, a partir de um *neoconstitucionalismo* com elementos históricos filosóficos e teóricos.

3. LIMITES CONSTITUCIONAIS DO BEM COMUM COMO BEM ESTAR E BOA QUALIDADE DOS GRUPOS SOCIAIS NA URBES BRASILEIRAS, SEGUNDO A VISÃO DE ESFERA PÚBLICA HABERMASIANA

A saber, sobre as linhas e força a serem observadas em face do chamado *constitucionalismo moralmente reflexivo*, tem-se que a estrutura básica de realização de tal consitucionalismo, nos propõe, como dito acima três linhas de entendimento, mais especificamente: a) a legitimidade moral e matrial dos chamdos direitos fundamentais; b) o estabelecimento de pressupostos mínimos com relação a idéia de justiça, e, por fim; c) a transição do consitucionalismo moderno para um período onde o consitucionalismo é moralmente reflexivo, ou seja, construído a partir do *cooperativismo* e do *pluralismo político*.

O tripé básico que anunciamos acima, remete-nos, a saber, quanto a necessidade de serem estabelecido limites racionais para a delimitação das necessidades provinddas da sociedade, que, no campo sociológico habermasiano vêm a ser desta feita entendidas para nossa análise como partes da *esfera pública* do Estado, e onde, os princípios e necessidades em construção irão se constitucionalar, o que, conceitualmente, difere da base formal e histórica do movimento chamado de constitucionalismo.

O sentido mais contemporâneo de esfera pública do Estado, como bem analisou o conceito o próprio Habermas, surge como elemento histórico das sociedades burguesas, e por tanto, individualistas, com sujeitos capazes de expressarem opiniões sobre assuntos de interesse geral, através do que se formulou como *opinião pública* que através de um julgamento histórico seria capaz de controlar o poder político por meio da publicização das ações políticas institucionais. Esse mecanismo socio-político racionalizará as ações mais importantes e necessárias na sociedade, elegendo, conseqüentemente, o primado do bem público a ser prevalentemente assegurado (HABERMAS, 2003, p 5-20).

Senão vejamos que, o sentido dado por Habermas à esfera pública se posta na realidade do séc XVIII, onde a propriedade e individualidade burguesas ressaltavam um sentido de igualdade e interesse comum emergente de relações eminentemente privadas, porém, o fator de conexão entre os interesses dessas pessoas estaria gravado na propriedade privada, composta de vários dos direitos personalíssimos existentes, o que se entendeu como autonomia privada (família, propriedade, partidos e outros), e, ao seu turno, a esfera pública como dito anteriormente, teria seu recorte de ação relacionado ao exercício crítico da *opinião pública* e sua ação comunicativa.

Se estabelece uma pragmática universal à ética do discurso, com fundações empírico normativas embasadas numa razão comunicativa, Vê-se a normatividade como categoria fundamental do pensamento de Habermas, onde, o *consenso* e o *discenso* se darão através de uma normatização. Em sua lógica, Habermas nas discussões dos grupos sociais, a fim de obterem o consenso, traça uma perspectiva tensa entre *faticidade* e *validade*, onde a verdade poderá ser obitada através de um método discursivo democrático a ser usado com os diferentes tipos de discurso existentes na sociedade (BLOTTA, 2010, p 276-277).

Esse contexto nos remete em Habermas que, também nesse estudo, acerca da necessária juridificação da racionalidade e da legitimidades dos discursos existentes, através de um debate hermenêutico e ideológico, a ser enfrentado com o uso dos princípios ordenados, quer locais ou universais (como é o caso do bem estar e da boa qualidade de vida), que, na opinião pública, perfazem nos elementos que o compõem, o bem público a ser resguardado no espaço público tutelado pelas Cortes Constitucionais. É óbvio que, em conflitos e coalisões de princípios típicas do Estado Democrático de Direito, o recorte sensitivo de tais limites e restrições a ser impostos, em casos como os relativos ao *desenvolvimento sustentável o bem estar e a boa qualidade*, quer pela pouquíssima densidade normativa, ou ainda, pela implicação de universos *diferentes funcionalmente* como é o caso do direito e da política.

Por essa perspectiva, o maior dos problemas que hoje se mostra é sabermos como se dará a validade e aceitação (faticidade) por uma determinada ordem social podem se estabilizar, ao passo em que o agir comunicativo se instituciona em ritmo mais veloz e cada vez mais.

A racionalidade da ação produto da comunicação tem variações de qualidade na opinião pública gerada, ou seja, as pessoas privadas buscam opiniões públicas para seus interesses que são sociais ou coletivizáveis (o princípio político do bem comum). Dessa forma, parece-nos que em Habermas, o que se lê é que as condições de comunicação se diferenciam na passagem de um tema privado para a esfera pública, como já dito, pela capacidade de se articular o interesse existente como interesse social, ou geral, tudo em busca de uma linha de igualdade na busca do bem comum democraticamente definido, sendo em qualquer caso definidos os limites dos direitos fundamentais envolvidos que garantam as liberdades públicas

envolvidas, pois, somente com uma esfera privada livre é que a pública poderá existir.

Habermas aponta a existência da desigualdade nas posições dentro da esfera pública moderna, e, revendo seus conceitos, reconhece a existência de vários *grupos de interesses* (grupos sociais) ou de *pressão* que terão, porventura, acesso privilegiado às informações existentes. Dese forma, admitindo a existência de mais de uma esfera pública, portanto, também admite um maior grau de diferenciação na sociedade, o que só poderá ocorrer com a redução das desigualdades geradas, e, portanto, da complexidade existente. Essa perspectiva, pretende ao fim e ao cabo, alterar o debate democraticamente produzido para selecionar as escolhas legais do Estado político, e por ele regradas, a fim de que alcancem o bem comum almejado pela maioria que participar mais participar dos debates institucionais (HABERMANS, 2003, p. 5-20).

Dessa forma, as escolhas políticas, democrática e racionalmente produzidas em lei, haverão de estar consignadas e legitimadas no aparelho normativo do Estado, limitando constitucionalmente o exercício da força estatado, e criando as condições políticas aceitáveis e, portanto, legítimas para a consecução do bem comum (como bem de todos) a ser realizado com desiderato final do Estado político.

Sem que necessitemos invadir a seara do debate entre a esfera pública e os espaços públicos democraticamente produzidos, urge que saibamos que em sociedades com alto grau de pluralismo político e jurídico como a brasileira, as realidades sociais, levam-nos a uma importante grade de escolhas públicas a serem feitas pelo Estado, e, conseqüentemente, a um sensível aumento na complexidade (CAMPILONGO, 2000, p 10) e no risco (DE GIORGI, p 5-25) de tais escolhas, o que, por muitas vezes acaba por levar-nos à injustiça ou ineficácia de seus atos legais.

As limitações constitucionais impostas na compreensão dos princípios e necessidades que orbitam como vimos em várias esferas públicas que se comunicam, interagem e participam na sociedade democrática, segundo a visão habermasiana, sem se olvidar da impescindível integridade do sistema jurídico, como já dito, através da igualdade entre as autonomias privadas.

4. A TEORIA DE JOHN FINNIS PARA OS LIMITES RACIONAIS QUE PODEM DETERMINAR O BEM COMUM NA ESFERA PÚBLICA BRASILEIRA

Do positivismo jurídico e suas dimensões histórica, política e jurídica, incluídas então tanto as noções de ordenamento como de sistema jurídico, a fim de se extrair o debate que em parte já perpassamos, anteriormente, entre aqueles que entenderam a constituição como um fenômeno político, estando inserida num contexto substancialista e, aqueles que se inseriram no primeiro conceito constitucional clássico, onde a constituição seria um instrumento reparado e mediador da força do Estado através da lei. Esse debate se apresentou nos primórdios do que soubemos tratar e ser afastado do contexto histórico jurídico, o fenômeno epistemológico tido como naturalismo, que, distanciando-se das referências metafísicas, nos remete hoje, mais uma vez, por via da necessária inserção da razão do imperativo de garantias do indivíduo contra o Estado.

Dessa forma, buscam-se alternativas técnicas e práticas para as omissões do positivismo clássico, com as novas discussões oportunizadas pelo jusnaturalismo e pelo chamado neopositivismo. Eis que nos parece propício o pensamento do John M. Finnis que racionalmente, pretende equiparar, com seu juspositivismo, as concepções de lei e direito, a fim de nos fornecer alguns interessantes elementos aptos a limitar constitucionalmente o *bem*

comum das esferas públicas brasileiras, como se pretende observar neste estudo.

Em que pese a estrutura do direito avaliar com cuidado os elementos metajurídicos como política e moral, valendo-se, para tanto do uso da razão dos operadores que aplicam a lei para se compreender que, mesmo sob a égide de um julgamento neutro do Estado, o advento dos direitos humanos nos traz a concepção de que nem sempre os fundamentos da regra conformam-se com a vontade popular, e assim, da mesma forma, nem sempre o positivismo traduz com eficácia a vontade inserta na norma sobre concepções como as de *bem-estar social* e *boa qualidade de vida* como princípios político-constitucionais setoriais na esfera pública ambiental brasileira, ou, como em nossa análise, aquelas ligadas ao princípio político constitucional do *bem comum*, próprias das demais esferas públicas e privadas desta mesma sociedade brasileira (FINNIS, 1983, p 10).

Vê-se em Bobbio (BOBBIO, 1995, p 5-40) que o uso da força pelo Estado não se mostra atrelado a um padrão moral ou a um ideal de justiça, indo na contramão da proposta dos direitos humanos que defendem os direitos individuais desde sua primeira dimensão, independente do Poder Legislativo. Essa concepção positivista de integridade e solução dos casos pelo caminho único da regra jurídica torna difíceis os melhores resultados das decisões dos Estados (WALZER, Michael, 1999, p 21-45).

A concepção de Finnis nos parece bem alinhar algumas respostas que se prestam a estabelecer um recorte teórico importante para estabelecermos os possíveis limites constitucionais aplicáveis ao bem comum das esferas públicas da sociedade complexa brasileira. Dois pontos importantes para uma abordagem mais pragmática se fazem necessários na leitura de Finnis, um deles se dá com a igualdade dada pelo direito à lei, afastando a necessidade de conexão do direito com a moral, e, encami-

nhando a proteção dos direitos humanos com a concordância do poder público, e, o outro é que os bens humanos básicos por ele definidos como a vida, e outros essenciais, estariam além das questões políticas, jurídicas ou morais, e, pelo que percebemos, a partir de Tomás de Aquino (AQUINO, 2015, p 10-20), vale-se daquilo que chama da *racionalidade* ou de *razão prática* nas ações humanas, onde, as motivações estão coectadas à inteligência da natureza humana pelo seu conhecimento prático ou moral, no sentido de que o interesse humano se dirige para o bem. Esse seria o uso racional da natureza humana, o que, por óbvio, possibilitaria com o entendimento do sentido impresso nos valores comuns e maiores existentes em cada esfera pública da sociedade, nas possíveis limitações e definições constitucionais do princípio político do bem comum, a partir de sua compreensão nas esferas públicas da complexa sociedade brasileira (FINNIS, 2000, p 5-15).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como considerações finais deste estudo, à título de possíveis respostas ao objeto desta análise, temos que:

- a) o sentido de esfera pública do Estado, segmentado em várias possíveis esferas, têm como elemento histórico, burguês e individualista, diz respeito a expressão de opiniões sobre assuntos de interesse geral, através do que se formulou como *opinião pública* que, por último, mostra-se capaz de controlar o poder político por meio da publicação das ações institucionais;
- b) o mecanismo sócio-político da esfera-pública racionalizará as ações mais importantes e necessárias na sociedade, ou, que consagram direitos fundamentais, elegen-

do, conseqüentemente, o primado do bem público a ser prevalentemente priorizado e efetivado;

c) o alto grau de pluralismo político e jurídico da sociedade brasileira, levam-nos a um fatal aumento da complexidade e risco existentes nas escolhas do Estado, o que, por muitas vezes acaba por nos levar à injustiças ou ineficácias de seus atos legais;

d) as limitações constitucionais impostas na compreensão dos princípios e necessidades que orbitam em várias esferas públicas brasileiras necessitam, imperiosamente, em que sejam preservadas as autonomias privadas existentes, a fim de ser produzida a necessária igualdade e, por conseguinte, preservada a integridade do sistema;

e) a par do direito muito avaliar elementos metajurídicos como política e moral, vale-se, em todo o caso, do uso da razão para se compreender um julgamento neutro do Estado, norteado pelos direitos humanos, e, por esse mesmo prisma, conformando-se com a vontade popular, nem sempre traduzida no positivismo, com eficácia, tal como afeta as concepções de *bem-estar social* e *boa qualidade de vida* como princípios político-constitucionais (ambientais) setoriais nas esferas públicas brasileiras;

f) em Finnis vê-se que a igualdade é dada ao direito com a lei (law para os norte-americanos), invés de uma necessária conexão com a moral, e, assim, propiciando uma concordância do poder público com a defesa e proteção dos direitos humanos;

g) a *racionalidade* ou de *razão prática* nas ações humanas, onde as motivações estão conectadas à inteligência da natureza humana pelo seu conhecimento prático ou moral, no sentido de que o interesse humano se dirige para o

bem, e dessa forma, virá a possivelmente limitar constitucionalmente, por meio das construções hermenêuticas, os bens humanos básicos ou valores humanos que coalidem, porém, em constantes choques ou conflitos mesmo que parciais.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Tradução Carlos Josephat Pinto de Oliveira et al. v. 106 4; 6. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. vol. 9, n. 24. Porto Alegre: PGE, 1979. p. 89-114.

_____. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Tradução: Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BLOTTA, Vitor Souza Lima. **Habermas e o Direito – Da Normatividade da Razão à Normatividade Jurídica**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995a.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995b.

BOULOS, Christianne. **Coalisão de direitos fundamentais**. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado de São Paulo, São Paulo, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari Bucci. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo:Saraiva. 2002.

_____. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva. 2013.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição da República Portuguesa – lei do tribunal constitucional**. 6ª. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. **Direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. **Direito Constitucional**. 2ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

_____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CASTILHO, Ricardo. **Justiça Social e Distributiva desafios para concretizar direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: SAFE, 1998.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **A Justificação do Direito e sua Adequação Social uma abordagem a partir da teoria de AULIS AARNIO**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

FINNIS, John. **Aquinas: moral, political and legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 1998.

_____. **Fundamentals of ethics**. Washington: Georgetown University Press, 1983.

_____. **Ley natural y derechos naturales**. Tradução Cristóbal Orrego. Buenos Aires:

Abeledo-Perrot, 2000.

_____. **Moral absolutes: Tradition, revision and truth**. Washington: The Catholic University

Press, 1991.

_____. **Natural law and natural rights**. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2011.

FISS, Owen. **El derecho como razón pública**. Traducción de Esteban Restrepo Saldarriaga. Madrid: Marcial Pons, 2007.

GARGARELLA, Roberto. **As Teorias da Justiça depois de Rawls um breve manual de filosofia política**. Tradução Alonso Reis Freire, Revisão da tradução Elza Maria Gasparotto, Revisão técnica Eduardo Appio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

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: Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Trad. Lycurgo Gomes da Motta, São Paulo: Mestre Jou, 1968.

_____. **Teoría del Estado: política y derecho**. Traducción de Luis Tobio. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LASSALE, Ferdinand. **O que é a Constituição**. São Paulo: Edijur, 2019.

- NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins, 2009.
- OLIVEIRA, E. S. **Bem comum, razoabilidade prática e direito**: A fundamentação do conceito de bem comum na obra de John M. Finnis. 2002. 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002.
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, estado de derecho y Constitución*. 3. ed. Madri: Tecnos, 1990.
- PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **Lições de História do Direito Romano I. Síntese geral**. 2ª reimpressão. AAFDL Editora, 2018.
- RAZ, Joseph; ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **Uma discussão sobre a teoria do direito**. Tradução: Sheila Stolz. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- ROSA, Eliana de. Introducción a la teoría jurídica de John Finnis. **Revista RyD República y Derecho**, Mendoza, Argentina, v. 1, p. 1-22, 2016.
- SANTOS, André Leonardo Copeti; HAHN Noli Bernardo; ANGELIN; Rosângela (Coord.). **Policromia da Diferença: inovações sobre pluralismo, direito e interculturalidade**. Lisboa: Juruá, 2015.
- SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional** (1928). In: *Constitución y Derecho Constitucional*. Trad. José Maria Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- _____. **Constituzione e diritto costituzionale**. Trad. F. Fiore, J. Luther. Milano: Giuffrè, 1988.

STRAUSS, David A. **The Living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2014.

SUNSTEIN, Cass R. Antonin Scalia, **Living Constitutionalist**. Harvard Law Review, Forthcoming; Harvard Public Law Working Paper, n. 15-16, 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal – jurisprudência política**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. **A Constituição e sua reserva de justiça – um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

WALZER, Michael. **As esferas da justiça em defesa do pluralismo e da igualdade**. Tradução: Nuno Valadas. Lisboa: Editorial Presença, 1999.

INTERNACIONALIZAÇÃO DAS EMPRESAS BRASILEIRAS/ EXPORTAÇÃO DIRETA

Evandro Luiz Luko

Introdução

Este artigo visa analisar a questão dos canais de comercialização externa, sob a ótica das empresas exportadoras. Parte-se do pressuposto de que esse tema é uma das peças fundamentais quando se pensa na formulação de políticas de incentivo às exportações para essas empresas. Em adição, serão abordados os seguintes temas, na medida em que auxiliam na análise dos canais de comercialização. Aponta-se que as exportações diretas consiste na operação em que o produto exportado é faturado pelo próprio produtor ao importador. Esse tipo de operação exige da empresa conhecimento do processo de exportação em toda a sua extensão (promoção da exportação, enquadramento tributário, habilitação, formas de pagamento, câmbio, seguro, financiamento, pesquisa de mercado, contato com o importador, documentação de exportação, acordos comerciais internacionais, transações bancárias específicas da exportação etc.). Destaca-se

assinalar que a utilização de agente comercial pela empresa produtora/exportadora não deixa de caracterizar a operação como exportação direta. Nessa modalidade, o produto exportado é isento do IPI e não ocorre a incidência do ICMS. A empresa beneficia-se também com os créditos fiscais incidentes sobre os insumos utilizados no processo produtivo. O presente o artigo propõe-se a verificar essa modalidade de exportação direta. Acredita-se atualmente como a necessidade de o país aumentar significativamente suas exportações. A principal razão para isso é provavelmente a constatação de que o espaço para déficits comerciais será reduzido nestas próximas décadas do século 21, tendo em vista a perspectiva de déficits crescentes na conta de serviços do balanço de pagamentos e o objetivo de limitar o crescimento da razão passivo externo/PIB. Pontuam-se, superávits e não déficits comerciais precisa ser a norma nos anos à frente, e um caminho natural para gerá-los é exportando mais. Menos consensual, ainda que poucos defendam diretamente o contrário, é o argumento de que o Brasil também precisa exportar mais para buscar maior integração aos fluxos de comércio internacional.

Falando especificamente do imposto incidente sobre a exportação, consta na portaria, quando for o caso, as alíquotas correspondentes para cada tipo de mercadoria, seja in natura, como peles e couros, seja industrializados.

Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) O IPI é o imposto de competência federal que incide sobre operações com produtos nacionais ou estrangeiros que sejam industrializados. Quando de uma exportação, tem-se o incentivo da desoneração do IPI. Nas operações de exportação direta concede-se, pelo artigo 153, parágrafo 3º, Inciso II, da Constituição Federal de 1988, a imunidade de IPI. Essa imunidade, atribuída por meio de incentivo fiscal, permite que a saída dos produtos destinados ao exterior seja efetuada com isenção do IPI, de acordo

com o artigo 18, inciso II, do Regulamento do IPI (RIPI). No caso da venda de um produto no mercado interno, com destino à exportação ou equiparada à exportação, para empresa comercial que opere no comércio exterior, ou seja, de uma exportação indireta, também é concedido o incentivo fiscal, porém, a saída é efetuada com suspensão do IPI, conforme o artigo 42 do RIPI. O enquadramento acima mencionado também vale para uma venda com o fim específico de exportação, nos termos do DECRETO Nº 6.759, De 5 de Fevereiro De 2009, à empresa comercial exportadora. Consideram-se destinadas ao fim específico de exportação as mercadorias que forem diretamente remetidas do estabelecimento do produtor-vendedor para: • embarque de exportação por conta e ordem da empresa comercial exportadora; • depósito sob o regime extraordinário de entreposto aduaneiro na exportação. A suspensão do IPI aplica-se, ainda, a matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem, de fabricação nacional, vendidos a (Lei nº 8.402, de 08 de janeiro de 1992, art. 3º): Estabelecimento industrial para industrialização de produtos destinados à exportação; ou Estabelecimento comercial, para industrialização em outro estabelecimento da mesma empresa ou de terceiro, de produto que também se destinem à exportação. Crédito do IPI É importante observar que, além do incentivo da isenção/suspensão desse imposto na exportação, ao fabricante/exportador é concedido o direito à manutenção do crédito do IPI relativo à matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem adquiridos no mercado interno como insumos na industrialização de produto exportado (exportação direta: Decreto-lei nº 491, de 1969, art. 5º, e Lei nº 8.402, de 1992, art. 1º, inciso II / exportação indireta: Decreto-lei nº 491, de 1969, art. 5º, e Lei nº 8.402, de 1992, artigos 1º, inciso II, e 3º, e Lei nº 9.532, de 1997, art. 39, § 1º). 1.3. Imposto sobre a Circulação

de Mercadorias e Serviços (ICMS) O ICMS é um imposto de competência estadual que incide sobre as operações de circulação de mercadorias e prestação de serviços específicos, como de comunicação e transportes (interestadual e intermunicipal). A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 155, parágrafo 2º, inciso X, alínea a, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 42 de 2003, concede a não-incidência constitucional do ICMS nas operações de exportação de produtos ao exterior e nas operações de prestação de serviços a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores (artigo 3º, inciso II e artigo 32, inciso I, da Lei Complementar 87/96). Conforme o artigo 3º, parágrafo único, da Lei Complementar 87/96, o ICMS não incide, ainda, sobre a saída com fim de exportação, em operações destinadas a:

- empresa comercial exportadora, inclusive a constituída nos termos do Decreto-Lei nº 1.248, de 29.11.72 ou outro estabelecimento da mesma empresa;
- armazém alfandegado ou entreposto aduaneiro.

• crédito ICMS Pela Lei Complementar 87/96 (artigo 32, inciso II) também é concedido o direito à manutenção do crédito de ICMS relativo à mercadoria entrada no estabelecimento para integração ou consumo em processo de produção de mercadorias industrializadas, inclusive semi-elaboradas, destinadas ao exterior. Acredita-se que a empresa deve identificar, dentro de sua linha de produtos, aqueles que atendam às necessidades e às preferências dos consumidores dos mercados estrangeiros a serem explorados. A empresa também deve estar atenta a questões como níveis de preços praticados no exterior, processos de distribuição do produto no mercado alvo, aspectos relacionados à promoção do produto no mercado, capacidade de produção da empresa, embalagem, disponibilidade de transporte para o exterior, exigências tarifárias e não tarifárias praticadas no mer-

cado de destino, concorrência etc. Para tanto, é preciso que a empresa reúna a maior quantidade possível de informações sobre o país ou os países para os quais deseja exportar.

Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) O ICMS é um imposto de competência estadual que incide sobre as operações de circulação de mercadorias e prestação de serviços específicos, como de comunicação e transportes (interestadual e intermunicipal). A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 155, parágrafo 2º, inciso X, alínea a, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 42 de 2003, concede a não-incidência constitucional do ICMS nas operações de exportação de produtos ao exterior e nas operações de prestação de serviços a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores (artigo 3º, inciso II e artigo 32, inciso I, da Lei Complementar 87/96). Conforme o artigo 3º, parágrafo único, da Lei Complementar 87/96, o ICMS não incide, ainda, sobre a saída com fim de exportação, em operações destinadas a: empresa comercial exportadora, inclusive a constituída nos termos do Decreto-Lei nº 1.248, de 29.11.72 ou outro estabelecimento da mesma empresa; • armazém alfandegado ou entreposto aduaneiro, crédito ICMS Pela Lei Complementar 87/96 (artigo 32, inciso II) também é concedido o direito à manutenção do crédito de ICMS relativo à mercadoria entrada no estabelecimento para integração ou consumo em processo de produção de mercadorias industrializadas, inclusive semi-elaboradas, destinadas ao exterior. **PIS/PASEP** O PIS/Pasep é a contribuição federal que incide sobre o faturamento ou receita de empresas e tem por objetivo de seu recolhimento o financiamento da seguridade social. Os incentivos fiscais à exportação também abarcam essa contribuição e são efetuados de acordo com o regime da empresa, se não-cumulativo ou cumulativo. **Contribuição Não-Cumulativa (Alíquota de 1,65%)** O regime não-cumulativo

nas operações de exportações beneficia-se da não-incidência da contribuição. De acordo com o art. 5º, incisos I, II e III, da Lei nº 10.637/02. O PIS/PASEP não incidirá sobre as receitas decorrentes das operações de:

- exportação de mercadorias para o exterior;
- prestação de serviços para pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior, cujo pagamento represente ingresso de divisas; e vendas a empresa comercial exportadora com o fim específico de exportação. Os créditos da Contribuição do PIS/Pasep referentes a custos, despesas e encargos vinculados às receitas decorrentes das operações mencionadas acima, que não puderem ser deduzidos na forma do art. 5º, §1º, inciso I, da Lei nº 10.637/02, e art. 6º, §1º, inciso II, da Lei nº 10.833/03, poderão ser utilizados na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos e contribuições administrados pela SRF, observada a IN SRF nº 460/04, alterada pela IN SRF nº 534/05.

Contribuição Cumulativa (Alíquota de 0,65%) No regime cumulativo as operações de exportação são isentas da contribuição para o PIS/Pasep, conforme o artigo 45, inciso II, do Decreto nº 4.524/02: São isentas do PIS/Pasep e da Cofins as receitas (Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, art. 14, Lei nº 9.532, de 1997, art. 39, § 2º, e Lei nº 10.560, de 2002, art. 3º, e Medida Provisória nº 75, de 2002, art. 7º). A Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins) a Cofins é a contribuição federal que incide sobre o faturamento ou receita das empresas e seu objetivo é o de prover investimentos na área de saúde, previdência e assistência social. Essa contribuição também é passível de incentivo tributário quando da exportação. O enquadramento do incentivo é dado pelo regime no qual a empresa está inserida: não cumulativo ou cumulativo.

Contribuição Não-Cumulativa (Alíquota de 7,6%) De acordo com o art. 6º, da Lei nº 10.833/03, a contribuição para a Cofins não incidirá sobre as receitas decorrentes das operações de:

- exportação de mercadorias para o exterior;
- prestação de servi-

ços para pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior, cujo pagamento represente ingresso de divisas; e • vendas a empresa comercial exportadora com o fim específico de exportação. Crédito Presumido do PIS/COFINS Os créditos da Contribuição do PIS/Pasep e da Cofins referentes a custos, despesas e encargos vinculados às receitas decorrentes das operações mencionadas acima, que não puderem ser deduzidos na forma do inciso I, do §1º, do art. 5º, da Lei nº 10.637/02, e do inciso I, do §1º, do art. 6º, da Lei nº 10.833/03, poderão ser utilizados na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos e contribuições administrados pela SRF, observada a IN SRF nº 460/04, alterada pela IN SRF nº 534/05. Em relação ao regime cumulativo, há isenção da Cofins, conforme o art. 45 do Decreto nº 4.524/02, as receitas: da exportação de mercadorias para o exterior; dos serviços prestados a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior, cujo pagamento represente ingresso de divisas; do fornecimento de mercadorias ou serviços para uso ou consumo de bordo em embarcações e aeronaves em tráfego internacional, quando o pagamento for efetuado em moeda conversível; de vendas realizadas pelo produtor-vendedor às empresas comerciais exportadoras nos termos do Decreto-Lei nº 1.248, de 29 de novembro de 1972, e alterações posteriores, desde que destinadas ao fim específico de exportação para o exterior; de vendas, com fim específico de exportação para o exterior, a empresas exportadoras registradas na Secretaria de Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Crédito Presumido do IPI Consoante às disposições das Leis nº 9.363/96 e nº 10.276/01 é concedido crédito presumido do IPI a título de ressarcimento dos valores da Cofins e do PIS/Pasep que hajam incidido sobre a aquisição de insumo nacional utilizado em produto exportado. O incentivo aplica-se, inclusive, nos casos de venda à empresa comercial exportadora com o fim específico de

exportação para o exterior. O crédito pode ser transferido para qualquer estabelecimento da empresa para efeito de compensação com o IPI, observadas as normas expedidas pela Secretaria da Receita Federal – SRF. A base de cálculo do crédito presumido estabelecido na Lei nº 9.363/96 é determinada mediante a aplicação sobre o valor total das aquisições de matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem, do percentual correspondente à relação entre a receita de exportação e a receita operacional bruta do produtor exportador. O crédito presumido do IPI, como ressarcimento, cumulativamente, do PIS e da Cofins, é o resultado da aplicação de 5,37% sobre a base de cálculo (Lei nº 9.363/96, art. 2º, parágrafo 1º). Alternativamente à sistemática de apuração supra, a pessoa jurídica produtora e exportadora de mercadorias nacionais para o exterior poderá determinar o valor do crédito presumido do IPI, mediante a aplicação do fator (F) sobre o somatório dos seguintes custos, sobre os quais incidiram a Cofins e o PIS/Pasep: I – de aquisição de insumos, correspondentes a matérias-primas, a produtos intermediários e a materiais de embalagem, bem assim de energia elétrica e combustíveis, adquiridos no mercado interno e utilizados no processo produtivo; II – correspondentes ao valor da prestação de serviços decorrente de industrialização por encomenda, na hipótese em que o encomendante seja o contribuinte do IPI, na forma da legislação deste imposto. O fator (F), antes mencionado, será calculado pela fórmula constante do Anexo à Lei nº 10.276/01, a seguir reproduzida: $F = 0,0365.Rx / (Rt - C)$, onde: F é o fator; Rx é a receita de exportação; Rt é a receita operacional bruta; C é o custo de produção determinado na forma do § 1º do art. 1º, da referida Lei; Rx é o quociente de que trata o inciso I do § 3º do art. 1º da referida Lei. De acordo com a Lei nº 10.637/02, que dispõe sobre a não-cumulatividade do PIS/PASEP, o direito ao ressarcimento do PIS/PASEP não subsiste para a pessoa jurídica submetida à forma de apuração da referida

contribuição. Em razão disto, e porque permaneceu a cumulatividade da COFINS, a mesma Lei nº 10.637/02 reduziu a 4,04%, aquele percentual de 5,37%, definido pela Lei nº 9.363/96, e a 0,03 (três centésimos) o fator (F) de 0,0365, utilizável no cálculo do crédito presumido do IPI estabelecido na Lei nº 10.276/01. De acordo com o Art. 14 da Lei nº 10.833/03 as pessoas jurídicas submetidas à apuração do PIS/ Pasep e da Cofins de forma não-cumulativa não terão direito ao crédito presumido do IPI, pois passarão a efetuar os créditos efetivos dessas contribuições de acordo com as Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03.

1.6. Imposto sobre a Renda (IR) e Contribuição Social sobre Lucro Líquido (CSLL) Não há nenhum benefício fiscal que se aplique ao IR e à CSLL quando da geração de lucro, renda e/ou proventos de uma operação de exportação. Logo, o lucro da exportação recebe a tributação normal do I.R. e da CSLL, inclusive adicionais.

1.7. IOF Nas operações de câmbio relativas ao ingresso, no País, de receitas de exportação de bens e serviços a alíquota do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários (IOF) é zero (Decreto nº 6.391- DOU de 13/03/08).

2. Resumo – Tratamento Tributário na Exportação.

Exportação Direta Tributo Enquadramento (Incentivo Fiscal – Exportação)

IPI Imunidade de IPI (artigo 18, inciso II, do RIPI)

ICMS Não-incidência de ICMS (artigo 3º, inciso II, da Lei Complementar 87/96)

PIS/Pasep (Não-cumulativo) Não-incidência (artigo 5º, inciso I, da Lei nº 10.637/02)

Cofins (Não-cumulativo) Não-incidência (artigo 6º, inciso I, da Lei nº 10.833/03)

PIS/Pasep (Cumulativo) Isenção (artigo 45, inciso II, do Decreto nº 4.524/02)

Cofins (Cumulativo) Isenção (artigo 45, inciso II, do Decreto nº 4.524/02).

Direção para Exportar, habilitação da Empresa antes de realizar um processo de exportação é necessário que a empresa possua o “Radar”, que é a habilitação, concedida pela Receita Federal, para realizar operações no Sistema Integrado de Comércio Exterior (Siscomex). É por meio deste sistema que são emitidos documentos de exportação e/ou importação, seguindo os procedimentos especificados na Instrução Normativa SRF nº 650, publicada no Diário Oficial de 19/05/06 e modificada pela Instrução Normativa RFB nº 1.288, de 31 de agosto de 2012, complementada pelo Ato Declaratório Executivo Coana nº33, de 28 de setembro de 2012 (D.O.U. 01/10/12). Após a habilitação da empresa em operar no comércio exterior, é necessário habilitar um funcionário da empresa para ser o responsável legal. Esta pessoa poderá operar no sistema e credenciar os representantes legais da empresa

Dar visibilidade e promover a empresa em todo mundo e exportar a própria marca é uma das metas comuns para muitos empreendedores quando as vendas começam a ganhar fôlego no mercado brasileiro. Mas há alguns passos que precisam ser cumpridos pela empresa que pretende se internacionalizar. O italiano Nicola Minervini, consultor na área e autor do livro *O Exportador*, que é reeditado há 21 anos no país, organizou um checklist com 106 itens que auxiliam a organizar esse processo.

“A empresa que atua no mercado interno é como se estivesse em uma piscina, e o mercado externo é como se fosse um oceano”, diz Minervini. Para ele, a exportação é uma maneira de a empresa ganhar competitividade e se prepa-

rar para disputar também o mercado interno, que não está livre da entrada de produtos importados de outros países. Para Minervini, o primeiro passo para quem quer ingressar no mercado internacional é visitar a maior feira internacional do seu setor de atuação. “Nunca vá a uma feira como expositor se ainda não a conhece como visitante. Você pode acabar na feira errada”, diz. Para o consultor, eventos que reúnem empresas de todo o mundo são uma importante oportunidade para o empresário brasileiro medir a sua competitividade e as suas condições de preço, tecnologia e design em relação aos demais produtores mundiais. O autor diz que costuma fazer esse questionamento aos empresários que o procuram para iniciar o processo de internacionalização. Se a resposta é buscar uma alternativa ao mercado interno, que vai mal, para crescer, Minervini aconselha a repensar a estratégia. “Quando uma empresa está exportando ela leva não só a sua marca consigo, mas também a do Brasil”, diz. Quando a empresa vende para fora somente quando o cenário é favorável, mas interrompe o processo quando o mercado interno volta a crescer, essa imagem fica prejudicada. Na opinião do autor, a empresa deve buscar a exportação como uma maneira de aumentar a sua competitividade, expandir a sua atuação ou diversificar riscos. Além disso, a exportação é uma atividade de médio e longo prazo – por isso não deve ser encarada como uma alternativa para a crise ou uma solução passageira. De acordo com Minervini, o empresário brasileiro tem dificuldades em estabelecer parcerias com outras empresas. Mas, para as pequenas e médias empresas, esse é o melhor caminho para garantir sucesso no mercado internacional. O autor propõe um modelo chamado Sistema Integrado de Promoção da Exportação (SIME), que esquematiza um formato de cooperação entre empresas do mesmo setor que não são necessariamente fabricantes do mesmo tipo de produto. Um exemplo

é a organização de empresas da cadeia de moda. Poderiam trabalhar de maneira organizada fabricantes de joias, sapatos e confecções, entre outros itens, de maneira integrada, diz Minervini. Para que esse formato de cooperação dê certo, é fundamental que o grupo seja homogêneo – as empresas devem ter níveis semelhantes de tecnologia, qualidade e preço – e que trabalhe em conjunto para contratar serviços de promoção, design ou compra de matéria-prima. O gerente do consórcio deve ser um administrador desvinculado das empresas e contratado para isso. Por fim, a venda deve ser feita de maneira individual por cada uma das empresas.

Formas de Pagamento Tanto o exportador quanto o importador devem evitar os riscos de natureza comercial a que estão sujeitas as transações internacionais. Ao remeter a mercadoria ao exterior, o exportador deve tomar precauções para receber o pagamento. Por sua vez, o importador necessita de segurança quanto ao devido recebimento da mercadoria, nas condições acertadas com o exportador. Definir com clareza a forma de pagamento que deverá ser observada em uma operação de exportação é de fundamental relevância para ambas as partes. Assim, a escolha da modalidade de pagamento deve atender simultaneamente aos interesses do exportador e do importador. São as seguintes as modalidades de pagamento no comércio exterior: • Pagamento Antecipado; • Cobrança Documentária; e Carta de Crédito ou Crédito Documentário.

Tema delicado em qualquer setor econômico, o dinheiro (ou a falta dele) também tira o sono de produtores e empresários ligados ao agronegócio brasileiro. Diversas são as fontes de financiamento e as modalidades de pagamento disponíveis. Contudo, também são muitas as noites perdidas na tentativa de elaborar ideias mirabolantes, com o intuito de cobrir prejuízos não previstos ou de fazer com o que os prazos de carência e de

amortização de dívidas se tornem elásticos. Nesta edição, trato das formas principais de pagamento aos exportadores. Em linhas gerais, a decisão pela modalidade de pagamento consiste em acordos bilaterais entre exportador e importador, pautados pelas disponibilidades das linhas de financiamento, pelas exigências do país importador, pelas práticas aduaneiras vigentes e, não menos importante, pelo nível de confiança entre as partes. Conforme comentei e reafirmo desde a primeira edição, estabelecer parcerias e trocar conhecimentos com estes parceiros pode ser a chave do sucesso ou do fracasso para as empresas que se aventurem no mercado internacional.

Primeiramente, a modalidade *advanced payment* (ou pagamento antecipado) ocorre quando o importador remete o valor da transação após o exportador providenciar o envio da mercadoria e a respectiva documentação, o que inclui o contrato de câmbio registrado no banco o qual esse exportador receberá, em reais, de acordo com a taxa vigente no dia. Neste caso, o importador depende do exportador de maneira considerável.

Por outro lado, a modalidade *clean collection* (remessa sem saque) apenas prevê a remessa do valor após o recebimento e o desembaraço da mercadoria na alfândega por parte do importador. Nem seria preciso ressaltar que esta operação é altamente arriscada para o exportador, pois em caso de inadimplência, nenhum título de crédito lhe garante o ressarcimento do prejuízo. Claro, caso a palavrinha mágica confiança se fizer presente, vantagens como agilidade na tramitação dos documentos e redução das despesas bancárias podem ser bem atrativas.

A terceira modalidade de pagamento, mais usual, chama-se *sight draft* (em tradução livre, seria algo como “saque a vista”, ou ainda cobrança documentária), e se caracteriza pela intermediação de uma instituição bancária, que atua meramente como cobradora internacional. O exportador embarca a mercadoria e

envia os documentos a um banco. Por sua vez, este os remete a outro banco, na praça do importador, para que sejam apresentados para pagamento à vista ou aceite o pagamento posterior (a prazo). Os documentos apresentados para cobrança são necessários para que o importador desembarace a mercadoria.

Por fim, a grande campeã dentre as modalidades praticadas: a carta de crédito (L/C). Trata-se de uma ordem de pagamento condicionada à concretização de itens como valor, beneficiário e endereço, prazo para embarque da mercadoria e discriminação, faturas, certificados e muitos outros, tudo dentro do combinado. A pedido de um cliente, o tomador de crédito, um banco emitente compromete-se a efetuar o pagamento a um terceiro beneficiário, desde que os termos e condições do crédito sejam cumpridos. É seguro, sem dor e sem surpresas.

Até o momento, apenas assuntos agradáveis. Para o exportador, nada soa tão bem quanto: receber pagamentos, viabilizar investimentos na empresa e render bons lucros aos proprietários. Entretanto, a base exportadora é fortemente ampliada pelas linhas de financiamento, destinadas com fim específico de propiciar recursos aos exportadores para a produção e a comercialização de seus produtos. ACC's, ACE's, EXIM, PROEX, FGPC são siglas que podem abrir muitas portas e igualmente provocar muitas dores de cabeça. Até a próxima edição, que será a vez das fontes de financiamento, seguro safra e impostos incidentes nas transações.

O câmbio e a manutenção de recursos no exterior, os exportadores brasileiros de mercadorias e serviços podem manter no exterior a integralidade (100%) dos recursos relativos ao recebimento de suas exportações. Entretanto, os valores que permanecerem no exterior só poderão ser utilizados para a realização de investimentos, aplicação financeira ou pagamento de obrigação próprios do exportador, sendo vedada a realização de empréstimo ou mútuo de qualquer natureza. A pessoa jurídica que mantiver

recursos no exterior fica obrigada a manter escrituração contábil nos termos da legislação comercial, para evidenciar, destacadamente, os respectivos saldos e suas movimentações, independentemente do regime de apuração do imposto de renda adotado. A manutenção dos recursos no exterior implica a autorização para o fornecimento à Secretaria da Receita Federal do Brasil, pela instituição financeira ou qualquer outro interveniente, residente, domiciliado ou com sede no exterior, das informações sobre a utilização de tais recursos. As empresas que mantiverem recursos no exterior decorrentes de operações de exportação de bens e serviços devem apresentar a Declaração sobre a Utilização dos Recursos em Moeda Estrangeira Decorrentes do Recebimento de Exportações (DereX) para a Secretaria da Receita Federal do Brasil. A DereX foi instituída pela Instrução Normativa SRF nº 726, de 28 de fevereiro de 2007. Salientamos que a manutenção de recursos acima indicada não se aplica aos valores de exportação com curso no Convênio de Pagamentos e Créditos Recíprocos, bem como àquele objeto de financiamento concedido pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) ou pelo Tesouro Nacional, os quais devem observar a regulamentação específica.

O financiamento às exportações, com o objetivo de propiciar maior competitividade aos produtos destinados ao mercado externo, aplica-se tanto à produção, como à comercialização externa dos bens. São consideradas financiadas as operações com prazo de pagamento acima de 360 (trezentos e sessenta) dias, podendo, facultativamente, operações com prazo igual ou inferior a 360 dias serem financiadas também. Nas operações financiadas faz-se necessário o preenchimento, no SISCOMEX, do Registro de Crédito – RC.

Financiamento às exportações no Brasil caracteriza-se geralmente por uma política de promoção de exportação pode ser

entendida como as “medidas de políticas públicas que realmente ou potencialmente incrementam a atividade exportadora na empresa, na indústria ou em nível nacional” (Seringhauss e Rosson, 1990 apud Markwald e Puga, 2002, p. 101, nota de rodapé). Segundo os autores, “[o] papel da promoção de exportações é a criação da consciência da exportação como opção de crescimento e expansão do mercado; a redução ou remoção das barreiras à exportação e a criação de incentivos e de várias formas de assistência aos potenciais e atuais exportadores” (idem). Ela pode atuar em várias frentes, de forma coordenada e integrada entre si, como por exemplo, na melhoria da competitividade institucional, financeira, operacional, produtiva exportadora, comercial e negociação internacional (Pianto e Chang, 2006). A análise das ações destinadas à competitividade financeira compreende o objeto principal deste artigo, e envolve basicamente as linhas de financiamento público à exportação. Vale lembrar que a política pública destinada a melhorar a competitividade financeira das exportações compreende também a concessão de seguros à exportação e fundos de aval para a concessão de garantias aos exportadores, embora estes instrumentos não estejam contemplados no presente estudo. No caso específico do sistema brasileiro, o principal instrumento de financiamento à exportação utilizado é o Adiantamento de Contrato de Câmbio (ACC), linha privada que consiste na antecipação do pagamento, parcial ou total, em moeda nacional do valor em moeda estrangeira do contrato de exportação firmado entre a empresa exportadora nacional e o importador estrangeiro (Veiga e Iglesias, 2000; Blumenschein e Leon, 2002). Essa operação é realizada por bancos credenciados que antecipam o valor a ser recebido pelo agente exportador em até 360 dias. No final desse prazo, pode haver o refinanciamento da operação por mais 210 dias por meio do Adiantamento de Cambiais Entregues (ACE), desde que o embarque da merca-

doria tenha sido efetuado. Portanto, os instrumentos privados abrangem as etapas pré- e pós-embarque e tem prazo máximo de 570 dias.

Os seguros de crédito na exportação e o seguro internacional devem cobrir acidentes que podem ocorrer desde o momento em que a mercadoria é embarcada, até a chegada ao estabelecimento do importador. Abrange, portanto, o transporte após embarque, o desembarque e o traslado da mercadoria até o local designado pelo importador. No caso de exportação na modalidade FOB, o seguro é de responsabilidade do importador, cabendo ao exportador apenas fornecer os dados eventualmente solicitados pelo importador para contratar o seguro. Nas exportações sob as modalidades CIF e CIP, os gastos com seguro ficam a cargo do exportador. O Seguro de Crédito à Exportação - SCE garante ao exportador a indenização por perdas líquidas definitivas, em consequência do não recebimento de crédito concedido a cliente no exterior. Adicionalmente, funciona também como instrumento de prevenção, como incentivo para prospecção de novos clientes e novos mercados, e como ferramenta de cobrança. Entre as garantias vinculadas às vendas externas, esta modalidade é a que apresenta o menor custo. Na medida em que o SCE pode ser aceito como garantia pelas instituições financeiras, ele facilita o acesso a financiamentos, tais como o ACE, o BNDES/EXIM e o PROEX, mantendo as outras opções de garantia disponíveis pelo tomador do financiamento não comprometidas, de modo a poderem ser utilizadas em outras finalidades. O SCE tem por objetivo a cobertura contra os riscos comerciais, políticos e extraordinários a que estão sujeitas as transações comerciais e financeiras vinculadas às exportações. Pode ser contratado pelo exportador ou pela instituição financeira que amparar a exportação de bens e serviços. A Agência de Crédito à Exportação no Brasil é a ABGF – Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e

Garantias S.A., empresa habilitada a operar o Seguro de Crédito à Exportação. Maiores informações podem ser obtidas em www.abgf.gov.br.

O custo do Seguro de Crédito à Exportação é personalizado, e varia de acordo com diversos pontos, como por exemplo: • Países para onde o exportador pretende vender com o seguro; • Volumes por País; • Tipo de produto exportado • Qualidade dos importadores; • Histórico de perdas definitivas do exportador.

O exportador brasileiro pode contar com garantia de crédito concedida pela União, na forma de Seguro de Crédito à Exportação (SCE), em operações de exportação de bens e serviços com financiamento de longo prazo, ou seja, com prazo superior a dois anos. O SCE é firmado com recursos públicos do Fundo de Garantia à Exportação (FGE), de responsabilidade do Ministério da Fazenda e operado pela Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias S.A. (ABGF). O Seguro de Crédito à Exportação garante os financiamentos de crédito à exportação contra: Risco comercial, quando o financiador (Exportador ou Banco Financiador) não recebe seus créditos concedidos ao Importador (mora, falência, etc.); Risco político (mora, rescisão arbitrária, moratória geral decretada pelas autoridades do país devedor); e Riscos extraordinários que impeçam o pagamento da dívida financiada (guerras, revoluções, catástrofes naturais). O SCE cobre os percentuais de 95% em caso de risco comercial e 100% em risco político e risco extraordinário. Pela cobertura do SCE, será devido um prêmio de risco calculado em função do prazo da operação, da classificação de risco do devedor e das contra garantias. Para ter direito a garantia o exportador deve solicitar análise técnica da operação junto à ABGF. Após a aprovação, será emitido um Certificado de Garantia de Cobertura (CGC), conforme a modalidade de crédito: Supplier's Credit, em que o CGC é emitido em favor do Exportador; e

Buyer's Credit, o CGC é emitido em favor do Banco Financiador. Micro, Pequenas e Médias Empresas (MPMEs) também podem contar com a garantia de crédito por meio do Seguro de Crédito à Exportação (SCE) em operações de exportação de bens e serviços no valor equivalente até US\$ 1 milhão e no prazo de financiamento até dois anos.

Empresas exportadoras podem contratar apólice para cobertura apenas dos riscos políticos e extraordinários do país do devedor em operações de bens e serviços com prazos inferiores a dois anos. Essa modalidade de garantia pode ser utilizada em operações de exportadores de qualquer porte, para qualquer mercado de destino e, conforme o caso, combinada com a garantia de seguradora privada para os riscos comerciais ou ainda utilizada na negociação com bancos públicos e privados. O principal objetivo dessa modalidade é facilitar a negociação de financiamentos de curto prazo em mercados considerados de alto risco político e extraordinário.

CONCLUSÃO

Considera-se que nos períodos de instabilidade e a política cambial brasileira, trabalhar com a exportação de mercadorias pode ser, sim, bastante vantajoso. É preciso planejamento e uma dedicação especial dos controllers, pois são eles que vão apontar se o custo-benefício da exportação será vantajoso.

Aponta-se que exportar e transpor fronteiras e atingir novos mercados têm sido uma alternativa valiosa para as empresas exportadoras buscarem parceiros comerciais e expandirem suas operações, especialmente quando o cenário econômico interno não está favorável. A exportação de produtos nacionais gera cada vez mais riquezas, proporcionando ano a ano grandes superávits para a balança comercial brasileira.

A exportação é um passo fundamental para elevar o patamar do negócio e aumentar os lucros e pode ser feita por qualquer tipo de empresa, de todos os portes. Mas é um procedimento que impõe planejamento e conhecimento das normas, legislações e do mercado com o qual se está negociando para saber com o máximo de precisão os riscos e benefícios.

Considera-se para ser um exportador de sucesso, não basta ter um produto de qualidade com preço atrativo. É preciso preparo logístico, disposição para enfrentar entraves burocráticos e capital para lidar com as despesas e claro analisar a legislação.

Todo o processo de estudo e análise de mercado feito internamente pela sua empresa deve ser replicado ao mercado do país para o qual os produtos serão exportados. Aqui, deve-se também dar atenção especial à legislação, normas sanitárias e à cultura do mercado, ou seja, todas as condições que este país e seu governo dão (ou não) aos produtos importados.

Destaca-se ter as finanças equilibradas faz toda a diferença para ser competitivo no mercado interno, em negociações internacionais esse é um fator preponderante. Conhecer a capacidade produtiva, ter capital de giro e reservas para novas despesas são fundamentais é preciso saber precificar corretamente seu produto para ser exportado, pois esse valor será determinante para mantê-lo competitivo e permitir a sobrevivência da sua empresa no mercado externo. Para fixar o preço, leve em consideração os custos de produção, as taxas alfandegárias e portuárias, o seguro de mercadoria, o câmbio, custo de transporte e logística no Brasil e no país escolhido, condições do mercado. Pela exportação direta, todos os negócios e processos são elaborados e gerenciados pela empresa. Os Incoterms (Termos Internacionais de Comércio) são padrões internacionais para definir, dentro da estrutura de um contrato de compra e venda internacional, os direitos e obrigações do exportador e do importador. São estabelecidos, por exemplo, o local onde

o exportador deve entregar a mercadoria, qual das partes paga o frete, quem é o responsável pela contratação do seguro, quem trata das movimentações nos terminais, liberações em alfândegas e obtenção de documentos. Entre os Incoterms mais comuns estão EXW, FOB/FCA, CFR/CPT e CIF/CIP. Como estas obrigações estão diretamente ligadas aos custos da operação, se o exportador não souber em qual contrato se enquadrar, pode arcar com gastos que não estavam em seu orçamento e gerar um grande desconforto com seu fornecedor. A escolha da modalidade de pagamento é feita de comum acordo entre o exportador e o importador e depende, basicamente, do grau de confiança comercial existente entre as partes. A carta de crédito é a modalidade mais segura para ambas as partes em comércio internacional, onde o valor só será recebido através de transação bancária após a concretização do negócio. Dependendo do produto a ser exportado e para cada país que se deseja exportar é necessário conseguir autorizações dos órgãos reguladores naquele país. São os equivalentes à Anvisa, Inmetro ou o Ministério da Agricultura no Brasil. O exportador também deverá providenciar a emissão dos documentos necessários para o embarque ao exterior como: nota fiscal, É prudente adotar algum tipo de rastreamento da carga, que possibilitará acompanhar sua transferência e evitar imprevistos. Na finalização do negócio é importante analisar o melhor momento/taxas para contratar o câmbio. Deve-se levar em conta a necessidade de recursos para fechar mais rapidamente o câmbio ou, se houver um capital de giro mais confortável, pode-se aguardar para fechar o câmbio em melhores condições.

Diante disso, conclui-se que a exportação direta é processo que requer aprofundamento no planejamento através da promoção da exportação, enquadramento tributário de acordo com previsão legal, habilitação, formas de pagamento, verificação do câmbio, seguro e financiamento das exportações.

Bibliografia:

- BLUMENSCHHEIN, F.; DE LEON, F. L. L. “Uma análise de desempenho e da segmentação do sistema de crédito à exportação no Brasil”. In: PINHEIRO A.C.,
- DE NEGRI, F.; VASCONCELOS L. F.; GALETTI, J. Abrangência das políticas de apoio às exportações no Brasil e perfil das empresas beneficiadas. Radar IPEA, Tecnologia, Produção e Comércio Exterior, n. 11, dez. 2010.
- Documentos IPEA/CEPAL. Texto para Discussão, IPEA, n. 1385, 2009. MOREIRA, S. V.; SANTOS, A. F. Políticas públicas de exportação: o caso do Proex. Texto para Discussão, IPEA, n. 836, 2001.
- HANSEN, G. B. (2017). Garantias no financiamento de projetos de exportação de infraestrutura pelo BNDES: uma análise das concessões no período de 1998 a 2016.
- HIRATUKA, C., & Galetti, J. (2013). Financiamento às exportações: uma avaliação dos impactos dos programas públicos brasileiros. Revista de economia contemporânea.
- MARKWALD, R., Puga, F. P., da Motta Veiga, P., Blumenschhein, F., de Leon, F. L. L., Tigre, P. B., & Goebel, D. (2002). Focando a política de promoção de Exportações p. 97 a. CASTELAR, Pinheiro Armando—organizador: O desafio das Exportações. Rio de Janeiro.
- MINERVINI, N. (1997). Exportar: competitividade e internacionalização. São Paulo.

MINERVINI, N. (2005). O exportador: ferramentas para atuar com sucesso nos mercados internacionais. Pearson Prentice Hall.

PIANTO, D. M.; CHANG, L. “O potencial exportador e as políticas de promoção das exportações da APEX-Brasil”. In: DE NEGRI, J. A.; ARAÚJO, B. (Orgs.) As empresas brasileiras e o comércio internacional. Brasília: IPEA, 2006, p. 87-108.

SIGILO DE DADOS

Evandro Luiz Luko

Introdução

O STF adota o entendimento de que o sigilo bancário é projeção do direito à intimidade (art. 5º, X da CF), e que a expressão “sigilo de dados” (art. 5º, XII da CF) inclui o sigilo bancário. O acórdão aponta os nortes éticos do art. 3º da CF necessários para a realização do projeto de sociedade brasileira. O julgado defende o compartilhamento de dados protegidos por sigilo constitucional sem qualquer intervenção do Poder Judiciário. Nas entrelinhas, o julgado diz que o acesso automático a tais dados pelo Fisco, quando voltados para a repressão ao crime, satisfaz o interesse coletivo, e está acima dos direitos individuais.

Perante o acórdão e segundo Locke o ser humano é capaz de realizar um cálculo de custo-benefício, e por consequência dessa racionalidade abriria mão de parcela de sua liberdade em troca de maior segurança, o que faz através da celebração do contrato social, passando do estado de natureza para o estado civil. Caso se conclua pela possibilidade de se modular tais direitos, cabe ainda arguir se existem parâmetros objetivos para definir a dinâmica dos direitos fundamentais no que tange à sua flexibilização. Na prática, já

encontramos inúmeros atos normativos já editados sob a égide da Constituição de 1988 e que permitem o acesso de órgãos de fiscalização a dados bancários independentemente da intervenção judicial, restringindo, dessa forma, o direito fundamental à intimidade. Há que se arguir, então, a legitimidade de tais atos. Destacamos, dentre as normas dessa natureza, aquelas que estipulam a possibilidade de a administração tributária determinar unilateralmente a quebra de um sigilo constitucionalmente garantido. Além disso, é considerável o fato de que as instituições financeiras vêm sendo utilizadas com finalidade ilícita, servindo de meio para a realização de crimes como a lavagem de dinheiro e a evasão de divisas, cujo combate tem sido intensificado tanto no Brasil, quanto no cenário mundial. Neste processo, surge a tensão entre o interesse público na obtenção, pela autoridade fiscal, de dados que podem comprovar a realização de ilícitos e proporcionar a concretização dos princípios da isonomia e da capacidade contributiva.

É verdade que os governos não poderiam subsistir sem grandes encargos, e é justo que todo aquele que desfruta de uma parcela de sua proteção contribua para a sua manutenção com uma parte correspondente de seus bens. Entretanto, mais uma vez é preciso que ela mesma dê seu consentimento, ou seja, que a maioria consinta, seja por manifestação direta ou pela intermediação de representantes de sua escolha; se qualquer um reivindicar o poder de estabelecer impostos e impô-los ao povo por sua própria autoridade e sem tal consentimento do povo, está assim invadindo a lei fundamental da propriedade e subvertendo a finalidade do governo (Kritsch, 2010).

Considero razoável que a utilização dos dados financeiros dos contribuintes para fins de tributação, não implica na violação

da intimidade do contribuinte porque sua divulgação é vedada por lei. O poder de fiscalização estatal vem se estruturado ao longo dos anos e os cidadãos brasileiros têm aumentado o controle das contas públicas, levantando o enorme véu que sempre o protegeu dos olhos alheios. A própria Constituição contém dispositivos incentivadores desse acompanhamento, assim como a Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar nº 101, de 4/5/2000, que visa preservar a transparência e a responsabilidade na administração e gerência do dinheiro da coletividade, bem ao encontro do princípio da moralidade administrativa.

Por isso, os interesses da sociedade civil devem ser a prioridade de qualquer governo, pois, “onde não existe mais a subministração da justiça, como objetivo de assegurar os direitos dos homens, nem reste qualquer poder para dirigir a força que deve prover às necessidades do público, não existira mais governo” (Fernandes, 2012).

Diante de preceitos constitucionais, infra constitucionais e instituições capacitadas e fortes acerca da regulação dos direitos e portanto a não intervenção do Juiz, não haveria a possibilidade de enfraquecimento do Estado de Direito, pois haveria se fosse o caso a propositura de ação no caso individual concreto. Ademais, o interesse coletivo e a motivação da Lei Complementar 105/01, ao instituir o procedimento necessário ao acesso às informações bancárias em prol do interesse público, como é o caso do combate à sonegação. A Lei Complementar 105/01 veio para dirimir quaisquer dúvidas sobre possibilidade de o Poder Público ter acesso às informações relativas a movimentações financeiras, sempre que estiver envolvido o interesse público. Nesse sentido, de forma totalmente independente, identifica três agentes autorizados, um em cada esfera de poder. Segundo Locke, a possibi-

lidade de revolução é uma das características de qualquer sociedade civil bem formada. A causa mais provável da revolução seria o abuso do poder pelo próprio governo: quando o governo, por exemplo, ilegitimamente interfere nos interesses de propriedade dos cidadãos, estes têm de se proteger, assegurar direitos fundamentais, podendo negar obediência.

A liberdade na sociedade civil consiste em desfrutar a proteção das leis baseadas na prudência, no consenso, e no consentimento do povo, e não ser subjugados a vontade de outrem. Ser livre visto que cada um determina si mesmo significa entender a liberdade fundamentada na razão aliada ao consenso coletivo dentro dos limites do âmbito político. Essa preocupação visa não violar a justiça que é o preceito que deve permear as ações dos homens, tanto na política, quanto nas relações sociais mais distintas. (Oliveira, 2013).

Levando-se em consideração a teoria de Dworkin acerca da ofensa da Teoria do Direito referente ao acórdão, entendo que moralmente o sigilo bancário foi sendo transformado em obrigação, devendo ser observado não apenas pelos bancos, mas por toda a sociedade, transformando-se em norma jurídica em muitos países. Apesar da norma no inciso X da Lei Maior uma regra fundamental para resguardar o cidadão, entendo que essa privacidade se refere somente à liberdade de ser, de estar e de agir, e ao campo da sua personalidade, agregando informações de interesse unicamente do seu titular ou de um grupo estreito, sendo absolutamente destituída de reflexos ou efeitos sociais, o que, sem dúvida, não ocorre com as informações bancárias, que objetive à propriedade do indivíduo.

Os valores e interesses diversos nas sociedades atuais exige que o ordenamento jurídico não se deixe mover por normas

unilateralmente fixadas ou valores absolutos. A Constituição que assegura o direito à intimidade, considerado pela doutrina e jurisprudência fundamento do sigilo bancário, estabelece ser facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade ao princípio da capacidade econômica do contribuinte, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes, sendo vedado atribuir tratamento desigual àqueles que se encontrem em situação equivalente. O fato de que as instituições financeiras vêm sendo utilizadas com finalidade ilícita, servindo de meio para a realização de crimes como a lavagem de dinheiro e a evasão de divisas, cujo combate tem sido intensificado tanto no Brasil, quanto no cenário mundial. Neste processo, surge a tensão entre o interesse público na obtenção, pela autoridade fiscal, de dados que podem comprovar a realização de ilícitos e proporcionar a concretização dos princípios da isonomia e da capacidade contributiva, e a necessidade de proteção da esfera privada do indivíduo.

A perseguição aos objetivos da República, consistentes na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na garantia do desenvolvimento nacional, na erradicação da pobreza, na redução das desigualdades sociais e regionais e na promoção do bem de todos, insculpidas no artigo 3º da Constituição Federal, o que só é possível com a cobrança de tributos.

Apesar de encontrar fundamento expresso no caput do art. 37 da Carta Magna, há diversos dispositivos constitucionais que o reforçam. Desta forma, o art. 5º, XXXIII assegura o direito a receber dos órgãos públicos informações do interesse próprio do particular ou de interesse coletivo.

O Império do Direito, Dworkin trabalha com a ideia de que qualquer teoria do direito é, antes, uma interpretação acerca

dessa prática social. Como afirma Guest, “a teoria do direito de Dworkin é que a natureza da argumentação jurídica encontra-se na melhor interpretação moral das práticas sociais existentes”²⁴. Dworkin, assim, fundamentado no modelo a ser exposto de interpretação construtiva, afirma que qualquer concepção –inclusive a positivista –acerca do que é o direito inclui, inexoravelmente, um juízo do observador ou, hermeneuticamente falando, aplicação. Isso implica no abandono do dualismo presente nas obras de Hart e Kelsen entre conhecimento (neutralidade) e vontade (subjetividade), ou seja, entre a ciência do direito e a aplicação normativa na prática judicial: (Motta, 2014).

O resguardo da intimidade é indispensável ao amadurecimento da identidade humana, o que não se ousa questionar, mas não há que se falar em segredo ou vida privada em situações que envolvam bens e direitos públicos, e que tais interesses devem ser de conhecimento de todos.

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas

Sendo assim, ao elevar a lei à forma primeira de manifestação da essência do Estado Democrático de Direito, a Constituição permite, em nossa ordem constitucional, a utilização do princípio da legalidade como forma de limitação dos direitos fundamentais.

Em *O Império do Direito*, Dworkin inicia sua abordagem interpretativa acerca do direito a partir de um exemplo de uma comunidade fictícia onde seus membros se pergun-

tam acerca da natureza e do valor de regras de cortesia disseminadas em sua comunidade. Daí, Dworkin conclui a relevância de analisarmos as teorias da interpretação para que seja possível compreender o direito enquanto prática social. Para Dworkin, o próprio direito é um conceito interpretativo. (RAMOS, 2002).

Verificando a questão, perceberemos que a possibilidade de a administração tributária ter acesso a informações bancárias dos contribuintes é até mesmo uma questão de bom senso. Anualmente, todas as pessoas físicas e jurídicas são obrigadas a enviar ao banco de dados da Receita Federal do Brasil informações relativas às operações bancárias realizadas ao longo do ano para efeito de fiscalização relativa ao Imposto de Renda. A fiscalização realizada pelo Fisco há de incluir a acesso ao montante patrimonial e às atividades econômicas dos contribuintes, razão pela qual não há que se suscitar serem ofensivas à vontade do constituinte, que reconheceu serem essas nítidas prerrogativas fazendárias.

O núcleo essencial do direito fundamental é resguardado pelo fato de que, mesmo após ser determinado o acesso à informação, ainda é preservado o seu caráter sigilo. Ao se identificar as movimentações bancárias em seu montante global da pessoa que está sendo investigada é possível verificar, de pronto, a existência de irregularidades, já que a atividade bancária se mostra essencial, no atual estágio econômico, em qualquer atividade lícita ou ilícita. O Estado arrecadará mais tributos principalmente os que são omitidos é importante enfatizar em face dos argumentos apresentados que o Estado só tem a crescer, de forma econômica e satisfatória quando cumprir a eficiência.

é uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos pú-

blicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. O caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judiciosa das decisões tomadas pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será melhor por esta razão. A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos. (MACEDO, 2017).

De acordo com exposto acima, considero que a decisão não ofende a teoria de direitos e nem o Estado submete à intimidade a metas coletivas, pelo contrário tende a otimizar o processo de arrecadação dos recursos obscuros e omitidos e objetiva gerar recursos para fins de políticas públicas. Sendo assim concluo que o direito não fica subordinado as metas coletivas, pois já existem garantias constitucionais acerca de preservação de direitos a intimidade e não fere o direito individual e os objetivos fundamentais e os direitos sociais devem ser observados, nesses parâmetros constitucionais acredito que não há evolução firmada no argumento de subordinação, pois considero que o acórdão busca direito coletivo e não em metas políticas, segundo o autor Dworkin : “Um direito político é um objeti-

vo político individuado. (...) Uma meta é um objetivo político não-individuado, isto é, um estado de coisas cuja especificação não requer a concessão de nenhuma oportunidade particular, nenhum recurso ou liberdade para indivíduos determinados. As metas coletivas estimulam as trocas de benefícios e encargos no seio de uma comunidade, tendo em vista a produção de algum benefício geral para a comunidade como um todo”.

Considerando a teoria do autor perante o acórdão fundamentado em que Edgeworth constata a impossibilidade de se pensar a distribuição igualitária quando se adota a ética utilitarista de Bentham (cada indivíduo conta por um, ninguém por mais de um). Também concorda que a razão prática recomenda a distribuição igualitária das utilidades, não só por interesse próprio (egoísta), mas em proveito de todos (altruísta), tal como estabelecido por Sidgwick. Contudo, ao final, produz um princípio de distribuição fundamentado em distinções culturais de classes sociais e de gênero humano (Edgeworth, 1881, p. 78), o que só nos indica que o cálculo utilitário permanece variável e indeterminado, a não ser que se defenda a supremacia de determinada classe e de determinado gênero humano sobre os demais, seja qual for a característica escolhida.⁹ Ou seja, Edgeworth não encontra um consistente princípio de distribuição dos recursos no utilitarismo, ainda que tenha citado, sem aprofundar, o “meio termo aristotélico” e a “simpatia” como mecanismos neutralizadores das forças do egoísmo ao longo da curva de contrato (Edgeworth, 1881, p. 80). No entanto, embora reconhecido o obrigatório ajuste entre os contratantes, permanece incerto o critério de justiça distributiva. Em decorrência, Edgeworth deixa de assentar racionalmente esse princípio, mantendo a variabilidade da ideia de distribuição de recursos capazes de gerar a maior felicidade para o maior número de pessoas. Ao final, fica apenas a indicação geral de que a competição requer o suplemento da arbitragem, e que a base da arbitragem, entre os

contratantes auto interessados, é a máxima possibilidade da soma total da utilidade, o que seria resolvido no âmbito do Utilitarian Calculus (Edgeworth, 1881, p. 55-56), suposta certa diferença de capacidade para felicidade e para prazer, nos limites de uma dada classe social ou gênero. (Newman, 1990).

Com isso em mente, recorreremos a algumas descrições gráficas e ferramentas típicas da economia matemática, tais como curvas de indiferença e a conhecida Caixa de Edgeworth, na esperança de que possamos explicar, adequadamente, a maneira pela qual o contrabalanceamento, esquadrinhando as possibilidades jurídicas do caso concreto, consegue granjear resultados ótimos. A primeira refere-se à existência do que ele convencionou chamar de “fronteira de satisfação”, que, quando violada, ensejaria o Poder Judiciário a tomar medidas interventivas para restabelecer a equidade das relações jurídicas sub judice, podendo, então, atuar como força contra majoritária, revisando políticas públicas. Enquanto a segunda concerne à percepção de que medidas estatais – judiciais, legislativas ou administrativas – resultantes de sopesamentos¹⁵ não precisam necessariamente engendrar uma alocação eficiente no sentido de Pareto, mas pelo menos uma alocação o mais próximo possível disso. Em outras palavras, resultados logrados por meio de contrabalancear e que estejam situados dentro da fronteira de satisfação são considerados ótimos e, por isso, não dariam motivo a uma intervenção judicial. (Newman, 1990).

Esta premissa, por sua vez, enfraquece a ideia de Dworkin de que a atividade interpretativa genuína conduz a uma única resposta correta,¹⁶ suposição que até hoje dá margens a intervenções descabidas do Judiciário tanto no domínio político como econômico.

A lei complementar n.105/2001 tornou acessível a disponibilização do sigilo bancário, e disposição de sua aplicabilidade

e permiti a restrição da inviolabilidade. A decisão do Supremo Tribunal Federal demonstrou o fortalecimento do poder de fiscalização da Fazenda sem reserva jurisdicional. Considero a sonegação fiscal através do sigilo bancário a ineficiência da capacidade contributiva e práticas de corrupção inibindo a arrecadação. Essa demonstração reflete em crimes fiscais que são explícitos em dados estatísticos mensurados por órgãos competentes acerca de práticas ilícitas.

As regras morais que proíbem aos homens prejudicarem-se uns aos outros (e nas quais nunca devemos deixar de incluir a interferência injusta na liberdade de um outro) são mais vitais para o bem-estar humano do que quaisquer outras máximas que, por mais importantes que sejam, apenas indicam a melhor maneira de administrar determinado setor dos assuntos humanos. (Simões, 2013).

Consequentemente reflexos do exposto acima em falta de implementação de políticas públicas, aspectos valorativos em justiça social, interesse público e moralidade do estado em detrimento a inviolabilidade do indivíduo, aplicar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, presente na necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Esse princípio é o de que a autoproteção constitui a única finalidade pela qual se garante à humanidade, individual ou coletivamente, interferir na liberdade de ação de qualquer um. O único propósito de se exercer legitimamente o poder sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é evitar danos aos demais. Seu próprio bem, físico ou moral, não é garantia suficiente. (Simões, 2013).

Em face de considero que o sigilo dos dados bancários pode ser ratificado no sentido de adequação e é instrumento fundamental como dispositivo de fiscalização e arrecadação do Poder Público acerca da necessidade de permitir e fortalecer a capacidade de contribuição e tributação e a efetivação dos direitos fundamentais no que diz respeito ao bem estar social, consequência do progresso na teoria do utilitarismo. Pois o que se exige do julgador não é esta última, porque seria impossível seu cumprimento, mas sim a primeira. Pelo fato de que o direito ao sigilo bancário não está presente de forma expressa na CF/88, seu *status* constitucional depende necessariamente de interpretação. Então, conclui-se que o sigilo bancário não absoluto, como nada no ordenamento jurídico é, podendo ser relativizado, mediante determinação do Poder Judiciário, o qual deverá se valer do princípio da proporcionalidade para solucionar o caso.

Sustentar um princípio bastante simples, capaz de governar absolutamente as relações da sociedade com o indivíduo no que diz respeito à compulsão e ao controle, quer os meios empregados sejam os da força física sob a forma de penalidades legais, quer a coerção moral da opinião pública.

(Simões, 2013).

É oportuno declarar que renuncio a qualquer vantagem que se pudesse obter da ideia de direito abstrato como independente da utilidade. Considero a utilidade como a solução última de todas as questões éticas, devendo-se empregá-la, porém, em seu sentido amplo, a saber, a utilidade fundamentada nos interesses permanentes do homem como um ser de progresso.(Simões, 2013).

Mill, por sua vez, aprimorou a teoria do amigo. Ele adicionou ao utilitarismo a noção de qualidade. A partir de Mill, o

utilitarismo passou a ser visto como uma doutrina que visa ao maior benefício ao maior número de pessoas possível e, quando necessário, o menor sofrimento possível. Para ele, a qualidade dos tipos de prazer e dor deve ser levada também em consideração. Isso opera uma mudança no cálculo utilitário. O autor discorre sobre o Cálculo utilitário: o agente moral deve visar, como finalidade, a uma ação moral que beneficie o maior número de pessoas da melhor maneira e, caso seja necessário prejudicar alguém em detrimento da maioria, que os prejuízos sejam os menores possíveis. De acordo com o autor a decisão atende a teoria Utilitarista. A forma clara e precisa, demonstra que a intervenção ao sigilo bancário pode representar a invasão da intimidade e da vida privada. Em razão disso, o sigilo bancário deve ser compreendido como consequência dos direitos à intimidade e à privacidade, contidos no inciso X, do Artigo 5º, da CF/88. Além disso, os dados pessoais são igualmente protegidos pelo texto constitucional, conforme se verifica no inciso XII, do mesmo artigo 5º: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial [...]”. Desse modo, o Estado, estando comprometido com os ditames constitucionais, deve efetivar a proteção ao sigilo bancário e impedir qualquer arbitrária intromissão na vida privada do cidadão. Contudo, com a edição das Leis Complementares 104 e 105 de 2001, instituídas com o objetivo de regulamentar o sigilo bancário e fiscal dos contribuintes, tal qual a antiga Lei 4.595/64, podemos observar o Estado brasileiro cada vez mais preocupado com a arrecadação de valores e, de forma reflexa, pouco preocupado com a tutela de direitos e garantias individuais.

[O Estado] tem a obrigação moral de fazer isso em virtude do princípio da compensação, que exige que os que

agem em causa própria para proteger, a fim de aumentar a própria segurança, compensem aqueles aos quais profíbem de praticar ações perigosas que possam, na verdade, mostrar-se inócuas em razão das desvantagens elas causadas. (Balera,2015).

Os direitos ocupam uma posição fundamental na teoria de Nozick e eles devem ser entendidos como restrições morais indiretas, e não como objetivos a serem alcançados. Tratar os direitos como objetivos significa dizer que eles podem ser sacrificados se for julgado que há outros objetivos mais importantes. Tratar os direitos como restrições morais, por outro lado, significa restringir a forma com que os objetivos humanos podem ser alcançados, de modo que essas não devem de forma alguma violar tais direitos. Para Nozick, teorias morais pautadas puramente por objetivos (e que não incluem restrições morais) são problemáticas por não respeitar a inviolabilidade das pessoas. É da própria natureza dessas teorias que haverá casos em que elas requererão que nós sacrifiquemos os direitos individuais para alcançar outros objetivos.

(Jones et al., 2011).

[...] não existe nenhuma entidade social com um bem que passe por algum sacrifício para seu próprio bem. Só existem indivíduos, indivíduos diferentes, com suas próprias vidas individuais. Usar uma dessas pessoas para beneficiar as outras significa usá-las em benefício das demais.

Concluo e como escreve Nozick , os indivíduos têm direitos e há coisas que nenhuma pessoa ou grupo lhes pode fazer sem violar seus direitos .Estes direitos são de tal maneira fortes e de grande alcance que levantam a questão do que o estado e os seus

mandatários podem fazer, se é que podem fazer alguma coisa. Diante da teoria do autor posso afirmar que não é justo o Estado obrigar o indivíduo a contribuir com a melhoria de vida de outras pessoas e também não é justo o Estado invadir a privacidade das pessoas e constranger a pagar tributos.

Referências

- Balera, J. E. R. (2015). Robert Nozick e sua teoria política: seria uma abordagem razoável para a sociedade contemporânea?. *Griot: Revista de Filosofia*, 12(2), 101-121.
- Fernandes, D. A. (2012). Locke e a tensão entre governo e sociedade civil. *Revista Inquietude*, 3(2), 12-31.
- Jones, D. A., Farkas, J. L., Bernstein, O., Davis, C. E., Turk, A., Turnquist, M. A., ... & Sawaya, W. (2011). US import/export container flow modeling and disruption analysis. *Research in Transportation Economics*, 32(1), 3-14.
- Kritsch, R. (2010). Liberdade, propriedade, Estado e governo: elementos da teoria política de John Locke no 'Segundo Tratado sobre o Governo'. *Revista Espaço Acadêmico*, 10(115), 73-85
- MACEDO JR, R. P. (2017). *Do xadrez à cortesia-Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Editora Saraiva.
- Motta, F. J. B. (2014). Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática.
- Newman, P. (1990). Francis Ysidro Edgeworth. In *Utility and Probability* (pp. 38-69). Palgrave Macmillan, London.

Oliveira, J. C. (2013). O indivíduo e o estado: o problema da liberdade em John Locke e Stuart Mill. *Revista Helius*, 1(1).

RAMOS, A. D. C. (2002). Uma teoria da justiça.

Simões, M. C. (2013). John Stuart Mill: utilitarismo e liberalismo. *Veritas (Porto Alegre)*, 58(1), 174–189.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS NA AMÉRICA LATINA

Pablo Eduardo Ortiz

Lucas Gonçalves dos Santos

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo fazer uma abordagem histórica acerca do protagonismo da América Latina em matéria de direitos fundamentais, com ênfase no surgimento e consolidação de direitos trabalhistas no continente. Além de discorrermos acerca do contexto de seu surgimento, será apresentado também um estudo comparativo apresentando a evolução da matéria em diferentes constituições de países latino-americanos ao longo do século XX.

Através de uma fundamentação lógico-argumentativa, baseada em visões de autores especialistas em matéria constitucional de seus respectivos países, o presente estudo também busca propiciar novos enfoques sobre a história do constitucionalismo latino-americano, elucidando qual foi o papel das organizações internacionais neste processo, como deu-se a constitucionaliza-

ção de direitos trabalhistas, bem como suas rupturas e desafios para consolidação.

2. O PROTAGONISMO DA AMÉRICA LATINA EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1. A gênese mexicana do direito do trabalho constitucionalizado

É de conhecimento comum que a América Latina foi adiantada em matéria de constitucionalismo social. A Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos da data de 5 de fevereiro de 1917, conhecida como Constituição de Querétaro, foi durante um século, referência mundial em matéria de elevação dos direitos laborais ao máximo nível dos Estados. Os famosos artigos 5º e 123º, com seus trinta parágrafos, são uma autêntica declaração de princípios e um Código Constitucional do Trabalho individual e coletivo com alta intensidade e clareza protetiva.

O artigo 5º irrompe no mundo de direitos fundamentais consagrando como garantia constitucional individual ao afirmar que “ninguém poderá ser obrigado a prestar serviços pessoais sem justa retribuição e sem seu pleno consentimento”, e o “contrato de trabalho somente obrigará a prestar o serviço acordado pelo tempo fixado pela lei” (UNAM, 2009). Logo, o título sexto, dedicado especialmente ao trabalho e à seguridade social, estabelece: duração da jornada máxima de oito horas e sete para a noturna; proibição do trabalho insalubre e perigoso para mulheres e crianças; proibição do trabalho infantil a menores de doze anos; descanso semanal, proteção da maternidade, salário mínimo; trabalho igualitário; “Para o trabalho nas mesmas funções deve corresponder salário igual, sem ter em conta sexo nem nacionalidade”; as horas extras serão retribuídas em 100%; higiene

e segurança no trabalho; responsabilidade patronal pelas enfermidades e acidentes de trabalho; “As folgas serão lícitas quando tenham como objeto conseguir o equilíbrio entre os diversos fatores da produção, harmonizando os direitos do trabalho com os do capital”, liberdade de associação para patrões e obreiros; “As leis reconhecerão como um direito dos obreiros e dos patrões as folgas e as greves”; proteção contra a discriminação sindical; “Serão condições nulas e não obrigarão aos contratantes, ainda que figurem no contrato”, detalhando uma série de direitos, e “todas as estipulações que impliquem algum direito consagrado a favor do obreiro nas leis de proteção e auxílio aos trabalhadores”, etc.

É oportuno lembrar o que dizia um dos mais influentes entre os constituintes mexicanos, o Pastor Rouaix, a respeito daqueles artigos:

Tal foi a obra que realizamos. Como se vê, ficaram condensados todos os temas que haviam sido expostos nas discussões anteriores e todos os demais preceitos que consideramos indispensáveis para que ficassem devidamente estabelecidas as bases que deveriam normatizar a legislação do futuro, em matéria tão importante, com a qual teve nossa Pátria a honra de haver sido a primeiro no mundo que colocou em sua Constituição Política as garantias e os direitos do proletariado trabalhados, que por séculos havia pugnado por consolidar-se num plano de igualdade perante o capitalismo imperialista, predominante nos governos de todos os países. (ROUAIX, 1987, p.204).

Reinterpretado por Mario de la Cueva, o ato liminar de Querétaro significou uma retribuição de justiça na vida social e nas relações de trabalho para os revolucionários mexicanos em sua dignidade humana:

No curso da nossa história foi se aperfeiçoando uma ideia: primeiramente, a exigência da independência frente a um povo, admirável por muitos conceitos, porém longe e carente de sentido e do espírito da liberdade que brota da terra, da selva, da planície e dos rios de nossa América; depois, a liberdade do indivíduo perante o Estado e a supremacia da nação frente a Igreja, finalmente, a dignidade do homem e sua transformação do indivíduo em pessoa. (CUEVA, 1961).

Nos dizeres de outro constituinte, Alfonso Cravioto, a Constituição mexicana teve um alcance ainda maior em matéria de direitos humanos, equiparando-se, a nível constitucional, com a Declaração dos Direitos do Homem e da constituição francesa, ou seja, um ato fundacional em matéria de declarações de direitos laborais ao máximo nível normativo possível. De fato, de acordo com Sergio García Ramírez (2002, p. 85), a lei fundamental do México se adiantou um passo em matéria de direitos humanos: “Não somente impõe deveres aos estados em matéria de direitos humanos de segunda geração, senão que fixa deveres particulares a favor de outros: aqueles, os empregadores, estes, os trabalhadores. Há aqui uma concepção diferente dos direitos que consagra uma constituição”.

O exemplo mexicano foi seguido de perto por vários países da área. A Constituição Política da República do Chile de 18 de setembro de 1925 decidiu se juntar ao nascimento do constitucionalismo laboral, incluindo a proteção do trabalho e a previsão social (artigo 15). Poderia se dizer que aparecia aqui o princípio protetivo em seu básico, porém essencial enunciado. O direito do trabalho ingressaria logo nas Constituições do Peru de 1933, Uruguai em 1934, Colômbia e Venezuela em 1936, Bolívia em 1938, Nicarágua e El Salvador em 1939,

Cuba em 1940, Guatemala e Equador em 1946 e Argentina em 1949.

3. GERAÇÃO NORMATIVA TRABALHISTA SUPRANACIONAL EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS

3.1. Querétaro, Versalhes E Weimar

Não há dúvidas de que a constituição da Organização Internacional do Trabalho foi um ato fundamentalmente europeu, e que a certidão de nascimento foi o Tratado de Paz subscrito na data de 28 de junho de 1919, a partir da conclusão da Primeira Guerra Mundial. A simultaneidade de sua criação no que diz respeito à aprovação das constituições mexicana e alemã, inspira óbvias conexões. É que, conforme destaca Alberto Trueba Urbina (1987, p. 941), a Constituição do México de 1917 teve reflexos no Tratado de Versalhes e logrou se internacionalizar desde 1919. Logo ao compararmos o artigo 427 do Tratado de Paz de Versalhes, pelo qual se criou a OIT, remarca o papel do líder sindicalista Samuel Gompers, quem participou da conferência de paz:

A coincidência da semelhança entre os princípios da nossa Constituição de 1917 e a parte XIII do Tratado de Versalhes, se explica pelo fato de que Gompers teve um papel primordial como Presidente da Comissão de Legislação Internacional do Trabalho, Comissão formada por representantes dos Estados Unidos, Inglaterra, França, Itália e outros sete países. (TRUEBA URBINA, 1987, p. 938).

Ademais, Alberto Trueba Urbina (1987, p. 938) complementa: “Estes princípios, objetivamente, constituem um extrato

do artigo 123 da Constituição Mexicana que conhecia perfeitamente bem o distinto líder estadunidense Samuel Gompers, por suas estreitas relações com líderes mexicanos”. Concluiu o doutrinador mexicano: “Nosso artigo 123 iluminou com a luz social de um povo jovem, fortalecido em sangrenta revolução, a Galeria dos Espelhos no Palácio de Versalhes, para tomar lugar nas entranhas do direito internacional de um mundo novo”. (TRUEBA URBINA, 1987, p. 943).

Por outro lado, a Constituição de Weimar, aprovada meses depois do Tratado de Versalhes contém uma prescrição internacionalista que não pode deixar de se relacionar com o movimento de normas impulsionado pela OIT durante um século: “O Império lutará para obter uma regulamentação internacional das relações jurídicas dos trabalhadores, com objetivo de assegurar a toda classe obreira da humanidade, um mínimo geral dos direitos sociais” (BRUNET, 1921).

O longo processo de supra-normativização do direito do trabalho encontrou aqui suas bases fundamentais: nas constituições nacionais e na constituição do maior órgão de geração de direito laboral mundial, a OIT.

3.2. América, cofundadora das declarações sobre direitos humanos trabalhistas

O segundo papel especial da América se encontra no plano das normas internacionais. É o momento fundacional do movimento de positivação de direitos humanos da segunda pós-guerra. A Carta Internacional Americana de Garantias Sociais adotada pela IX Conferência Interamericana do Rio de Janeiro de 1948 integra o plexo de normas supranacionais americanas sobre direitos humanos, e por sua riqueza se constituiu em um autêntico *Código Internacional do Trabalho*. Parte da enunciação de prin-

cípios contundente: “A presente Carta de Garantias Sociais possui como objeto declarar os princípios fundamentais que devem amparar os trabalhadores de toda classe e constitui o mínimo de direitos dos quais eles devem gozar nos Estados Americanos, sem prejuízo de que as leis de cada um possam ampliar esses direitos ou reconhecer outros mais favoráveis” (DIPUBLICO, 2011). Segue o desenvolvimento, mediante 39 artigos, das instituições essenciais de contrato individual, coletivo e processual judicial e administrativo do trabalho e da seguridade social continental. É um programa continental, já que, apesar de não mostrar a projeção mais potente de outros instrumentos regionais, significa uma plataforma de ação de notável consistência.

A Carta de Garantias Sociais foi acompanhada pelas disposições laborais da Carta da Organização dos Estados Americanos (artigo 45) e da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (XIV e XXII). Esta trilogia de instrumentos significou a consagração em normas gerais de direitos humanos, a incorporação do direito do trabalho.

Este tipo de normas gerais sobre direitos humanos laborais somente estiveram precedidas pela Declaração da Filadélfia da Organização Internacional do Trabalho de 1943 e se consolidaram a partir da Declaração Universal de Direitos do Homem (DUDH), da data de 10 de dezembro de 1948 (artigos 23 e 24) e a posterior Carta de Direitos Humanos das Nações Unidas. A DUDH reconhece explicitamente como antecedente à Declaração Americana de Direito e Deveres do Homem. Porém é evidente seu papel protagonista na matéria.

3.3. Rupturas: a onda de reformas pós-ditatoriais

De forma contrastante com a longa marcha do constitucionalismo laboral, o século XX foi para a América Latina um

autêntico “Século de Ouro”. Um século de ouro de ditaduras militares e de interrupções na vida democrática como assinala Eric Hobsbawm (2012, p. 145), com o agregado de fortes convulsões sociais internas. Quase todos os países latino-americanos sofreram interrupções em seus processos constitucionais. Essas interrupções implicaram no desconhecimento da Constituição de cada país. Consequentemente, o que se lê nos textos constitucionais apareceu muitas vezes desconhecido na realidade. Não casualmente, esses governos se caracterizaram por se afastar dos direitos e garantias constitucionais e do respeito dos direitos humanos em geral.

Esse fenômeno de disrupção institucional latino-americana declinou até finais dos anos oitenta, coincidindo com uma nova onda de reformas constitucionais. Desde este ponto de inflexão histórico, se modificaram total ou parcialmente de maneira relevante as constituições de pelo menos três quartos da América Latina.

4. MARCOS PARTICULARES DAS CONSTITUIÇÕES NACIONAIS

No espectro em análise, isto é, Constituições latino-americanas em geral, o processo apresenta uma grande diversidade de expressões. Portanto, deverá ter-se em conta, quando se referenciam normas e instituições constitucionais, o próprio saber jurídico de cada fonte nacional em particular. Somente de modo sucinto deverá se reparar nos seguintes aspectos nucleares das leis fundamentais.

4.1. Os sistemas de reformas constitucionais

As reformas constitucionais estão condicionadas pela decisão constituinte original no sentido de que existem países que ado-

tam um sistema de normas fundamentais semi-rígidas, rígidas ou pétreas, por um lado, e de índole flexível, por outro. O primeiro grupo possui, como é óbvio, um ritmo mais lento de adaptação às mudanças desde suas matrizes do século XIX, e isto incide na incorporação a suas disposições do “novo direito”, isto é, o direito do trabalho, surgido no século XX.

4.2. O controle de constitucionalidade e convencionalidade

Sabe-se que existem controle de constitucionalidade concentrados, mistos, e difusos com, por sua vez, uma diversidade de variantes. Se adiciona, ademais, o controle de convencionalidade, exercido igualmente pelos tribunais nacionais, porém também os internacionais, como é o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos no âmbito de sua competência. A existência de controles de constitucionalidade concentrados por parte de órgãos especializados existentes em países como Uruguai, Bolívia ou Chile, ou mistos como na Colômbia, Peru ou Brasil, definem a vigência de normas internas frente ao plexo constitucional, outorgando uma maior certeza sobre a aplicação de normas.

4.3. Controle de Efetividade de direitos Fundamentais

Não resulta suficiente a proclamação de direitos e garantias. É necessário gerar e permitir o acesso às ações que façam efetivo o direito. A ameaça ou a violação de direitos essenciais deve permitir o acesso a procedimentos, não somente de controle, senão de executividade dos direitos sociais, mediante o acesso direto aos tribunais, sejam constitucionais, supremo ou habilitado para

esse controle, com a finalidade de procurar uma ação preventiva, o restabelecimento do direito e/ou uma reparação.

A existência de uma jurisdição ou um procedimento especial expeditivos mostra uma grande variedade de meios, como são as preventivas de dano, as ações de amparo, individuais ou coletivas, as ações especiais para os casos de: tutela laboral de direitos fundamentais constitucionais; defensorias públicas; as ações de *habeas corpus* ou *habeas data*; acesso à informação ou às instituições e organizações defensoras em matéria de direitos humanos.

4.4. A integração jurídica supranacional

As normas fundamentais e por sua vez os tribunais, adotam diversos graus de intensidade na adoção de normas internacionais. Partindo da base de que existe uma crise do “monismo”, pelo alto grau de aceitação da operatividade direta das normas internacionais, dois fenômenos se notam nesse sentido.

O primeiro é o aprofundamento dos processos de incorporação cada vez mais fluido de normas de direitos fundamentais a nível da Organização Internacional do Trabalho, Nações Unidas e da Organização dos Estados Americanos, além dos processos de integração ou de livre comércio, como ALALC, ALADI, SELA, UNASUL, CELAC, Mercosul, Acordo Transpacífico. Estes se constituem num importante fator de condicionamento ou de vigência plena do sistema constitucional de cada país e de integração normativa.

O segundo processo é a aplicação cada vez mais frequente de normas na jurisprudência geral dos países latino-americanos. Hoje é frequente a aplicação de normas e jurisprudência internacional (em particular da CIDH) para anular, modificar, completar ou interpretar uma lei interna, o que não era tão notório há um quarto de século. O desenho constitucional de cada país possui uma importância transcendental na matéria.

4.5. A cultura jurídica nacional

A enumeração anterior, que não esgota o estoque de variantes que condicionam a comparação de normas constitucionais, indica que a análise aqui buscada possui uma natureza forte e necessariamente condicionada. Do que não se pode escapar é que resulta imprescindível conhecer a “cultura jurídica” completa de cada país e região, a somatória de saberes, normas, jurisprudência, doutrina, etc. Atuando de acordo com cada ciclo ou momento histórico.

5. AS LINHAS CONSTITUCIONAIS EM MATÉRIA DE DIREITOS SUPRANACIONAL DO TRABALHO

Não obstante as prevenções do ponto anterior, é possível traçar linhas de coincidências e divergências nos textos e certos contextos constitucionais para contribuir à integração de ideias e normas comuns. Um dado substancial para adentrar na análise da recepção constitucional de normas do direito do trabalho contidas em normas supranacionais é a modalidade adotada nos países latino-americanos, para reparar logo no impacto que implica no direito do trabalho interno. O exame sintetiza as variantes deste diálogo de fontes.

5.1. Incorporação ao direito interno

A adoção de normas supranacionais sobre direitos humanos em geral e direitos humanos laborais, e tratados específicos sobre direito do trabalho requer a ratificação pelos Estados. A legislação ratificatória, seja constitucional ou legal, seria suficiente para sua incorporação ao direito interno.

Na Constituição do Uruguai não se encontra uma menção especial sobre tal incorporação. Seu artigo 72 estabelece: “A enumeração de direitos, deveres e garantias feita pela Constituição,

não exclui os outros que são inerentes à personalidade humana ou que derivam da forma republicana de governo” (URUGUAY, 2004). Ainda que com modelos diversos, o Paraguai incorpora uma disposição similar em seu artigo 45: “Os enunciados dos direitos e garantias contidos nestas Constituição não se deve entender como negação de outros que, sendo inerente à personalidade humana, não figurem expressamente nela. A falta da lei regulamentária não poderá ser invocada para negar nem para retirar algum direito ou garantia”; o mesmo na Colômbia (1991, artigo 94): “A enunciação dos direitos e garantias contidos na Constituição e nos convênios internacionais vigentes, não se deve entender como negação dos outros que, sendo inerentes à pessoa humana, não figurem expressamente neles”.

São cláusulas abertas à interpretação jurisprudencial, de tal forma que significa terem textura permeável dos textos constitucionais pelo direito internacional dos direitos humanos. Isto leva a pensar que os direitos fundamentais proclamados em pactos, declarações e outros instrumentos internacionais de direitos humanos são constitucionais *ab initio*.

De acordo com Ermida Uriarte (2006) e Héctor-Hugo Barbagelata (2002). Os tratados sobre direitos humanos “nascem constitucionais”, e não há nenhuma operação de incorporação ao direito interno (nem ratificação, nem adoção, nem tradução do ordenamento jurídico internacional ao nacional), o que confronta a ratificação, adoção, incorporação e enfrenta toda a discussão sobre as relações entre ordem jurídica internacional e ordem jurídica interna, sobre monismo e dualismo.

5.2. Com prevalência sobre a lei interna

É importante assinalar que em alguns sistemas a Constituição outorga força de lei aos tratados internacionais, como no caso do

Peru (1993, artigo 5º): “Tratados. Os tratados celebrados pelo Estado e em vigor formam parte do direito nacional”, ou nível superior às leis, como na Constituição Política da Costa Rica (1949, artigo 7º): “Os tratados públicos, os convênios internacionais e os acordos, devidamente aprovados pela Assembleia Legislativa, terão desde sua promulgação ou desde o dia que seja designado por estes, autoridade superior ao das leis”. A Constituição Nacional da Argentina (1994, artigo 75, inciso 22), prescreve: “Os tratados e acordos possuem hierarquia superior às leis”, ainda que outorgue outro nível constitucional aos tratados de direitos humanos.

Em caso de conflito, se outorga a um tratado internacional prevalência sobre a lei nacional na Constituição de El Salvador (1983, artigo 144): “A lei não poderá modificar ou revogar o acordado em um tratado vigente para El Salvador. No caso de conflito entre o tratado e a Lei, prevalecerá o tratado.”

O Haiti (1987, artigo 276) expressa da seguinte forma na sua carta magna: “A Assembleia Nacional não poderá ratificar todo tratado internacional, convenção ou acordo que contenha cláusulas contrárias à presente Constituição”, no entanto “uma vez que os tratados ou acordos internacionais forem aprovados e ratificados na forma prevista pela Constituição, se convertem em parte da legislação do país e revogam qualquer lei que se oponha a eles”.

5.3. Nível jurídico igual ou superior ao das normas constitucionais

Um grupo importante de países latino-americanos referem aos convênios e tratados internacionais sobre direitos humanos lhes outorgando nível jurídico constitucional ou lhe dão característica superior ao da própria Constituição. O efeito desenvol-

vido no tempo, porém inegável, é a transformação do sistema de fontes jurídicas, ao sujeitar o direito interno, a seu máximo nível, ao estabelecido em normas supranacionais. Esta complexificação do direito interno obriga os operadores jurídicos, se forem levadas as Constituições a sério, a manusear uma multiplicidade no direito positivo de natureza diversa, como tratados, declarações, protocolos, convênios, etc. São os casos das seguintes Constituições: Argentina (1994, artigo 75, inciso 22), Estado Plurinacional da Bolívia (2008, artigo 256), Brasil (1988, artigo 5º), República Dominicana (2010, artigo 74), Equador (2008, artigo 424), República Bolivariana da Venezuela (1999, artigo 23) e México (2011, artigo 1º).

A referência aos tratados sobre direitos humanos em geral, salvo no caso da Argentina, é taxativa a respeito de treze instrumentos.¹ A Constituição da Bolívia (artigo 256) explicita que estas normas, uma vez ratificadas, “que declarem direitos mais favoráveis aos contidos na Constituição, se aplicarão de maneira preferencial sobre esta”. O caso do México (2011, artigo 1º) contém uma prevenção acerca desta ordem de prioridade no direito interno: “Nos Estados Unidos Mexicanos todas as pessoas gozarão dos direitos humanos reconhecidos nesta constituição e nos tratados internacionais dos quais o Estado Mexicano seja parte,

1 A Declaração Americana dos Direitos e Deveros do Homem; a Declaração Universal dos Direitos Humanos; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos; o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e seu Protocolo Facultativo; a Convenção sobre a Prevenção e a Sanção do Delito de Genocídio; a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; a Convenção contra a Tortura e outros Tratos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes; a Convenção sobre os Direitos da Criança. Foram adicionadas por aprovação posterior as convenções Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas; sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e do Crimes de Lesa Humanidade e sobre os Direitos das Pessoas com Incapacidade.

assim como das garantias para sua proteção, cujo exercício não poderá restringir-se nem suspender-se salvo nos casos e sob as condições que esta Constituição estabelece”. Esta última cláusula gerou mais de uma interpretação, porém possui uma evidente e operativa força normativa interna, que veio a modificar, em certa forma, a cultura interna completa do país.

A Constituição paraguaia (1992, artigo 137) contém uma disposição parecida: “A lei suprema é a constituição. Esta, os tratados, convênios e acordos internacionais aprovados e ratificados, as leis ditadas pelo Congresso e outras disposições jurídicas de hierarquia inferior, sancionadas em sua consequência, integram o direito positivo nacional na ordem de prioridade estabelecida.” Também a Constituição Política da República do Chile (artigo 5º, inciso 2º), quando dispõe: “O exercício da soberania reconhece como limite o respeito aos direitos essenciais que emanam da natureza humana. É dever dos órgãos do Estado respeitar e promover tais direitos, garantidos por esta Constituição, assim como pelos tratados internacionais ratificados pelo Chile e que se encontrem vigentes”. No caso da Constituição colombiana (1991, artigo 93), se indica: “Os tratados e convênios internacionais ratificados pelo Congresso, que reconhecem os direitos humanos e que proíbem sua limitação nos estados de exceção, prevalecem na ordem interna”.

5.4. Regulamentação de pautas de interpretação e aplicação

Em algumas constituições se avança sobre as condições de aplicação do direitos supranacionais, e isto enriquece e ao mesmo tempo condiciona sua vigência no direito interno, especialmente no momento de sua aplicação pelos tribunais. Na realidade, o intérprete não somente deve se ater aos cânones clássicos do direito

interno, serão efetuar uma integração de normas. A constituição da Colômbia, no artigo 93, adiciona: “os direitos e deveres consagrados nesta Carta, se interpretarão em conformidade com os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pela Colômbia”.

A Constituição Nacional da Argentina (1994, artigo 75, inciso 22) estabelece que os tratados de direitos humanos enunciados em seu texto e os ratificados posteriormente por maiorias parlamentares qualificadas, “nas condições de sua vigência, possuem hierarquia constitucional, não revogam qualquer artigo da primeira parte desta Constituição e devem entender-se como complementares dos direitos e garantias por ela reconhecidos”. A primeira parte do enunciado trouxe consigo que a partir de 2004 a Corte Suprema invoque fluidamente as resoluções dos órgãos de controle das Nações Unidas, da OIT e do sistema interamericano de direitos humanos.

A Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia, no artigo 25, por sua vez, condiciona tal interpretação de acordo com a norma mais favorável aos próprios direitos humanos: “II. Os direitos reconhecidos na Constituição serão interpretados de acordo com os tratados internacionais de direitos humanos quando estes prevejam normas mais favoráveis”. Também a constituição equatoriana (Artigo 417) contém instruções sobre a aplicação de normas internacionais: “No caso dos tratados e outros instrumentos internacionais de direitos humanos, se aplicarão os princípios *pro ser humano*, de não restrição de direitos, de aplicabilidade direta e de cláusula aberta, estabelecidos na Constituição”.

Finalmente, a Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos obriga à interpretação muito completa:

As normas relativas aos direitos humanos se interpretarão em conformidade com esta Constituição e com os

tratados internacionais da matéria favorecendo em todo tempo à pessoas a proteção mais ampla. Todas as autoridades, no âmbito de suas competências, possuem a obrigação de promover, respeitar, proteger e garantir os direitos humanos, conforme os princípios de universalidade, interdependência, indivisibilidade e progressividade. Em consequência, o Estado deverá prevenir, investigar, sancionar e reparar as violações aos direitos humanos, nos termos que estabeleça a lei. (UNAM, 2009)

7. NÍVEL DE INTEGRAÇÃO DAS NORMAS SUPRANACIONAIS

A região latino-americana registra um alto nível de adesão à tratados de direitos humanos de Nações Unidas e do sistema interamericano de direitos humanos, sem prejuízo de outros instrumentos regionais, como é o caso da Declaração Sociolaboral do Mercosul, renovada em 2015, e dos convênios da Organização Internacional do Trabalho.

No primeiro âmbito mundial, todos os países latino-americanos (exceto Cuba) ratificaram o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ainda que somente cinco países (Argentina, Bolívia, Costa Rica, El Salvador e Uruguai) tenham ratificado seu protocolo facultativo, o que implica submeter-se ao órgão e aos sistemas de controle.

No continente americano, todos os países ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos, com exceção da Venezuela, que a denunciou em 2012, e o Protocolo Adicional em matéria de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, com exceção do Chile, República Dominicana, Haiti e Venezuela. Se submeteram à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos todos os países latino-americanos, com exceção de Cuba

e Venezuela. Este último significou uma importante doutrina jurisprudencial e a obrigação dos Estados e seus juízes, de efetuar o controle de convencionalidade, incluindo as falhas da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Por outro lado, um grupo de países, com exceção do México e Brasil, possuem ratificados a totalidade dos convênios fundamentais da OIT. Inclusive, apresenta um alto grau de ratificações de convênios, em particular os relativos à liberdade sindical. Todos os países, com exceção do Brasil, possuem ratificado o Convênio 87; o Convênio 98, por todos os países, com exceção do México; o Convênio 151 sobre sindicalização na administração pública, por todos os países, com exceção do México e Panamá; o Convênio 154, por todos os países, salvo México, Panamá e Chile. Também o Convênio 135 sobre representantes dos trabalhadores na empresa foi ratificado pela maioria desses países, com exceção do Panamá.

O nível de ratificações de convênios da OIT apresenta uma alta média geral, 50 por país, de acordo com este detalhe: Argentina 60; Bolívia, 47; Brasil 80; Chile, 52; Colômbia, 55; Costa Rica, 49; Cuba, 74; El Salvador, 30; Equador, 56; Guatemala, 68; Haiti, 24; Honduras, 25; México, 68; Nicarágua, 50; Panamá, 58; Paraguai, 35; Peru, 66; República Dominicana, 33; Uruguai, 80; e Venezuela 50.

8. IMPACTO NO DIREITO NACIONAL

Por fim, parece como aceita na região latino-americana este reconhecimento de um plexo jurídico de direitos humanos, consagrado na ordem supranacional, tanto geral, para todos os seres humanos, como delimitados dentro das relações de trabalho. É necessário lembrar que os direitos humanos laborais são os atinentes à simples condição humana ou de pessoa, e que se expressam no âmbito do trabalho dependente, o que implica o

desenvolvimento específico e integrado dos direitos fundamentais no âmbito das relações individuais e coletivas de trabalho, um campo no qual é possível e necessária a ideia de direitos humanos.

Neste ponto convergem os direitos fundamentais ou direitos humanos reconhecidos a todos os seres humanos com os específicos laborais de igual nível supraordenados a nível de regras internacionais e constitucionais. Resulta evidente que ao se haver atualizado os textos constitucionais no que se refere aos direitos humanos supraordenados, se reforçou a existência de uma nova cultura jurídica laboral, “um salto qualitativo na construção do moderno: a tutela do trabalhador enquanto pessoa e não somente o contratante”. (CARBALLO MENA; SANGUINETI RAYMOND, 2014).

9. CONCLUSÃO

A matriz constitucional fundada pela centenária Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos se caracterizou por orientar a codificação laboral ao máximo nível das normas fundamentais, outorgar-lhes eficácia vertical (frente ao Estado) e horizontal (entre particulares), e influenciou, não somente outras Constituições regionais, senão também na internacionalização das regras laborais, mediante a, igualmente quase centenária, conformação da Organização Internacional do Trabalho.

A América adquiriu, através de sua história, um papel essencial na configuração dos direitos humanos laborais pelo seu trabalho normativo supranacional e o desenvolvimento do constitucionalismo laboral.

O processo de recepção de normas do trabalho nas Constituições latino-americanas está condicionado pelos sistemas de reformas constitucionais de maior ou menor dinamismo, de controle de constitucionalidade, de efetividade de direitos fun-

damentais, de integração jurídica supranacional e dos próprios saberes gerais de cada país.

No entanto, com a diversidade de intensidades, resulta um traço comum, especialmente nas Constituições de última geração normativa, a incorporação de novos capítulos laborais ao máximo nível normativo nacional e, por sua vez, ao direito interno de instrumentos supranacionais de direitos humanos em geral e de direito do trabalho em particular. Os modelos são diversos, já que as normas supraordenadas possuem força de lei, não se referenciam especialmente, porém se incorporam ao direito interno, adquirem nível constitucional ou superior às normas superiores constitucionais e, inclusive, indicam seu modo de aplicação e interpretação.

O dado comum é que a variada carta de direitos das Nações Unidas, a OIT e o sistema interamericano de direitos humanos chegaram a se integrar com o direito nacional, constitucional e, obviamente legal, transformando o sistema de fontes jurídicas. A categoria de direitos humanos laborais aparece assim claramente fortalecida e reconhecendo um papel progressivo de participação na substância de um novo direito do trabalho.

Em conclusão, o mundo latino-americano, com suas vinte culturas jurídicas diversas, apresenta um idioma comum, não somente o castelhano como língua predominante, senão também pela incorporação constitucional precoce e sustentada do direito do trabalho, primeiro, e dos direitos humanos laborais depois, desde a centenária Constituição de Querétaro e a Declaração de Garantias Sociais da América, até o presente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARESE, César. *Derechos Humanos Laborales*. Ed. Rubinzal Culzoni, 2014.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. **Derecho del Trabajo**. 3a ed. Montevideo, 2002.

BRUNET, René. *La Constitution Allemande du 11 aout 1919*. Paris: Payot & Cie, 1921.

CARBALLO MENA, César Augusto; SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Derechos fundamentales del trabajador y libertad de empresa. Ed. Universidad Católica Andrés Bello, 2014.

CANESSA MONTEJO, Miguel F. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la protección de los derechos humanos laborales. Ed. Palestra: Lima, 2014.

CONSTITUTEPROJECT. Paraguay's Constitution of 1992 with Amendments through 2011. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjosLDFjennAhUCJzQIHeMdDLsQFjACegQIA-xAB&url=https%3A%2F%2Fwww.constituteproject.org%2Fconstitution%2FParaguay_2011.pdf%3Flang%3Den&usg=AOvVaw1nNeH7e1ovE6RSuf-t6FB6>. Acesso em 05 de fevereiro de 2020.

CUEVA, Mario de la. **La Constitución Política**. In México, 50 años de Revolución, vol. III: La Política. México, Fondo de Cultura Económica, 1961.

DIPUBLICO. Carta Internacional Americana de Garantías Sociales. Ciudad de Mexico, 2011. Disponível em: <<https://www.dipublico.org/3517/carta-internacional-americana-de-garantias-sociales-1948/>>. Acesso em 05 de fevereiro de 2020.

ERMIDA URIARTE, Oscar. **Direitos Humanos laborais no direito positivo uruguaio**. In BARRETO GHIONE, Hugo. Investigación sobre la aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo en Uruguay. Lima, OIT, 2006.

GARCÍA RAMÍREZ, Sérgio. **Raíz y horizonte de los derechos sociales en la Constitución mexicana, estudios jurídicos**. México, UNAM, 2002.

HOBBSAWN, Eric. **Guerra y paz en el siglo XXI**. Buenos Aires: Arte Gráfico Editorial Argentino, 2012.

ROUAIX, Pastor. **El pensamiento mexicano sobre la Constitución de 1917**. Antología, 1987.4

TRUEBA URBINA, Alberto. **La Constitución mexicana de 1917 refleja en el Tratado de Paz de Versalles**. In El pensamiento mexicano sobre la Constitución de 1917. Antología, 1987.

UNAM. Texto original de la Constitución de 1917 y de las reformas publicadas em el Diario Oficial de la Federación del 5 de febrero de 1917 al 1º de junio de 2009. Ciudad de Mexico, 2009. Disponível em:< <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&ved=2ahUKEwimm-PniunnAhU0O30KHWq1ALY-QFjAFegQIBxAB&url=https%3A%2F%2Farchivos.juridicas.unam.mx%2Fwww%2Fbjv%2Flibros%2F6%2F2802%2F8.pdf&usg=AOvVaw0i2tHV-nycIOXbW-O1O8cw>>. Acesso em 05 de fevereiro de 2020.

URUGUAY. Texto de la Constitución de la República. Montevideo, 2004. Disponível em:< <https://www.presidencia.gub.uy/normativa/constitucion-de-la-republica>>. Acesso em 05 de fevereiro de 2020.

O REFÚGIO NO DIREITO INTERNACIONAL E ALGUNS DESDOBRAMENTOS PARA A ORDEM INTERNA BRASILEIRA: BREVE ANÁLISE

Sidney Guerra

1. Introdução

O fenômeno migratório não é recente. Ao contrário, data desde os primórdios das civilizações. O homem primitivo, quando constatava que a terra que lhe dava os meios necessários para o sustento próprio e dos seus já estava exaurida, procurava em outras regiões novos campos de abastecimento².

De certo modo, é possível afirmar que tal fato permanece ainda nos dias atuais posto que o movimento migratório manifestase de forma intensa, especialmente em direção aos países desenvolvidos. Tal fato tem provocado manifestações contrárias de

² *Vide* a propósito os estudos produzidos por GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lillian. *Direito das minorias e grupos vulneráveis*. Ijuí: Unijuí, 2008.

vários segmentos da sociedade civil³, sendo certo que isso ocorre de maneira mais acentuada em algumas regiões do planeta principalmente em razão da eclosão de guerras civis, problemas étnicos ou religiosos, conflitos armados e também por questões ambientais.⁴

Com efeito, a migração contínua e maciça de grande número de pessoas⁵ tem produzido sérias consequências tanto do local de onde provieram como também para o local de chegada⁶. To-

3 Nesse sentido, *vide* JORDAN, Bill. *Irregular migration: the dilemmas of transnational mobility*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2002, p. 15), que aponta o significado sobre a migração irregular, especialmente nos chamados países de primeiro mundo, e apresenta a rejeição da sociedade civil diante desta questão: “Irregular migration – crossing borders without proper authority, or violating conditions for entering another country – has been seen as a threat to the living standards and the cultures of the citizens of rich, predominantly white, First World states. In the 1990s the rise in claims for political asylum by black and Asian migrants to such countries was defined as disguised irregular migration. Public opinion polls conducted in EU member states in 2001 gave ‘race relations and immigration’ as the fourth most important problem facing both the UK and the other states, well ahead of education, health and poverty”.

4 Sobre esse assunto, *vide* GUERRA, Sidney. Sociedade de risco e o refugiado ambiental. In: *Direito no século XXI*. Curitiba: Juruá, 2008.

5 GIDDENS, Anthony (*Global Europe, social Europe*. Cambridge: Polity Press, 2006, p. 26), lembra que o tema que corresponde a imigração temse apresentado como um “tema quente” na Europa: “Immigration has become one of the hottest of hot topics across Europe. The term ‘immigrant’, of course, covers a multitude of differences. There are immigrants from 150 different countries living in the UK, for example. Great variations can exist among those coming from the same country, depending upon differences in socioeconomic background, ethnicity, culture and others factors”.

6 Na mesma direção, MAIA, Rui Leandro Alves. *O sentido das diferenças: migrantes e naturais*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 41: “Qualquer que seja o sentido que dermos às migrações (internacionais ou internas), permanecem sempre como condicionamentos de explicação os elementos espaço e

davia, apesar das dificuldades que são observadas, desde a saída, até a chegada ao destino final, o número de refugiados tem aumentado de maneira significativa em vários cantos do planeta, posto que as pessoas se deslocam com a esperança de se instalar em determinado Estado para dar início a uma “nova vida” sem pressões, contratempos, ameaças, enfim, sem os perigos que se manifestavam em seu países de origem.

De fato, conforme alguns autores⁷ afirmam, o refúgio não é um instituto jurídico que nasce da vontade de um Estado soberano de ofertar proteção a um cidadão estrangeiro que se encontra em seu território – é tão somente o reconhecimento de um direito pré-existente à demanda formal do indivíduo. Questionamentos ao conceito de refugiado há tempos já são levantados frente à insurgência de novos desafios impostos à comunidade internacional, como indica o número crescente de pessoas deslocadas em decorrência de miséria extrema ou mesmo os migrantes por razões ambientais.

Assim, o presente estudo tem por finalidade apresentar considerações sobre o instituto do refúgio, contemplando em primeiro instante os antecedentes históricos; logo a seguir o regramento no plano internacional, com o conseqüente conceito; e ao final apontar desdobramentos na ordem jurídica brasileira.

tempo. As migrações abrangem um número significativo de pessoas que, mudando de um espaço para outro, provocam alterações no tamanho e composição das populações envolvidas: a do espaço da origem e a do espaço do acolhimento”.

7 WALDELY, Aryadne Bittencourt; VIRGENS, Bárbara Gonçalves; ALMEIDA, Carla Miranda Jordão. Refúgio e realidade: desafios da definição ampliada de refúgio à luz das solicitações no Brasil. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/remhu/v22n43/v22n43a08.pdf>

2. Breves antecedentes históricos

O instituto dos refugiados nos dias atuais, como será demonstrado, abarca várias situações que versam sobre perseguições por motivos de raça, religião, nacionalidade, opiniões políticas que contrariem os interesses de grupos que estejam à frente de um Estado etc. Mas até que se chegasse nesse nível de proteção, evidencia-se que questões relativas a conflitos foram importantes para o desenvolvimento da matéria.

De fato, o mencionado instituto surge no contexto de grandes conflitos internacionais produzidos no curso do século XX. Isso porque surgem problemas logo no início do século passado, em especial, em decorrência de disputas territoriais e pela necessidade de serem estabelecidos novos marcos fronteiriços que propiciaram vários problemas para a sociedade civil.

O ano de 1914 entra para a história com o início da Primeira Guerra Mundial que promoveu dor, miséria e destruição, transformando verdadeiramente o século XX na “A era dos extremos”. O Império AustroHúngaro, preocupado com a eclosão de forte nacionalismo nos Bálcãs, declarou guerra à Sérvia, tendo recebido o apoio da Alemanha. Em contrapartida, a Rússia ofereceu apoio aos sérvios por temer o aumento do Império AustroHúngaro na região. Formou-se a Tríplice Aliança, constituída pelo Império AustroHúngaro e Alemanha, e para fazer frente a esse grupo, criou-se a Tríplice Entente, constituída por Rússia, GrãBretanha e França.⁸

Hobsbawn, sobre esse momento delicado do século XX, afirma que a Primeira Guerra Mundial envolveu todas as grandes potências e todos os Estados europeus, com exceção da Espanha,

⁸ Para maior compreensão do tema, vide GUERRA, Sidney. *Curso de direito internacional público*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, cap. VII, 1.

os Países Baixos, os três países escandinavos e a Suíça. E mais: tropas ultramar foram, muitas vezes pela primeira vez, enviadas para lutar e operar fora de suas regiões. Canadenses lutaram na França, australianos e neozelandeses forjaram a consciência nacional numa península do Egeu – “Gallipoli” tornou-se seu mito nacional – e, mais importante, os Estados Unidos rejeitaram a advertência de George Washington quanto a “complicações europeias” e mandaram seus soldados para lá, determinando assim a forma da história do século XX. Indianos foram enviados para a Europa e o Oriente Médio, batalhões de trabalhadores chineses vieram para o Ocidente, africanos lutaram no exército francês. Embora a ação militar fora da Europa não fosse muito significativa a não ser no Oriente Médio, a guerra naval foi mais uma vez global: a primeira batalha travou-se em 1914, ao largo das Ilhas Falkland, e as campanhas decisivas entre submarinos alemães e comboios aliados deram-se sobre e sob os mares do Atlântico Norte e Médio⁹.

A guerra chegou ao fim com a ação efetiva dos Estados Unidos da América com os Estados que faziam parte da Tríplice Entente, tendo a Alemanha assinado os termos do armistício no dia 11 de novembro de 1918, aceitando todas as condições apresentadas pelos vencedores.

O cenário político que se apresenta no pós Primeira Guerra Mundial é muito diferente, se comparado aos anos que a antecederam. Isso porque novos fatores passam a determinar as relações internacionais: a entrada na cena internacional dos Estados Unidos, com o peso determinante que o seu papel decisivo lhe conferia (especialmente na fase final do conflito); o fim das ilusões sobre as virtualidades da balança de poderes como meio de

9 HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 31.

prevenir conflitos; o trauma causado pela Revolução Russa e a convicção de que o perigo da revolução social constituía uma ameaça real; os mais de vinte milhões de mortos em quatro anos de um conflito no qual ficou demonstrado que as guerras de curta duração, com rápidas operações militares e sacrifícios limitados pertenciam ao passado; o fim da Europa como centro do mundo político internacional¹⁰.

Nesse cenário, e com o fim da Primeira Guerra Mundial, é que foi concebido o projeto de criação da Liga das Nações, que visava a criação de uma organização intergovernamental de natureza permanente baseada nos princípios da segurança coletiva e da igualdade entre os Estados.

As atribuições essenciais da referida organização estavam assentadas em três grandes pilares: a segurança internacional; a cooperação econômica, social e humanitária; e a execução do Tratado de Versalhes, que põe termo à Primeira Guerra Mundial.

Sem dúvida que a Liga das Nações estabeleceu alguns pressupostos interessantes para o Direito Internacional, a começar pelo seu preâmbulo, que estabelece que os Estados-membros devam aceitar certas obrigações de não recorrer à guerra; manter abertamente relações internacionais fundadas sobre a justiça e a honra; observar rigorosamente as prescrições do Direito Internacional, reconhecendo doravante como norma efetiva de procedimentos de governos; fazer reinar a justiça e respeitar escrupulosamente todas as obrigações dos tratados nas relações mútuas dos povos organizados. Também propôs estratégias para a manutenção da paz e da segurança coletiva, indicando ainda os mecanismos para solução de controvérsias de forma pacífica, em especial a arbitragem, e estabelecia previsões genéricas relativas aos direitos huma-

10 RIBEIRO, Manuel de Almeida. *A Organização das Nações Unidas*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 26.

nos, destacandose as voltadas ao *mandate system of the League*, ao sistema das minorias e aos parâmetros internacionais do direito do trabalho – pelo qual os Estados se comprometiam a assegurar as condições justas e dignas de trabalho para homens, mulheres e crianças.

Não se pode olvidar do Alto Comissariado sobre Refugiados que foi criado com o propósito de fazer frente aos grandes deslocamentos de pessoas provocados pela divisão de alguns Estados europeus como consequência do Tratado de Versalhes e pela guerra civil produzida na extinta União Soviética, em 1917.

Foi assim que em 1921 a Liga das Nações nomeou como Alto Comissário para os Refugiados Fridjof Nansen, que posteriormente foi indicado para o Prêmio Nobel da Paz, em 1922, pelo trabalho profícuo e exitoso junto aos assentamentos de armênios, gregos, turcos, assírios, russos etc. Frisese, por oportuno, que tais ações ocorreram em razão dos desdobramentos do fim da Primeira Guerra Mundial, da Guerra entre Gregos e Turcos (1922) e dos episódios provenientes da Revolução Russa¹¹.

11 Nesse sentido, DINH, Nguyen Quoc, Daillier, Patrick, Pellet, Alain. *Direito internacional público*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 691: “Em 1921, o Alto Comissariado para os Refugiados Russos viu a luz do dia no seio da Sociedade das Nações. Ele tomou a responsabilidade pelos refugiados do Próximo Oriente em 1928. Nansen, o seu Diretor, inventou o célebre título especial de viagem que devia levar o seu nome (passaporte Nansen) entregue pela Sociedade das Nações e permitindo aos seus detentores circular entre os Estados que reconhecessem a sua validade. A partir de 1933, os refugiados alemães vieram engrossar em massa as filas de protegidos desse organismo. Mesmo antes da Segunda Guerra Mundial, a UNRRA (United Nations Relief and Rehabilitation Administration) foi criada para se ocupar das ‘pessoas deslocadas’, termo novo designando as gentes que tinham sido deportadas durante as hostilidades. A tarefa principal desse organismo era facilitar o seu repatriamento. Como mais de um milhão de pessoas se recusou a regressar ao seu lar, era necessário ajudálos a encontrar uma terra de acolhimento onde pudessem se instalar. Face a esse

Mas a problemática dos refugiados passou a ganhar amplitude em decorrência dos acontecimentos produzidos por ocasião da Segunda Guerra Mundial, na qual milhares de pessoas foram deslocadas de seus Estados de origem, produzindo um cenário bastante adverso, especialmente na Europa.

Dessa forma, a ação desenvolvida pelos Estados, antes mesmo de iniciarem os trabalhos da ONU, resultou na criação, em 1943, da UNRRA (United Nations Relief and Rehabilitation Administration). Já no ano de 1947, portanto na vigência das Nações Unidas, houve a transferência de atribuições e bens para uma organização internacional constituída com o propósito de cuidar da matéria relativa aos refugiados: a Organização Internacional dos Refugiados.

A citada Organização Internacional estava sediada em Genebra e conseguiu lograr resultados exitosos, em que pese a sua curta existência, como no equacionamento do assentamento de aproximadamente um milhão de pessoas e a repatriação de mais de 60 mil pessoas, como nas palavras de Guido Soares:

Em 15 de dezembro de 1946, a Assembleia Geral da ONU, em votação estreita, a provar que o assunto dos refugiados já era uma questão política na Guerra Fria (30 a favor, 5 contra e 18 abstenções), instituiria a Organização Internacional para os Refugiados, sediada em Genebra, que em sua curta vida teve a participação de apenas 18 Estados do sistema das Nações Unidas e equacionou a questão de assentamentos de um milhão de pessoas, basicamente dos EUA, a repatriação de mais de 63 mil pessoas e

novo problema foi estabelecida uma verdadeira organização internacional: a Organização Internacional dos Refugiados (OIR) ligada à ONU como instituição especializada (Resolução n. 62, de 15 de dezembro de 1946). De 1946 a 1950, ela repatriou com sucesso 70.000 refugiados e instalou no seu país de acolhimento mais de um milhão de outros. Em 1950, a OIR foi substituída pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, que continua em funções”.

conseguiu que 410 mil pessoas permanecessem nos países onde se encontravam refugiadas, tendo deixado um saldo de 410 mil refugiados a cargo da entidade que lhe sucederia¹².

Com efeito, em decorrência da baixa adesão pelos Estados integrantes da ONU, decidiu-se que deveria ser constituído um novo organismo que cuidasse do problema dos refugiados. Assim, em 3 de dezembro de 1949, foi criado o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), cujo estatuto foi aprovado em 14 de dezembro de 1950, com o propósito de encontrar soluções duradouras para a questão dos refugiados.

A função básica do ACNUR, cuja sede é em Genebra, é a de dar proteção aos refugiados, isto é, para as pessoas que não podem gozar de proteção em seus países de origem. Assim, o ACNUR trabalha no sentido de garantir a permanência do indivíduo em determinado Estado (proibição da repatriação forçada) com a obtenção de um *status* favorável no país em que foram recebidos, bem como procura assistir os refugiados em termos materiais até que possam ter condições de manutenção no Estado que abrigou.

3. O conceito de refugiado à luz do direito internacional

Preliminarmente, cumpre acentuar, valendose aqui das palavras de Guido, que a Convenção de 1951, que trata do Estatuto dos Refugiados, teria surgido com grandes dificuldades: “havia a necessidade de se reconhecer a situação das pessoas que tinham se beneficiado das normas votadas pela Sociedade das Nações; havia, igualmente, necessidade de precisar a situação daquelas pessoas a quem não fora possível aplicar as normas da Organização Internacional dos Refugiados (essas, por sua vez, sucessoras

12 SOARES, Guido. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 394.

das normas do UNRRA), mas cujos direitos a refúgio não estavam excluídos; as necessidades de regular-se a situação dos refugiados antes da constituição do ACNUR, ou seja, “acontecimentos anteriores a 1951”.¹³

A tais condicionamentos de ordem temporal, que passaram a ser denominados “reserva temporal”, havia ainda a questão de definir-se qual a extensão geográfica dos acontecimentos que deram origem à situação de refugiados, ou seja, se acontecimentos ocorridos unicamente na Europa, ou ocorridos na Europa ou alhures. Tais dificuldades, ademais, eram acentuadas pelo posicionamento político dos países do bloco socialista naquele momento histórico em que as questões dos direitos humanos, particularmente dos refugiados, apresentavam-se como um dos motivos para a oposição LesteOeste, dada a inflexibilidade de não se arredarem do conceito de que o tema constituía domínio reservado dos Estados.

Em decorrência desses aspectos, a Convenção relativa ao estatuto dos refugiados de 1951 define refugiado como qualquer pessoa que: “foi considerada refugiada nos termos dos ajustes de 12 de maio de 1926 e de 30 de junho de 1928, ou das Convenções de 28 de outubro de 1933 e de 10 de fevereiro de 1938, além do Protocolo de 14 de setembro de 1939, ou ainda da Constituição da Organização Internacional dos Refugiados; as decisões de inabilitação tomadas pela Organização Internacional dos Refugiados durante o período do seu mandato não constituem obstáculo a que a qualidade de refugiados seja reconhecida a pessoas que preenchem as condições previstas no “§ 2º da presente seção”; em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, encontre-se fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou,

13 *Idem*, p. 396.

em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele; no caso de uma pessoa que tem mais de uma nacionalidade, a expressão “do país de sua nacionalidade” refere-se a cada um dos países dos quais ela é nacional. Uma pessoa que, sem razão válida fundada sobre um temor justificado, não se houver valido da proteção de um dos países de que é nacional, não será considerada privada da proteção do país de sua nacionalidade.

É importante registrar que o conceito estabelecido para refugiado, conforme preconiza a Convenção de 1951, tem sido alargado em vários momentos, contemplando situações novas e não agasalhadas pela referida norma internacional, como se depreende da leitura do Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1966.¹⁴

Corroborando este entendimento é que alguns autores alertam para o alargamento e magnitude de tal fato, não podendo, por isso mesmo, adotar um conceito estático para o instituto do

14 O Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1966, alargou o conceito ao dispor em seu artigo I, 2 e 3 que: “o termo “refugiados”, salvo no que diz respeito à aplicação do parágrafo 3 do presente artigo, significa qualquer pessoa que se enquadre na definição dada no artigo primeiro da Convenção, como se as palavras “em decorrência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e...” e as palavras “...como consequência de tais acontecimentos” não figurassem do parágrafo 2 da seção A do artigo primeiro. O presente Protocolo será aplicado pelos Estados Partes sem nenhuma limitação geográfica; entretanto, as declarações já feitas em virtude da alínea a do parágrafo 1 da seção B do artigo primeiro da Convenção aplicar-se-ão, também, no regime do presente Protocolo, a menos que as obrigações do Estado declarante tenham sido ampliadas de conformidade com o parágrafo 2 da seção B do artigo primeiro da Convenção.”

refúgio ao afirmarem que: “É notório que esta definição não se adapta facilmente à magnitude, escala e natureza de muitos dos atuais conflitos ou situações de violência e dos movimentos dos refugiados, evidenciando que o conceito de refugiado não é e não pode ser considerado um conceito estático, tal qual nenhuma norma ou conceito jurídico o é. O Direito é, pois, uma expressão constante da experiência social de modo que as normas refletem comportamentos e fatos sociais e não o contrário, sob risco de ficarem caducas e ineficazes. Assim, é preciso ter atenção aos casos empíricos que evidenciam que há muitas outras pessoas deslocadas que não estão incluídas nas atuais definições de refugiado, todavia também não estão excluídas. Cite-se aquelas pessoas que deixaram seus países de origem em razão de situações terríveis como miséria econômica generalizada, fragilidade democrática e tantas outras formas de violação ou restrição a direitos fundamentais, mas que não são consideradas oficialmente refugiadas, vez que estas situações não são vislumbradas no regime atual.”¹⁵

O Comitê Executivo do ACNUR reconheceu aos Estados, no exercício de sua soberania, a possibilidade de considerar que as mulheres se apresentem como “um determinado grupo social”, sendo contempladas na Convenção de 1951. Do mesmo modo a Convenção Africana, que expande a condição de refugiado para os casos de agressão, dominação estrangeira e acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública do país.

A definição ampliada e a clássica não devem ser consideradas como excludentes e incompatíveis, mas sim como complementares. Nesse sentido, vale destacar o estudo realizado por Talavera e Moyano:

15 WALDELY, Aryadne Bittencourt; VIRGENS, Bárbara Gonçalves; ALMEIDA, Carla Miranda Jordão. *Refúgio e realidade: desafios da definição ampliada de refúgio à luz das solicitações no Brasil*. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/remhu/v22n43/v22n43a08.pdf>

El concepto de refugiado tal como es definido en la Convención y el Protocolo constituye una base legal apropiada para la protección de los refugiados a través del mundo. Esto no impide la aplicación de un concepto de refugiado más amplio. Ambos conceptos de refugiados no deberán ser considerados como mutuamente excluyentes. El concepto ampliado deberá ser más bien considerado como un instrumento técnico efectivo para facilitar su amplia humanitaria aplicación en situaciones de flujos masivos de refugiados¹⁶.

O conceito de refugiado pode ser descrito como todo o indivíduo que, em decorrência de fundados temores de perseguição, seja relacionado a sua raça, religião, nacionalidade, associação a determinado grupo social ou opinião política e também por fenômenos ambientais, encontre-se fora de seu país de origem e que, por causa dos ditos temores, não pode ou não quer regressar a ele¹⁷.

De fato, o refúgio é um instituto que persiste ao longo dos anos em razão dos vários problemas que afligem indivíduos, que acabam tendo a necessidade de promover a troca de ambientes para manter a esperança de continuar vivos.

Segundo dados fornecidos pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, entre os anos de 1975 e 1997, o número de refugiados no mundo cresceu dez vezes, passando de 2.400.000 a 27 milhões. Essas pessoas fugiram de guerras, perseguições etc., sendo que a proporção é de um refugiado entre 115 pessoas da população mundial. Mais da metade dessa cifra é

16 TALAVERA, Fabian Novak; MOYANO, Luis Garcia Corrochano. *Derecho internacional público*. Lima: Fondo Editorial de la PUC, 2002, p. 317.

17 Para o ACNUR, refugiado é toda pessoa que se encontra fora de seu país de nacionalidade devido a um temor provocado por perseguição por razões de raça, religião ou nacionalidade; por pertencer a determinado grupo social ou por ter determinada opinião política.

de crianças, adolescentes e mulheres que, em alguns casos como Ruanda e Bósnia, representam até 75% da população afetada¹⁸.

O número de deslocados internos – isto é, daqueles que tiveram que fugir de seus lares com a roupa do corpo para salvar suas vidas e, no entanto, não chegaram a cruzar uma fronteira internacional – também disparou: quase 30 milhões de pessoas, das quais 5.400.000 estão sob a proteção do ACNUR.

Os dados fornecidos são espantosos: o continente com maior número de refugiados é a África, com 9.145.000 pessoas. A Europa, que em 1990 acolhia no seu território apenas 5,3% dos refugiados do mundo, agora possui cerca de 7.689.000 pessoas refugiadas. A Ásia, com 7.668.000 pessoas refugiadas, a América do Norte, com 1.335.400 refugiados, a América Latina, com 211.900 refugiados e mais de um milhão de deslocados internos, e a Oceania, com 53.600 pessoas, acolhem o restante dos que tiveram que fugir dos seus países para salvar suas vidas e estão sob a proteção e assistência do ACNUR.

Nos últimos anos 23 países têm gerado refugiados: o Afeganistão, com um máximo de 6.300.000, tem o primeiro lugar, seguido de Ruanda, com 2.200.000, e o Iraque, com 1.780.000. Os conflitos que produziram o maior número de refugiados e que ocupam os primeiros lugares são a guerra de Hutus e Tutsis em Ruanda e Burundi, desatada em abril de 1994, que obrigou 2.200.000 pessoas a fugirem de seus países, e o conflito étnico que arrasou a antiga Iugoslávia, que entre deslocados e refugiados afetou mais de 3.700.000 pessoas¹⁹.

A situação do refugiado no plano internacional repercutiu na ordem jurídica brasileira haja vista uma série de compromissos

18 In: <www.unb/fd/nep/historicoacnurnep.htm>. Acesso em: 22 maio 2006.

19 Idem.

internacionais assumidos pela República em matéria de direitos humanos especialmente depois de ter ganhado assento na Carta Magna de 1988.²⁰

4. O refugiado na ordem jurídica brasileira

O Brasil experimentou nos últimos anos um processo de grande transformação em vários assuntos: social, político, econômico etc. Essa mudança também pode ser sentida em matéria de direitos humanos, onde se verifica uma grande influência dos espetaculares acontecimentos processados ao longo do *breve século XX*.²¹

Após período conturbado da história brasileira onde várias liberdades foram cerceadas, a Constituição de 1988 decreta o fim de uma longa era sob regime militar, tendo a Lei Maior sido muito pródiga na outorga de novos direitos e liberdades, bem como na ampliação do conceito de clássicas garantias constitucionais.

Na virada de um regime restritivo para a plenitude democrática e sensível aos ventos da moderna sociedade, prodigalizou concessões e eliminou limitações, com o propósito declarado de valorizar a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, colocando, entre seus objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.²²

Esse processo de internacionalização dos direitos humanos influenciou sobremaneira o legislador constituinte ao consagrar

20 O artigo 4º, II dispõe: A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: prevalência dos direitos humanos.

21 Valendo-se aqui da expressão consagrada na obra já citada de HOBBSAWN.

22 TÁCITO, Caio. *Temas de direito público: estudos e pareceres*. 1. vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 409.

um rol significativo de direitos fundamentais, elevando à dignidade da pessoa humana a *status* privilegiado na ordem constitucional brasileira.²³

Evidencia-se, pois, uma grande preocupação do Brasil em relação aos direitos humanos, tanto de seus nacionais, como dos estrangeiros. Pelo fato de se considerar um país de imigração aberta, o Brasil acolheu milhares de estrangeiros ao longo de sua existência²⁴.

Nesse sentido, é importante assinalar que dentre as várias iniciativas desenvolvidas em prol da valorização dos direitos humanos em prol daqueles que migram para o país, verifica-se que o Brasil torna-se membro fundador do comitê executivo do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, tendo ratificado em 1960 a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951.

No plano doméstico, a matéria está devidamente regradada na Lei n. 9.474, de 22 de julho de 1997, que criou o Comitê Nacional para os Refugiados – Conare, órgão colegiado vinculado ao Ministério da Justiça que reúne segmentos representativos da área governamental, da sociedade civil e das Nações Unidas.

A referida lei estabelece em seu artigo 1º que é reconhecido como refugiado todo indivíduo que: “devido a fundados temo-

23 GUERRA, Sidney. *Direitos humanos na ordem jurídica internacional e reflexos para ordem constitucional brasileira*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 287

24 No estudo de JORDAN, Bill, op. cit., p. 87 apresenta como se deu o processo de transferência de muitos estrangeiros a partir do “milagre econômico brasileiro”: “Brazil is a enormous country, whose population grew from 50.000 in 1950 to 144.000 in 1989, and which emerged in the final quarter of the twentieth century as a regional power, and the world’s eighth largest economy. This process, which began in the late 1950s, was hailed as a Brazilian economic miracle, and sustained rates of growth comparable to those of Japan, Mexico and the newly industrialising countries of Southeast Asia”.

res 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; 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; devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.”

Outro aspecto interessante na legislação indicada anteriormente vem expresso no artigo 3º, que estabelece que não se beneficiarão da condição de refugiado os indivíduos que: “já desfrutem de proteção ou assistência por parte de organismos ou instituição das Nações Unidas que não o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados – ACNUR; sejam residentes no território nacional e tenham direitos e obrigações relacionados com a condição de nacional brasileiro; tenham cometido crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas; sejam considerados culpados de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas.”

Com efeito, o Comitê Nacional para os Refugiados, cuja sede funciona em Brasília, é composto de representantes dos seguintes órgãos: Ministério da Justiça, que o preside; Ministério das Relações Exteriores, que exerce a vice presidência; Ministério do Trabalho e do Emprego; Ministério da Saúde; Ministério da Educação e do Desporto; Departamento da Polícia Federal; Organização não governamental, que se dedica à atividade de assistência e de proteção aos refugiados no País (Cáritas Arquidiocesana de São Paulo e Rio de Janeiro); Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados – ACNUR, com direito a voz, sem voto.

Cumprе ressaltar que o Comitê Nacional para os Refugiados tem por finalidade analisar o pedido sobre o reconhecimento da condição de refugiado; deliberar quanto à cessação *ex officio* ou mediante requerimento das autoridades competentes da condição de refugiado; declarar a perda da condição de refugiado; orientar e coordenar as ações necessárias à eficácia da proteção, assistência, integração local e apoio jurídico aos refugiados, com a participação dos Ministérios e instituições que compõem o Conare; aprovar instruções normativas que possibilitem a execução da Lei n. 9.474/97.

Em interessante artigo sobre os refugiados e pessoas sob amparo do ACNUR, Milesi²⁵ adverte que o Brasil vem se inserindo cada vez mais na ação humanitária e de proteção aos refugiados e apresenta os seguintes dados:

TABELA 1 – Total de refugiados no Brasil em outubro de 2009
(ACNUR e Conare)

Continente de procedência	Total
África	2.748
América (América Latina e Caribe)	958
Ásia	416
Europa	118
Total	4.240

Fonte: Conare.

Os dados acima (Tabela 1) retratam o número de refugiados no Brasil até o ano de 2009. Compõem esse total tanto os refugiados reconhecidos em período anterior a 1998, quanto os reconhecidos a partir de então. Contudo, se forem consideradas as solicitações de refúgio a partir da existência e atuação do Conare, ~~por tanto a partir de 1998, o quadro se modifica:~~
25. MILESI. *Refugiados e pessoas sob amparo do ACNUR: dados mundiais e do Brasil*. Disponível em: <www.migrante.org.br>. Acesso em: 12 fev. 2006.

Tabela 2 – Solicitações de refúgio apreciadas pelo Conare
(de 1998 a 31 de dezembro de 2004)

Ano	Solicitações deferidas	Solicitações indeferidas	Solicitações arquivadas	Total de solicitações
1998	22	1	0	23
1999	170	33	0	203
2000	471	306	0	777
2001	119	185	0	304
2002	114	489	432	1.035
2003	80	221	32	333
2004	88	198	70	356
Total	1.064	1.433	534	3.031

Fonte: Conare.

Tabela 3 – Solicitações de refúgio apreciadas pelo Conare
(de 1998 a fevereiro de 2005)

Continente de procedência	Solicitações apresentadas	Solicitações deferidas	Solicitações indeferidas	Perda da condição
África	1.697	863	834	74
América	426	148	278	4
Ásia	159	55	104	
Europa	276	11	265	1
Apátrida	1		1	
Total	2.559	1.077	1.482	79

Fonte: Conare.

Ainda de acordo com dados fornecidos pelo CONARE, até outubro de 2014 o Brasil possui um número de 7.289 refugiados reconhecidos, de nacionalidades diferentes, sendo 25% deles

mulheres, incluindo-se os refugiados assentados.

O CONARE possui dados referentes ao período compreendido entre janeiro de 2010 a outubro de 2014 e elaborou análise estatística que demonstra o fortalecimento contínuo da proteção dos refugiados e dos solicitantes de refúgio no Brasil.

É notório o aumento do número de pedidos de refúgio uma vez que os dados revelam crescimento de 930% entre os anos de 2013 e 2014 – de 566 para 5.882 pedidos. Ademais, até outubro de 2014 já foram contabilizadas outras 8.302 solicitações, sendo a maioria dos solicitantes vindos da África, Ásia (inclusive Oriente Médio) e América do Sul.

No tocante ao número de refugiados reconhecidos, houve aumento expressivo no período de 2010 à 2014. No ano de 2010, 150 refugiados foram reconhecidos pelo CONARE, enquanto que no ano de 2014, até outubro, o Comitê deferiu 2.032 solicitações, o que representa crescimento aproximado de 1.240%.

Desta forma, embora tenha se mantido estável de 2004 a 2012 (em torno de 4.000), a população de refugiados no Brasil cresce de forma acelerada no período compreendido entre 2013 e outubro de 2014 quando atingiu 5.256 e 7.289 indivíduos, respectivamente.

Das solicitações de refúgio apreciadas no ano de 2014 pelo CONARE, 88,5% foram deferidas, o que representa uma taxa de elegibilidade acima do dobro do ano de 2013 sendo a maior desde 2010, momento em que o referido órgão deu início ao controle dos dados.

Ademais, as solicitações de refúgio passaram de 566 em 2010 para 8.302 em 2014, o que revela que o Brasil adota uma política de atendimento aos refugiados com enfoque nos direitos humanos.

Merece ainda destaque o fato de o Brasil ter se consolidado como o principal doador do ACNUR, entre os países em ascensão, no tocante ao apoio financeiro às contribuições para as ope-

rações humanitárias do referido órgão pelo mundo , com doações de U\$\$ 3,5 milhões em 2010, U\$\$ 3,7 milhões em 2011, U\$\$ 3,6 milhões em 2012 e U\$\$ 1 milhão em 2013.

Evidencia-se, pois, que o Brasil tem um papel pioneiro e de liderança no prisma da proteção internacional dos refugiados, como pode ser constatado com os dados apresentados na tabela abaixo:

TABELA – Total de refugiados no Brasil, principais países de origem em outubro de 2014 (ACNUR)

Países de procedência	Total
Síria	1.524
Colômbia	1.218
Angola	1.067
República Democrática do Congo	784
Líbano	391
Libéria	258
Palestina	263
Iraque	229
Bolívia	145
Serra Leoa	137
Total	6.016

Com efeito, dentre as ações prioritárias desenvolvidas pelo ACNUR no Brasil, apresenta-se os casos de refugiados vítimas de violência e/ou tortura, posto necessitarem de acompanhamento clínico especial, sendo ainda a concessão do reassentamento no Brasil sujeita à disponibilidade de tais serviços; mulheres em si-

tuação de perigo, que não gozam da proteção tradicional de suas famílias ou comunidades e que enfrentam sérias ameaças físicas e/ou psicológicas; refugiados sem perspectivas de integração no país do primeiro refúgio, posto que, em algumas circunstâncias, os refugiados não conseguem integrar-se no país onde se encontram por motivos culturais, sociais e religiosos, dentre outros; pessoas com necessidades especiais, podendo ser consideradas como tal aquelas que têm vínculos com refugiados no Brasil, menores desacompanhados ou maiores que necessitem de cuidados especiais.

5. Considerações finais

Em que pese ações que são desenvolvidas em prol dos refugiados, como as que atualmente são desenvolvidas por alguns Estados, a exemplo do Brasil, a realidade, muitas vezes, é completamente diversa quanto a aplicação do referido instituto.

Isso porque pode haver uma pessoa que tenha temor por sua segurança em razão de suas opiniões, de pertencer a uma raça, nação, grupo ou etnia e que não pode ou não quer voltar para seu país e, portanto, incidir na condição de refúgio.

Por outro lado, os Estados podem ignorar por completo as situações acima descritas, não sendo obrigados a acolher essa pessoa em seu território.

Com efeito, no atual estágio da proteção dos direitos humanos, seja no plano interno ou no internacional, não pode mais haver dúvidas quanto a aplicação do instituto do refúgio, que possui características próprias, podendo ser apresentadas as seguintes:

“a) os Estados partes naqueles instrumentos internacionais não têm discricionariedade de conceder ou não o refúgio; dadas as condições objetivas para sua concessão, eles terão o dever de proceder afirmativamente;

b) o controle de aplicação das normas convencionais sobre

refúgio depende de órgãos internacionais, ficando, portanto, a responsabilidade dos Estados por inadimplência de seus deveres, no regime de violação de normas específicas, sob controle de órgãos internacionais multilaterais;

c) os motivos para a concessão de refúgio não são as simples perseguições por motivos políticos, mas ainda outras, por motivos de raça, grupo social, religião e, sobretudo, situação econômica de grande penúria;

d) há deveres precisos de os Estados partes concederem aos refugiados documentos de identidade e de viagem e, no caso brasileiro, proibições expressas de deportação aos postulantes, e de casos particulares de proibições de expulsão e de extradição aos refugiados;

e) por tratar-se de instituto regulamentado sob a égide da ONU, as normas que regem o refúgio têm salvaguardas de denegação de refúgio a pessoas que tenham cometido um crime contra a paz, um crime de guerra ou um crime contra a humanidade, no sentido de os instrumentos internacionais elaborados para prevenir tais crimes, bem como proibições de conceder refúgio a pessoas culpadas de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas. “²⁶

Indubitavelmente que o instituto do refúgio precisa ser valorizado nos dias atuais posto que os refugiados necessitam deslocar-se para salvar suas vidas ou preservar sua liberdade.

Na grande maioria das vezes essas pessoas não possuem proteção de seu próprio Estado, sendo que em muitos casos é seu próprio governo que ameaça persegui-los. Se por ventura não houver o devido acolhimento em outros Estados, poderão estar fadados à morte.

Por isso mesmo é que a determinação da condição de refú-

26 SOARES, Guido, *op. cit.*, p. 404405.

giado realizase de maneira individualizada, devendo ser estabelecido o nexo de causalidade entre os acontecimentos produzidos e a saída do indivíduo.

Definitivamente que o instituto jurídico do refúgio precisa ser visto na perspectiva e enfoque que contemple os direitos humanos. Qualquer outra visão demonstra o lado obscuro da matéria.

6. Referências bibliográficas

DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Direito internacional público*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GIDDENS, Anthony. *Global Europe, social Europe*. Cambridge: Polity Press, 2006.

GUERRA, Sidney. *Curso de direito internacional público*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GUERRA, Sidney. *Direitos humanos na ordem jurídica internacional e reflexos para ordem constitucional brasileira*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014

GUERRA, Sidney. Sociedade de risco e o refugiado ambiental. In: *Direito no século XXI*. Curitiba: Juruá, 2008.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian. *Direito das minorias e grupos vulneráveis*. Ijuí: Unijuí, 2008.

HOBSBAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

JORDAN, Bill (*Irregular migration: the dilemmas of transnational mobility*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2002.

MAIA, Rui Leandro Alves. *O sentido das diferenças: migrantes e naturais*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

MILESI, Rosita. *Refugiados e pessoas sob o amparo do ACNUR: dados mundiais e do Brasil*. Disponível em: <www.migrante.org.br>.

RIBEIRO, Manuel de Almeida. *A Organização das Nações Unidas*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

SOARES, Guido. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2004.

TALAVERA, Fabian Novak; MOYANO, Luis Garcia Corrochano. *Derecho internacional público*. Lima: Fondo Editorial de la PUC, 2002.

TÁCITO, Caio. *Temas de direito público: estudos e pareceres*. 1. vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

WALDELY, Aryadne Bittencourt; VIRGENS, Bárbara Gonçalves; ALMEIDA, Carla Miranda Jordão. *Refúgio e realidade: desafios da definição ampliada de refúgio à luz das solicitações no Brasil*. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/remhu/v22n43/v22n43a08.pdf>

DIREITO NO CONTEXTO GLOBAL

Organizadores:

Alexandre Pereira da Rocha, Alvaro Augusto
Santos Caldas Gouveia, George André Lando e
Sidney Cesar Silva Guerra

Tipografias utilizadas:

Família Museo Sans (títulos e subtítulos)
Bergamo Std (corpo de texto)

Papel: Offset 75 g/m²
Impresso na gráfica Trio Studio
Maio de 2020