



Núcleo Acadêmico de Pesquisa

ESTUDOS EM DIREITO PÚBLICO E PRIVADO

Volume 1

BÁRBARA THAÍS PINHEIRO SILVA
NEULER MENDES GOMES JUNIOR
PEDRO HENRIQUE CARDOSO GONÇALVES

Organizadores

Prefácio

Profa. Dra. Wilba Lúcia Maia Bernardes

Bárbara Thaís Pinheiro Silva
Neuler Mendes Gomes Junior
Pedro Henrique Cardoso Gonçalves
(Organizadores)

Estudos em Direito Público e Privado

VOLUME I

Belo Horizonte
PUC Minas
2020



Organizadores da Obra

Bárbara Thaís Pinheiro Silva – Presidente do Núcleo Acadêmico de Pesquisa

Pedro Henrique Cardoso Gonçalves – Vice-presidente do Núcleo Acadêmico de Pesquisa (2017)

Neuler Mendes Gomes Junior – Diretor de Pesquisa e Publicação do Núcleo Acadêmico de Pesquisa (2017)

Revisão dos artigos: Responsabilidade dos Professores Supervisores do Núcleo Acadêmico de Pesquisa e dos Autores.

Os artigos escritos pelos pesquisadores são de responsabilidade destes, não necessariamente expressando os valores e orientação filosófica do colegiado do Núcleo Acadêmico de Pesquisa, da Faculdade Mineira de Direito ou da PUC Minas.

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

E82 Estudos em direito público e privado [recurso eletrônico] : volume 1 / organizadores: Bárbara Thaís Pinheiro Silva, Neuler Mendes Gomes Júnior, Pedro Henrique Cardoso Gonçalves; Ana Carolina Baracho ... [et al]. Belo Horizonte: PUC-MG, 2020.
E-book (321 p. : il.)

ISBN: 978-65-88331-02-6

1. Direito privado. 2. Direito público. 3. Federalismo. 4. Democracia. 5. Conflito social. 6. Direitos humanos e globalização. I. Silva, Bárbara Thaís Pinheiro. II. Gomes Júnior, Neuler Mendes. III. Gonçalves, Pedro Henrique Cardoso; Baracho, Ana Carolina. V. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Núcleo Acadêmico de Pesquisa. VI. Título.

CDU: 342

Ficha catalográfica elaborada por Fabiana Marques de Souza e Silva - CRB 6/2086

*Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
Trabalhos realizados no Ciclo de Pesquisa do Núcleo Acadêmico de Pesquisa, ano 2017 e 2018,
para fins acadêmicos do Curso de Direito - PUC – Minas, unidade Coração Eucarístico.*

*É proibida a reprodução total ou parcial, sejam quais forem os meios empregados, sem a
permissão por escrito dos autores.*

Venda proibida.

APRESENTAÇÃO

É com muita alegria e orgulhosos de que em nossos discentes temos sementes que brotarão para o futuro que apresentamos à Comunidade Acadêmica este livro, resultado da experiência exitosa do NAP – Núcleo Acadêmico de Pesquisa, em parceria com o Curso de Direito da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas, reafirmando a perspectiva de que a iniciação à pesquisa é vigorosa e seriamente construída neste espaço acadêmico.

Em 1998, o NAP foi fundado por iniciativa dos monitores de graduação e de bolsistas de iniciação científica, que constituíram vários grupos de pesquisa. Na sua composição inicial, o NAP tinha os seguintes graduandos da Puc Minas: Álisson Nogueira Santana, Bruno César Gonçalves da Silva, Bruno Torquato de Oliveira Naves, Cristiane Trani Gomes, Daniela Soares Hatem, Érica Adriana Costa, Giordano Bruno Soares Roberto, Glenda Rose Gonçalves Chaves, Gustavo Pereira Leite Ribeiro, Luciana da Silva Costa e Teresinha Chaves.

Inicialmente todos os grupos eram liderados por alunos e auxiliados por professores. Além disso, importantes eventos foram realizados, como o 1º Seminário de Iniciação Científica da Faculdade Mineira de Direito, em 2000, para apresentação das pesquisas realizadas nos grupos, e os seminários internacionais de Direito Civil (2001) e de Biodireito (2002). Na sequência da graduação, muitos dos seus membros iniciais foram para os quadros de Pós-graduação stricto sensu, sendo hoje mestres e doutores, seguindo a carreira docente. Na condição de Coordenadora de Pesquisa da Faculdade Mineira de Direito, no período de 1999 a 2000, acompanhei diretamente o trabalho expressivo deste grupo inicial que deu as balizas do NAP.

Os artigos agora expostos referem-se aos Grupos de Pesquisa que tiveram seus trabalhos realizados e concluídos nos anos de 2017 e 2018 no Curso de Direito do Coração Eucarístico da PUC Minas. Refletem, sem dúvida alguma, o pioneirismo desta iniciativa discente, amparada e abraçada solidamente por professores que compõem os quadros docentes desta Instituição e que se desdobraram para, além das atividades acadêmicas cotidianas que já exercem, acompanharem e orientarem nossos alunos. Nesse sentido, fica nosso merecido reconhecimento aos professores Alberico Alves da Silva Filho, Álisson da Silva Costa, Anne Shirley de Oliveira Resende Martins, Antônio Carlos Lúcio Macedo

de Castro, Daniel Augusto Arouca Bizzotto, Dimas Ferreira Lopes, José Boanerges Meire, Maria de Lourdes Monteiro Albertini e Pilar de Souza e Paula Coutinho Eloi.

Merece menção incontestável, a Coordenação dos trabalhos do NAP realizada pela gestão que assumiu a partir de 2017, na pessoa da discente Bárbara Thaís Pinheiro Silva que revigorou e reativou este Núcleo, atuando de forma competente, comprometida e eficiente, resultado de sua natural vocação para a pesquisa, começando a trilhar, com perspectivas auspiciosas, os caminhos da docência. Inegável que o trabalho realizado reflete o empenho e dedicação de toda sua equipe e seus componentes também começam a escrever suas trajetórias como pesquisadores, assim, destaco também os discentes Neuler Mendes Gomes Júnior e Pedro Henrique Cardoso Gonçalves, coorganizadores da obra apresentada.

É neste eterno começar de novo que, cremos, plantamos os alicerces de nossa Faculdade, fincados na construção de uma sociedade mais fraterna e solidária, sempre atuando em prol da dignidade da pessoa humana e dos valores democráticos. Também entendemos que se faz concreto nestas atuações as premissas do nosso Projeto Pedagógico que têm como referencial fornecer uma formação humanista e crítica, possibilitando aos nossos egressos compreenderem a marca de seu tempo, na construção de uma cidadania ativa e potencialmente libertadora.

Os títulos e temáticas desenvolvidos neste volume refletem singularmente os compromissos e a vocação acima expostos e seguem as linhas de pesquisa ‘Constituição e Democracia’, ‘Sociedade, Conflito e Movimentos Sociais’ e ‘Direito Internacional e as Transformações do Mundo Globalizado’.

Nas transformações vivenciadas pelas formas de Estados são analisados temas impactantes como novas formas de arranjos territoriais que potencializam o viés democrático, o federalismo fiscal, a autonomia e os macros e micros-polos de poder. Também, considerando a formação das sociedades plurais e complexas do final do séc. XX e início do séc. XXI temáticas que permeiam a sociologia jurídica, o direito penal e o direito constitucional são objeto de reflexão e, com acuidade, debate-se o papel da sociedade civil organizada e do reconhecimento e inclusão das minorias. Ainda, partindo da visão que necessariamente coloca em discussão o conceito de soberania, há

temas novos e densos, potencializando abordagens sobre a globalização, política migratória, terrorismo e direitos humanos.

Enfim, e para o começo da leitura, as discussões são profícuas, atuais e pertinentes. Refletem as transformações pelas quais o Direito vem passando e a necessidade de construção de um Direito justo, que perquiria formas de pertencimento em uma sociedade tão heterogênea e patrocine possibilidades de inserção igualitária no jogo democrático.

Reiteramos nossos agradecimentos a todos envolvidos neste processo.

Prof^a Dr^a. Wilba Lúcia Maia Bernardes

*Chefe de Departamento da FMD
Coordenadora do Curso de Direito do
Coração Eucarístico da PUC Minas*

AGRADECIMENTOS

O conteúdo dessa valiosa Coletânea de Artigos Científicos é parte de um ambicioso Projeto idealizado pelo Núcleo Acadêmico de Pesquisa. Portanto, a sua concretização só foi possível pela soma do esforço conjunto de muitos – e aqui registramos nossos maiores agradecimentos e admiração à pessoa de cada um.

Consideramos essencial agradecer especialmente a quem acreditou no projeto quando era apenas uma ideia. A todo o corpo docente, especialmente à Coordenação de Curso da Faculdade Mineira de Direito, na pessoa da Prof.^a. Wilba Lúcia Maia Bernardes, e à Coordenação de Pesquisa, Prof.^a. Marinella Machado Araújo, pela crença nesse Projeto. Ao Professor Guilherme Coelho Colen, Diretor da Faculdade Mineira de Direito, que muito nos prestigiou como palestrante no evento de divulgação dos trabalhos deste Núcleo, na semana de Pesquisa, Monografia e Revista da FMD, em 2018.

Nosso agradecimento singular aos professores que se aliaram a esse projeto como orientadores dos autores, é certo que desenvolveram atividade imprescindível para a concretização do trabalho. Agradecemos aos professores Alberico Alves da Silva Filho, Álisson da Silva Costa, Anne Shirley de Oliveira R. Martins, Antônio Carlos Lúcio Macedo de Castro, Daniel Augusto Arouca Bizzotto, Dimas Ferreira Lopes, José Boanerges Meira, Maria de Lourdes Monteiro Albertini, Pilar de Souza e Paula Coutinho Eloí e Wilba Lúcia Maia Bernardes, pela dedicação e, principalmente, pelo carinho para com os orientados.

Gratificamos e parabenizamos, ainda, toda a equipe de pesquisadores deste Ciclo, estes que contribuíram para realização desse trabalho como autores dos artigos que compõem a obra.

Foram muitas as pessoas da Faculdade Mineira de Direito que nos apoiaram, especialmente todo corpo de funcionários e administração, pelo que não nos esquecemos de vos agradecer. Obrigado Guilherme Soares Araújo, Júlio César da Silva Prado, Maria Aparecida Ribeiro de Faria Figueiredo, Maria José Mendes Varela, Mary Ângela Côrtes e Paulo César de Barros Vieira.

Não nos esqueçamos do suporte externo à Faculdade. Agradecimentos também aos funcionários da Biblioteca Pe. Alberto Antoniazzi pelo auxílio prestado na elaboração da ficha catalográfica.

Finalmente, a todos que, citados ou não aqui, contribuíram para que esse Projeto se tornasse realidade, o Núcleo Acadêmico de Pesquisa expressa sua eterna gratidão e admiração. Esperamos – e torçemos – para que a Coletânea a seguir apresentada traduza todo o trabalho empenhado. Fica registrado nosso mais sincero obrigado a todos!



***Colegiado do Núcleo Acadêmico de
Pesquisa***

“Os que acham que a morte é o maior de todos os males é porque não refletiram sobre os males que a injustiça pode causar.”

Sócrates – Filósofo grego

SUMÁRIO

TÍTULO PRIMEIRO CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA

CAPÍTULO 01 - PACTO FEDERATIVO E A CRISE FINANCEIRA DOS MUNICÍPIOS <i>Melissa de Carvalho Moreira</i>	13
CAPÍTULO 02 - SERIA O FEDERALISMO FORMA DE ESTADO APTA A FOMENTAR A PARTICIPAÇÃO DIRETA NO BRASIL? <i>Ênio Vinícius Martins Ferreira e Lucas Roquette Freitas Henriques</i>	31
CAPÍTULO 03 - A TENDÊNCIA UNITÁRIA DO FEDERALISMO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5540 <i>Marcel Chaves Ferreira e Paulo Henrique Mazzoni Mota</i>	38
CAPÍTULO 04 - A HIPERTROFIA DA UNIÃO NO FEDERALISMO BRASILEIRO: COMO O CONCEITO DE AUTONOMIA FEDERATIVA É DETURPADO <i>Lucca Sá Motta Dias de Assis</i>	50
CAPÍTULO 05 - MACROBLOCOS DE PODER: UMA ANÁLISE SOBRE A UNIÃO EUROPEIA E O MERCOSUL A PARTIR DE HABERMAS <i>Felipe Diógenes Antunes de Paula Cândido</i>	65

TÍTULO SEGUNDO SOCIEDADE, CONFLITO E MOVIMENTOS SOCIAIS

CAPÍTULO 01 - A ATUAÇÃO DE GRUPOS ECONÔMICOS NA REFORMA AGRÁRIA DISCUTIDA NA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987 <i>Bárbara dos Santos Choucair e Laura Elísia Carvalho Cardoso</i>	80
CAPÍTULO 02 - FRONTEIRA POLÍTICA: DUAS MACROVISÕES DA SOBERANIA DA EUROPA AO MERCOSUL <i>Dimas Ferreira Lopes e Vitor Maia Veríssimo</i>	96
CAPÍTULO 03 - MACONHA MEDICINAL: UMA ANÁLISE SOCIOLÓGICA E JURÍDICA SOBRE A SUA CRIMINALIZAÇÃO NO BRASIL <i>Ana Vitória Bragança Lana Ataíde, Gustavo Mendes de Oliveira Costa e Júlia Dilly Campos</i>	108
CAPÍTULO 04 - REFUGIADOS NO BRASIL: UMA DISSERTAÇÃO ACERCA DA ATUAÇÃO ASSÍNCRONICA NA DEFESA DE SEUS DIREITOS <i>Ana Carolina Baracho</i>	138

CAPÍTULO 05 - POVOS INDÍGENAS: O DIREITO À CONSULTA PRÉVIA E ÀS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS

Ana Eliza Alves Silva, Gabriela Helena Tassara Calenzani e Mariana Gualberto da Silveira 153

CAPÍTULO 06 - ENCARCERAMENTO FEMININO: UMA ANÁLISE DO AUMENTO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA DE MULHERES BRASILEIRAS COM A PROMULGAÇÃO DA LEI Nº 11.343/06

Letícia Mariano Borges de Figueiredo e Thais Guedes Yasuda 165

CAPÍTULO 07 - MIGRAÇÃO HAITIANA NO BRASIL: ADEQUAÇÃO AO CONCEITO DE REFÚGIO

Rayssa Laleska de Oliveira Costa..... 182

TÍTULO TERCEIRO

DIREITO INTERNACIONAL E AS

TRANSFORMAÇÕES NO MUNDO GLOBALIZADO

CAPÍTULO 01 - A GUERRA DA BÓSNIA-HERZEGOVINA E O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL NA EX-IUGOSLÁVIA

Bárbara Thaís Pinheiro Silva e Jéssica Batista Barbosa..... 196

CAPÍTULO 02 - GUERRA MUNDIAL AFRICANA E A NORMA *JUS COGENS*: ENFOQUE SOBRE O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Gabriel Nepomuceno Barbosa..... 213

CAPÍTULO 03 - GUERRILHA DO ARAGUAIA E LEI DA ANISTIA: O ATRASO BRASILEIRO NO CONTEXTO DOS DIREITOS HUMANOS

João Vitor Silva de Aquino e Murilo Lemos Wehdorn.....230

CAPÍTULO 04 - A POLÍTICA IMIGRATÓRIA NA UNIÃO EUROPEIA

Ana Luiza Tiburcio Guimarães, Bárbara Thaís Pinheiro Silva e Marianna Campos Dias Assis245

CAPÍTULO 05 - A NOVA LEI DE MIGRAÇÃO E A REALIDADE SOCIAL BRASILEIRA À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

Debora Duarte Rodrigues Braga263

CAPÍTULO 06 - A MIGRAÇÃO NOS ESTADOS UNIDOS E SUA INCOERÊNCIA COM OS DIREITOS HUMANOS

Bárbara Thaís Pinheiro Silva, Mariana Wamser Ferreira e Renatha Amaral Silva 276

CAPÍTULO 07 - A IMPORTÂNCIA DO DIREITO HUMANITÁRIO PARA EVITAR O FLUXO DE REFUGIADOS

***Bárbara Thaís Pinheiro Silva, Brunna Leão Jácome Ferreira e Priscila Pereira Cavalcanti dos Santos*289**

TÍTULO QUARTO
TRANSFORMAÇÕES NO DIREITO PRIVADO

CAPÍTULO 01 - A CRITERIOLOGIA ADOTADA PELO NCPC PARA A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JURÍDICAS: PERSPECTIVAS ATINENTES AOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO NEO-INSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO
***Daniela Dantas Carvalho e Yuri César de Almeida Silva* 301**

TÍTULO PRIMEIRO

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA

**FEDERALISMO: FEDERAÇÃO
JURISDICIONAL E CONSTITUCIONAL**

Professora Supervisora do Grupo de Pesquisa:
Profa. Dra. Wilba Lúcia Maia Bernardes

**PACTO FEDERATIVO E A CRISE
FINANCEIRA DOS MUNICÍPIOS**

Mellissa de Carvalho Moreira¹

1 INTRODUÇÃO

O Brasil adota o federalismo como modelo de organização do Estado, que estabelece uma repartição de poderes em três níveis, União, Estados, Distrito Federal – DF – e Municípios, todos autônomos e independentes. Sendo que, para assegurar tal autonomia², a Constituição estabelece a repartição dos poderes e competências de cada ente, e os limites de atuação de cada um.

O pacto federativo é o mecanismo que estabelece esta repartição das competências e encargos entre os entes, e, na insuficiência destas, estabeleceu, posteriormente, instrumentos de transferências intergovernamentais de receitas, por meio dos fundos de participação e transferências diretas de recursos.

Contudo, ainda que adotados tais instrumentos de transferência e repasses, o pacto encontra-se extremamente desequilibrado, num contexto de crise financeira, dos Estados e Municípios, o que representa riscos à federação, uma vez que, em uma situação de crise, a autonomia, sobretudo financeira, dos entes se esvazia, prejudicando um dos preceitos básicos do federalismo. Dentre as causas da crise financeira estão a ineficiência dos mecanismos de financiamento da federação, a guerra fiscal³, bem como a já acentuada carga tributária existente no Brasil⁴.

No contexto atual, o federalismo encontra-se enfraquecido, os Municípios e Estados carecem de autonomia financeira, o que prejudica também o exercício de sua autonomia política e administrativa, enfraquecendo, conseqüentemente, o próprio

¹ Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

² Autonomia aqui entendida como o poder de autodeterminação, exercitável de modo independente, mas dentro de limites traçados por lei estatal superior. (FERREIRA FILHO, 2012).

³ Competição entre entes federados por meio da concessão de isenções e benefícios fiscais para atrair investimentos locais, abdicando de receitas tributárias com a finalidade de fomentar o desenvolvimento econômico e gerar vantagens sociais que compensem as desvantagens provenientes das isenções, é o que afirma Luís Carlos Vitali Bordin (2004, p. 760).

⁴ O fato de a carga tributária já ser alta impossibilita que o governo crie novos impostos, ou aumente os existentes, visando melhorar a arrecadação.

federalismo brasileiro. Assim, faz-se necessária uma reformulação do pacto federativo, que não cumpre sua missão de estabelecer uma distribuição equilibrada de encargos e recursos, mesmo considerando o sistema de repasses, que, como será demonstrado no presente trabalho, não possui mecanismos de rateio e partilha adequados para proporcionar um equilíbrio federativo.

2 FEDERALISMO NO BRASIL

O federalismo é uma forma de Estado que decorreu da Confederação⁵, modelo no qual os estados se reúnem para formar um Estado unido, mas preservando a independência e liberdade dos estados membros. Neste modelo de estado, os membros podem, a qualquer momento, se desligar da confederação, o que a torna um modelo frágil. Em razão desta fragilidade do modelo existente, havia uma necessidade de realizar modificações nos artigos da Confederação, buscando constituir um governo central forte, capaz de manter a união indissolúvel entre os Estados. Assim, foi realizada a Convenção da Filadélfia⁶, em 1787, que resultou na adoção da forma federativa de Estado, estruturada por meio de uma Constituição, e não mais Tratado.

Portanto, o Estado Federal se constitui da união dos Estados, que preservam sua autonomia, liberdade e independência, e abrem mão de sua soberania, transferindo-a para o Governo Central. É uma forma de organização política instituída por meio de um pacto, que estabelece uma divisão de poderes entre os entes federados, preservando a autonomia e independência aos seus entes, que é assegurada e delimitada na Constituição, documento que formaliza e estabelece os termos do pacto federativo.

Esta forma de organização é pautada em níveis federativos, desconcentrando e descentralizando o poder por meio da atribuição de competências e deveres a cada um dos entes federados, que irão exercê-las na forma e dentro dos limites estabelecidos na Constituição. A Constituição é a base jurídica do Estado Federal, que confere autonomia aos entes federados, estabelecendo seus poderes, competências⁷ e traçando os limites de atuação de cada ente.

⁵ Constituída pelos Estados Unidos em 1781, por meio da assinatura do Tratado da Confederação.

⁶ A ratificação da Constituição dos Estados Unidos, constituindo o Estado Federado teve grande influência de James Madison, Alexander Hamilton e John Jay, autores da obra “Os Artigos Federalistas”, que expuseram as falhas da Confederação, apontando para a necessidade de adoção de uma forma de Estado mais forte e definitiva. (DALLARI, 2011, p. 253-254)

⁷ Juntamente com as competências e atribuições, são estabelecidas fontes de obtenção de recursos para cada ente, o que é feito, principalmente, por meio dos impostos.

Feitas considerações acerca do que é federalismo, como uma forma de organização do Estado, cumpre apresentar, brevemente, o desenvolvimento do federalismo na história Brasileira.

2.1 Origens do federalismo no Brasil

O federalismo brasileiro possui origens distintas da formação clássica do federalismo norte-americano, uma vez que o federalismo norte americano se deu por meio da união das colônias, antes soberanas, autônomas e independentes, ou seja, em uma formação centrípeta em que as colônias independentes abriram mão de sua soberania e autonomia, e se uniram para formar um governo central forte e soberano.

Já no Brasil, o processo foi o inverso, centrífugo, partiu de um Estado Unitário que se desmembrou em Estados membros, que foram dotados de autonomia. Este modelo de Estado foi adotado pela Constituição de 1891, que adotou um modelo de federalismo dualista e descentralizado, inspirado no modelo norte-americano, que tinha como pressuposto a soberania da União e Estados-membros, com definição das competências de cada ente. No entanto, este modelo não perdurou, em razão das preocupações que foram verificadas no contexto fático⁸, a Constituição de 1934 rompeu com o modelo dualista⁹, estabelecendo o modelo cooperativo, o que representou uma grande evolução para o federalismo.

O modelo cooperativo era pautado na solidariedade entre os entes federados, e buscou ajustar o federalismo à realidade socioeconômica brasileira, considerando as fortes desigualdades regionais existentes. O federalismo cooperativo se baseou na atuação da União em cooperação com os Estados membros, o que aumentou o papel intervencionista da União, e para tanto, a Carta atribuiu mais poderes de organização e controle à União.

Já em 1937, a Constituição outorgada rompeu com os preceitos federativos da Carta de 1934, e estabeleceu uma nova ordem constitucional, efetivamente unitária, altamente centralizada no poder central, anulando a autonomia dos demais entes. Este período unitário foi superado por meio da Constituição de 1946, que retomou o

⁸ Alguns destes fatores foram a crise econômica de 1929, que alcançou proporções internacionais, atingindo diretamente o Brasil em suas relações comerciais com outros países, assim como a insatisfação popular com o governo, que era dominado e revezado entre Minas Gerais e São Paulo.

⁹ O federalismo dualista pode ser caracterizado pela nítida separação entre as competências dos Estados e União, no qual as competências são repartidas de forma horizontal, com a previsão de competências e instituição de tributos exclusivos.

federalismo e democracia na forma em que estavam previstos na Carta de 1934, reestabelecendo a autonomia dos Estados-membros.

A Constituição de 1946 retomou o federalismo cooperativo, conferindo soberania à União e autonomia aos Estados membros. Além da autonomia, criou mecanismos para garantir a cooperação entre União e Estados-membros, fortalecendo as relações entre os entes federados de forma a descentralizar o poder e colocar o Brasil no caminho da democracia.

No entanto, em 1964, o Governo Militar rompeu com o cenário federalista e democrático, período no qual, o federalismo foi, novamente, centralizado, predominando o poder político e administrativo da União em detrimento dos Estados e Municípios¹⁰, estabelecendo forte subordinação destes ao governo federal.

O federalismo, novamente, foi meramente nominal na Constituição de 1967, porque na realidade, os poderes e competências estavam concentrados na União e os demais entes federados não possuíam competência nem recursos necessários para exercerem suas autonomias.

Diante deste histórico brasileiro, com tais mudanças e inconstâncias dos preceitos federativos e democráticos, a Constituição de 1988 foi promulgada, rompendo com o período ditatorial e reestabelecendo a democracia e modelo de federalismo cooperativo¹¹, em seu artigo 1º, estabelecendo que a República é formada pela união dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Não obstante a adoção expressa da forma federativa, o art. 60, § 4º, I, da Constituição assegura o princípio federativo, colocando-o como cláusula pétrea, o que implica na impossibilidade de alteração de tal princípio.

A Constituição também reestabeleceu a autonomia dos entes federados, inovando e conferindo *status* de ente federado ao Município¹². Reformulou o sistema de repartição de competências, de forma a viabilizar a relação entre os governos, e assegurar que os entes possam, efetivamente, exercer suas autonomias.

¹⁰ Em compensação à centralização das competências nas mãos da União foram criados os Fundos de Participação dos Estados (FPE) e Municípios (FPM), pela Emenda Constitucional nº 18/1965, para transferências diretas de recursos de determinados impostos de competência da União.

¹¹ Federalismo cooperativo pressupõe atuação coordenada entre os entes federados, em que a União assume papel de coordenar e controlar as atividades dos entes. Este modelo adota a repartição vertical de competências, na qual uma mesma matéria é atribuída a diferentes entes.

¹² Art. 18, Constituição Federal – CF.

De acordo com Horta¹³ (1995), o modelo de federalismo cooperativo¹⁴ e descentralizado adotado pela Constituição de 1988 guarda correlação direta com o processo de redemocratização do Brasil, de forma que a Constituição adotou um modelo de descentralização fiscal¹⁵, buscando um equilíbrio na atribuição de poderes e competências, bem como oferecendo (reestabelecendo) os mecanismos compensatórios de transferências entre os entes federados. E é acerca da autonomia e *status* de ente federado conferido aos Municípios que se pretende analisar no presente trabalho.

3 MUNICÍPIO COMO ENTE FEDERADO

A Constituição de 1988 inovou ao estabelecer o Município como uma esfera de poder municipal, dotando-o de autonomia¹⁶, competências e independência. A autonomia e independência dos entes federados se dão no campo político e administrativo, na medida em que não admitem a ingerência da esfera federal de poder no exercício de suas atribuições.

A autonomia conferida aos Municípios, como ente federado compreende autonomia política, no exercício de sua organização¹⁷, pelo poder de elaboração de Constituições municipais próprias (chamadas de Leis Orgânicas) e eleição dos representantes políticos dos poderes legislativo e executivo do âmbito municipal. Autonomia administrativa¹⁸, relativa à gestão dos negócios locais e prestação dos serviços que lhe são atribuídos constitucionalmente, e, autonomia financeira, realizada por meio da repartição de competências¹⁹ para instituir e arrecadar tributos.

¹³ HORTA (1995, p. 526).

¹⁴ A Constituição prevê, em seu art. 23, que Lei Complementar deverá fixar normas para a cooperação entre os entes federados, buscando o equilíbrio do desenvolvimento e bem-estar em âmbito nacional. A opção pelo federalismo cooperativo busca cumprir os objetivos fundamentais da Constituição, previstos no art. 3º, dentre os quais está a busca de uma sociedade justa e solidária, e a redução das desigualdades sociais e regionais.

¹⁵ Descentralização em relação à Constituição de 1967.

¹⁶ Embora previsto constitucionalmente, há uma discussão doutrinária acerca da efetiva autonomia dos Municípios. Alguns doutrinadores, como José Afonso da Silva (2005) e Nilo de Castro (2006), afirmam que tal autonomia é meramente formal, uma vez que os Municípios não preenchem os requisitos necessários para ser ente federativo, por não possuírem representação no Congresso Nacional, legitimidade ativa para apresentar proposta de Emenda Constitucional e nem possuírem Poder Judiciário próprio. ANDRADE, Mário Cesar da Silva. Dependência Financeira dos Municípios Brasileiros: entre o federalismo e a crise econômica. **Revista Espaço Acadêmico**. v. 16, n. 185, 2016.

¹⁷ art. 29, I e II, CF.

¹⁸ art. 30, CF.

¹⁹ art. 156, CF.

Dentre as atribuições administrativas do Município, estão, principalmente, a prestação dos serviços públicos de interesse local, a manutenção de programas de educação infantil e fundamental e atendimento básico à saúde²⁰.

A autonomia financeira dos entes federados é pressuposto do Estado Federal e para garantir tal autonomia, a Constituição de 1988, estabelece as competências tributárias e as fontes de receita de cada ente federado. Tendo em vista que tal autonomia depende da existência de recursos para execução das atribuições de cada ente, o ideal é que, a cada esfera de competência estabelecida, corresponda uma fonte de recursos, o que é feito pelo federalismo fiscal, que estabelece a distribuição das competências financeiras e tributárias entre os entes federados.

4 FEDERALISMO FISCAL

A descentralização político-administrativa do federalismo e a autonomia dos entes federados é realizada por meio da repartição de competências e atribuição de fontes de recursos próprios para cada ente. E, além de conferir fontes próprias, eles possuem autonomia para decidir, sem a interferência de outro ente, como irá gerir e aplicar suas receitas, o que decorre da autonomia financeira e orçamentária dos entes federados.

Em suma, a análise do federalismo fiscal cinge-se ao exame da distribuição de atribuições (despesas) e fontes de receitas (competências) entre os entes federativos e a sua adequação, visando possibilitar e viabilizar que as atribuições conferidas possuam receitas suficientes para serem realizadas.

De acordo com Berti²¹, a autonomia financeira se refere à prerrogativa dos estados-membros e municípios de obterem rendas e receitas próprias, para viabilizar a execução de seus orçamentos. Enquanto a autonomia orçamentária se refere à elaboração e realização do orçamento público, definindo como será feita a gestão dos recursos públicos, os gastos, investimentos e políticas econômicas que serão adotadas²².

²⁰ Com a cooperação técnica e financeira da União e Estados (art. 30, VI e VII, CF)

²¹ BERTI, Flávio Azambuja. **Federalismo fiscal e defesa de direitos do contribuinte**: efetividade ou retórica. Camplinas: Bookseller, 2005. p. 81/82.

²² Ressaltando-se que, a prerrogativa dos entes de elaborarem seus orçamentos e definirem a gestão das receitas não é ilimitada, devendo sempre respeitar os limites estabelecidos em lei, dentre as quais destacam-se a de orçamento público, Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias, Lei 4.230/1964 e a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000).

Assim, federalismo fiscal é o mecanismo de atribuição de competências e distribuição de fontes de arrecadação para realização destes encargos, que é feita por meio da distribuição da competência para instituir, fiscalizar e arrecadar tributos²³. Este mecanismo busca realizar um dos objetivos da República Federativa do Brasil, de reduzir as desigualdades sociais e regionais, conforme estabelecido no inciso III do art. 3º da Constituição.

De acordo com Amaro (2006)²⁴, a Constituição adotou um “*sistema misto de partilha de competência e partilha do produto da arrecadação*”, composta pela competência referente ao poder de criar e instituir os tributos e da forma de partilha do produto da arrecadação. A Constituição, além das receitas diretamente auferidas pelos entes, decorrentes dos tributos de sua competência, estabeleceu também um sistema de partilha da arrecadação entre os entes, fazendo com que em alguns tributos, sua arrecadação seja repartida entre os níveis de governo.

4.1 Repartição de competências

Conforme já mencionado, a Constituição de 1988 adotou o modelo de federalismo cooperativo, utilizando a técnica de repartição vertical de competências, repartindo as competências tributárias de três formas: privativa, comum e residual.

A competência privativa é atribuída exclusiva e privativamente a um único ente federado; comum, quando atribui competência para todos os entes federados legislarem sobre determinada matéria tributária e a competência residual, na qual a União pode criar impostos diversos dos que lhe são atribuídos privativamente pelo art. 153 da Constituição de 1988²⁵.

Nos sistemas tributários do mundo, existem três fontes tributáveis, que são o patrimônio, a renda e o consumo. O que difere nos países é a forma com que estas fontes são repartidas e a importância ou o peso da arrecadação incidente em cada uma delas.

²³ No presente trabalho, a análise se pauta na repartição de competência tributária, tendo em vista que os tributos são a principal fonte de receitas públicas.

²⁴ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 12. Ed. 2006. São Paulo: Saraiva. (E-book). p. 93.

²⁵ Ressalvado que os impostos criados pela União no exercício de sua competência residual deverão ser não-cumulativos (art. 153, §3º, II, CF) não podendo ter como fato gerador ou base de cálculo os já previstos constitucionalmente.

No sistema tributário brasileiro, existem 12 impostos, sendo que, 6²⁶ ficam a cargo da União, 3²⁷ para os Estados e 3²⁸ para os Municípios. Neste modelo de distribuição, em 2016²⁹, cerca de 25% do total da arrecadação do país foi destinada e será administrada pelos Municípios. Isso demonstra claramente que há uma tendência de centralização da tributação a cargo da União, que além de possuir a maior parte das competências tributárias, é responsável por instituir e arrecadar os tributos mais relevantes, refletindo em uma maior capacidade de arrecadação para a União e em uma redução da autonomia das entidades periféricas.

Há, portanto, uma centralidade de competência tributária nas mãos da União, que gera desigualdades e desequilíbrio no sistema federativo, pois os entes subnacionais possuem menos fontes de receitas próprias, a despeito de terem amplo rol de responsabilidades e atribuições. Assim, em razão do desequilíbrio regional³⁰, a Constituição estabeleceu uma forma de repartição das receitas tributárias, visando amenizar as desigualdades, por meio de transferências de receitas para os entes subnacionais.

4.2 Repartição do produto da arrecadação

Como mencionado supra, visando reduzir as desigualdades, o federalismo fiscal tem como segundo pilar, a repartição das receitas tributárias, que constitui um sistema de transferência das receitas arrecadadas de uma unidade para outra. Desta forma, o produto arrecadado de um determinado tributo não será integralmente apropriado pelo ente político que o instituiu e sim, poderá ser partilhado com outros entes periféricos.

Esta partilha pode ser obrigatória, quando houver disposição expressa na Constituição ou Lei, podendo ser feita de forma direta ou indireta. Ou a partilha pode ser voluntária, que decorre de ato de vontade firmado entre os entes envolvidos. De acordo com Sacha Calmon (2004, p. 435), existem duas formas de participação do

²⁶ Imposto de importação, imposto de exportação, imposto de renda, imposto sobre produtos industrializados, imposto sobre operações financeiras e imposto sobre a propriedade territorial rural.

²⁷ Imposto sobre circulação de mercadorias e serviços, imposto sobre transmissão causa mortis e doações e imposto sobre a propriedade de veículo automotor.

²⁸ Imposto sobre serviços de qualquer natureza, imposto sobre transmissão de bens imóveis e imposto sobre a propriedade territorial urbana.

²⁹ De acordo com o índice Firjan de Gestão Fiscal (IFGF, 2017).

³⁰ Diferenças de quantitativo populacional, renda *per capita*, capacidade administrativa de cada Estado e Município, dentre outras.

produto da arrecadação: a direta e a indireta. Sendo que a forma indireta impõe uma relação simples, enquanto a indireta pressupõe a intermediação de um fundo, que depois serão rateados entre os partícipes beneficiários, de acordo com os critérios legais preestabelecidos.

Uma das formas de transferência indireta são os Fundos de Participação, sistemas de compensação fiscal criados durante o regime militar, pela Emenda nº 18/1965, que reformulou o sistema tributário brasileiro, reforçando as transferências de recursos da União para Estados e Municípios³¹, compensando a centralização da arrecadação do governo federal, e dos estados mais industrializados, que arrecadavam mais tributos em relação aos estados e Municípios menos desenvolvidos.

Estes mecanismos de transferências buscam promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes federados, conforme determina o art. 161, II, da Constituição, cabendo à Lei Complementar fixar os critérios de rateio para promover tal objetivo. Sendo a situação financeira e política dos Municípios tema principal, cinge-se à análise do fundo de participação destes, não se pretendendo analisar e adentrar ao fundo de participação dos Estados.

4.2.1 Fundo de Participação dos Municípios

O Fundo de Participação dos Municípios é uma forma de repartição indireta e obrigatória da arrecadação tributária de caráter redistributivo, que busca reduzir as desigualdades por meio da distribuição de receitas com base em critérios qualitativos, definidos em Lei Complementar³². Atualmente, o repasse para os fundos de participação do município é de 23,5%³³ da arrecadação da União com Imposto de Renda e Imposto sobre Produtos Industrializados. Sendo que o coeficiente de distribuição do fundo de participação dos Municípios é fixado pela Lei Complementar

³¹ Por meio da criação do Fundo de Participação dos Estados (FPE) e o Fundo de Participação dos Municípios (FPM).

³² Conforme disposto no art. 161, II, da CF, cabe à Lei Complementar regular a entrega dos recursos prevista no art. 159, especialmente os critérios de rateio dos fundos previstos no inciso I, o que é feito por meio da Lei Complementar 62/89.

³³ A EC 55/07 aumentou 1%, em razão das reivindicações dos prefeitos realizada em abril de 2007, em Brasília.

nº 62/89, que observa dois fatores, a população e a renda *per capita* do estado onde o Município está situado, se é capital do Estado³⁴ ou não³⁵.

No entanto, ainda que o FPM tenha sido um instrumento criado para reduzir desigualdades sociais e econômicas, na prática, tal objetivo não se concretiza, pois os Municípios, principalmente os de pequeno e médio porte³⁶, encontram-se em situação de crise fiscal, de forma que a tentativa de equilibrar as contas dos municípios não é efetivada e as desigualdades perduram.

O que se vê na realidade, é que os Municípios dependem demasiadamente dos recursos advindos do FPM, principalmente os de pequeno e médio porte, por não conseguirem uma arrecadação tributária própria e satisfatória para custeio de seu orçamento. E esta dependência dos repasses do Fundo de Participação é prejudicial, pois, como mecanismo de auxílio das contas públicas, não pode ser a fonte principal de receita do ente, o que tem ocorrido na prática.

Outro ponto que demonstra a ineficiência do sistema de transferências intergovernamentais dos Fundos de Participação foi a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, incisos I e II, parágrafo 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar 62/89, que dispõe sobre a distribuição de recursos do Fundo de Participação dos Estados e Distrito Federal – FPE.

A decisão pela inconstitucionalidade da forma de rateio do Fundo de Participação dos Estados e DF foi proferida pelo Supremo Tribunal Federal – STF - em 2010, sob o argumento de que os coeficientes fixos estabelecidos pela norma não promovem equilíbrio socioeconômico entre os Estados, ou seja, os critérios de rateio não condizem e representam a realidade atual do país³⁷.

Assim, tal decisão do STF³⁸, evidencia a falta de efetividade do fundo de participação dos estados, quando decidiu pela inconstitucionalidade dos critérios de partilha definidos na Lei Complementar 62/89, determinando que só teria efeitos até

³⁴ São destinados 10% para os Municípios capital, que são partilhados com base no fator representativo do inverso da renda *per capita* do Estado ao qual pertence, e com base na sua população.

³⁵ O restante (90%) são destinados aos Municípios que não são capital, e os coeficientes de participação são calculados conforme o seu número de habitantes (com base nos dados oficiais do IBGE).

³⁶ Aqui considerando, pequeno porte os Municípios com população de até 20 mil habitantes, e médio porte de até 50 mil habitantes.

³⁷ Neste ponto, importante frisar que a Lei Complementar foi elaborada em 1989, com caráter transitório, pois, em seu art. 12, §1º, estabelecia que os coeficientes nela previstos seriam aplicados até o exercício financeiro de 1991. Contudo, não foi elaborada nenhuma lei posterior que regulamentasse tais coeficientes, fazendo com que tais critérios de rateio continuassem em aplicação.

³⁸ Provocada pelas ADIs impetradas pelo Rio Grande do Sul, Paraná e Santa Catarina (ADI 875), Mato Grosso e Goiás (ADI 1987), Mato Grosso (ADI 3243) e Mato Grosso do Sul (ADI 2727).

o dia 31 de dezembro de 2012³⁹, e após esta data deveria ser elaborada nova norma, dispondo sobre a distribuição dos recursos.

A nova Lei Complementar só foi editada em julho de 2013, que fixou novos critérios de partilha do Fundo de Participação dos Estados. Contudo, em agosto de 2013, a referida Lei também foi objeto de impugnação no STF, por meio da ADI 5.069, contudo, o caso ainda não foi a julgamento perante o Tribunal.

No caso do Fundo de Participação dos Municípios - FPM, os valores são repartidos com base na população e renda *per capita*, tendo como objetivo final promover o equilíbrio, beneficiando mais os entes menos desenvolvidos. E, de acordo com o Tribunal de Contas da União⁴⁰, o FPM “*privilegia os municípios menores, devido ao pressuposto de que município pequeno é município pobre*”, contudo, tal premissa não é verdadeira, e, portanto, o “critério” população e renda *per capita* se mostram insuficientes para proporcionar um equilíbrio fático, ainda que consideremos as três diferentes formas de distribuição⁴¹. Este é um dos argumentos usados no sentido de afastar o sistema de rateio utilizado pelo fundo de participação dos Municípios, como foi o entendimento do STF em relação ao FPE.

5 CRISE FINANCEIRA DOS MUNICÍPIOS

Em razão da impossibilidade de custeio de seus serviços e atividades por meio de arrecadação própria, os Municípios, principalmente de pequeno e médio porte ficam dependentes da repartição direta e indireta dos recursos, o que fere a autonomia financeira, administrativa e política destes, demonstrando que tal autonomia conferida aos Municípios não se efetiva.

Em 2016 (IFGF 2017), aproximadamente 86% dos Municípios brasileiros apresentaram situação fiscal difícil ou crítica, e 81%⁴² não geram nem 20% de suas receitas, o que demonstra uma grande dependência destes Municípios dos repasses efetuados pela União e Estados, tanto obrigatórios quanto voluntários.

³⁹ Prorrogados por mais 150 dias, por meio de liminar deferida em 24 de janeiro de 2013, na ADO 23.

⁴⁰ Relatório do Acórdão nº 1.120/2009.

⁴¹ A Primeira forma de repartição é a destinação de 10% para os Municípios capital dos Estados, a segunda é 90% para os Municípios do interior, sendo que destes 90%, 86,4% são para todos, e 3,6% é destinado à uma reserva especial para os municípios com população superior a 142.633 habitantes (reserva instituída pelo Decreto Lei nº 1.881/81, destinada aos municípios com fator 3,8 e 4,0 de faixa populacional).

⁴² Municípios com uma população média de até 9 mil habitantes.

A situação fiscal dos Municípios é grave, e uma das principais reivindicações dos prefeitos, como também do atual Presidente, é de uma revisão do pacto federativo, o que envolve principalmente sua falha a respeito da distribuição de fontes de arrecadação. Grande parte dos Municípios encontra-se em situação de crise fiscal e dependência financeira dos repasses intergovernamentais. Mesmo os Municípios com mais de 100 mil habitantes, que possuem maior capacidade de arrecadação tributária própria, tem as transferências constitucionais e a quota-parte do ICMS⁴³ como principais componentes de suas receitas.

O fato de o ICMS ser um dos impostos cuja parte arrecadação é distribuída para os Municípios demonstra outro fator de insegurança financeira para os Municípios, tendo em vista que o ICMS é um dos impostos com maior grau de complexidade, cuja disputa entre Estados gera a “guerra fiscal”⁴⁴, prejudicando não só os Estados, mas também os Municípios, por meio das isenções que reduzem a arrecadação do ICMS, e conseqüentemente, dos repasses para os Municípios. Assim, não só nos Municípios de pequeno e médio porte, mas também os com maior continente populacional, vêm dependendo das transferências constitucionais, sobretudo do Fundo de Participação dos Municípios.

O fundamento de tal necessidade reside na descentralização⁴⁵ das competências em contraposição à centralização da arrecadação, que faz com que os municípios dependam de ajuda da União⁴⁶, reduzindo a autonomia política e administrativa dos municípios, que perdem o exercício do controle de suas despesas e orçamento. O problema se agrava, na medida em que políticas públicas e sociais são descentralizadas para os Municípios⁴⁷, ou seja, os gastos públicos são descentralizados, conforme demonstram os dados apresentados por Rui de Brito Álvares Affonso⁴⁸, que concluiu

⁴³ 25% da arrecadação do ICMS é transferido para o fundo de participação dos Municípios, conforme previsto no art. 158, IV, CF.

⁴⁴ Práticas competitivas entre os Estados, por meio de incentivos ou isenções fiscais, buscando atrair agentes privados, com menor custo fiscal. De acordo com Sérgio Prado e Carlos Eduardo Gonçalves Cavalcanti, a guerra fiscal é um fenômeno que ocorre do uso de benefícios e incentivos fiscais utilizados pelos governos subnacionais e geram efeitos econômicos danosos e efeitos macroeconômicos. (PRADO; CAVALCANTI, 1999, p. 6).

⁴⁵ O art. 21, CF estabelece as competências da União, e o art. 30, CF, estabelece as competências dos Municípios.

⁴⁶ Por meio das transferências intergovernamentais obrigatórias e transferências voluntárias.

⁴⁷ O art. 23 da CF estabelece como competência comum da União, Estados, DF e Municípios, o zelo e guarda da Constituição, leis e instituições democráticas, saúde e assistência pública, proteção do meio ambiente e outras políticas públicas e sociais.

⁴⁸ In: SILVA, Pedro Luiz Barros (Org.). **A Federação em Perspectiva**: ensaios selecionados. São Paulo: FUNDAP, 1995. p. 57-75.

que a partir de 1988, a participação dos governos subnacionais no total das despesas públicas aumentou significativamente.

A descentralização tem como escopo atender às reivindicações sociais e efetivar a democracia, por meio da atuação de um governo local, mais próximo do povo⁴⁹, e aí reside a importância do princípio da subsidiariedade no sistema federativo, que, de acordo com Bonavides (2004, p. 436), “*só passam à esfera de competência do ente maior aquelas matérias que não podem ser da mesma forma ou com vantagem exercitadas pelos entes públicos inferiores*”. De forma que, no âmbito das competências concorrentes⁵⁰, o ente central só deverá intervir quando a atuação dos entes subnacionais não for viável ou suficiente.

Contudo, tendo em vista que a execução de políticas públicas demanda recursos, os quais já se encontram escassos nos Municípios, a situação se torna ainda mais complicada, gerando um cenário de descumprimento de políticas públicas e obrigações por parte dos gestores municipais. Uma das críticas dos representantes municipais é a de que há a necessidade de revisão do pacto federativo, uma vez que foram repassadas atribuições e responsabilidades para os Estados e Municípios, sem a devida disponibilização de recursos para sua realização ou manutenção.

Sobre atribuições repassadas sem as respectivas receitas, foi proposta uma Emenda à Constituição (proposta de Emenda Constitucional - PEC 172/2012), que visa alterar o art. 160 da CF, proibindo a imposição de repasse de atribuição aos Estados e Municípios sem a previsão de fonte de financiamento para sua execução. Proposta em 2012, a PEC supramencionada encontra-se pendente de apreciação pelo plenário do Senado, o que demonstra a busca por uma reforma fiscal no país, que se faz urgente para buscar um equilíbrio entre os entes federados, e que perdura desde 1995, com a Proposta de Emenda Constitucional n° 175⁵¹.

⁴⁹ Para Giambiagi e Ana Cláudia Além (GIAMBIAGI; ALÉM, 2000, p. 306), as esferas de governo subnacionais, por estarem mais perto dos eleitores e contribuintes, estão mais aptas a perceber as preferências locais a respeito dos serviços públicos e impostos, e por isto a forma federativa de Estado, por ser descentralizada, tende à maior eficiência.

⁵⁰ Ademais, assevera Luís Eduardo Schoueri (2005, p. 537) que o princípio da subsidiariedade implica que, no âmbito das competências concorrentes, a atuação da União não pode ir além das ‘normas gerais’, não podendo intervir no campo onde é cabível a intervenção dos Estados e Municípios.

⁵¹ Proposta que pretendia extinguir o imposto sobre produtos industrializados - IPI, substituindo-o por uma alíquota federal incidente sobre a mesma base do ICMS, tornando um único imposto, partilhado pelos três entes federados. Atualmente, a PEC está arquivada.

Esta situação de escassez de recursos para custeio e execução dos serviços públicos é chamada de brecha fiscal vertical⁵², que é o desequilíbrio entre receita própria e despesas, que vem ocasionando descumprimentos da Lei De Responsabilidade Fiscal, como é o caso dos Municípios que ultrapassam o limite estabelecido para despesas de pessoal⁵³. De acordo com avaliação feita pela FIRJAN (2016), mais de 2.000 Municípios descumpriram a Lei de Responsabilidade Fiscal em 2016, não observando o limite de despesas, não entregando dados para a secretaria do tesouro e não repassando o cargo com recursos suficientes em caixa para a próxima gestão.

A situação precária dos Municípios compromete o desenvolvimento socioeconômico do país, uma vez que os serviços básicos como o de saúde e educação ficam prejudicados, sem recursos para suprir todas as despesas que o Município possui.

6 CONCLUSÃO

A atual crise financeira vivenciada pelos Municípios decorre de diversos fatores, como a guerra fiscal, guerra dos portos, discussões atinentes ao ICMS, entre outras. Contudo, todas essas questões e problemas evidenciam a necessidade de revisão do pacto federativo, seja pela modificação das competências tributárias, do sistema de transferência intergovernamental ou dos critérios de partilha adotados pelos fundos de participação.

De acordo com Gilberto Bercovici⁵⁴, o problema fundamental do federalismo após a Constituição de 1988 é a falta de planejamento, coordenação e cooperação entre os entes federados e a União, sendo reflexos deste problema, a competição fiscal danosa entre os Estados e o endividamento dos entes.

Como demonstrado, os Municípios encontram-se em situação deficitária, com problemas de arrecadação e gestão dos serviços públicos, o que implica em um grande prejuízo à população, que paga uma alta carga tributária e não tem seus interesses

⁵² De acordo com Sérgio Prado (2006, p. 21), brecha fiscal é a descentralização de competências materiais para os Estados e Municípios e a falta de verbas para custeá-las. Ou seja, é a disparidade entre os encargos e receitas próprias do ente, que tenta ser solucionada por meio das transferências intergovernamentais.

⁵³ A lei de responsabilidade fiscal estabelece o limite de 60% dos gastos com pessoal, no entanto, de acordo com o FIRJAN, 575 (de 4.544 Municípios avaliados) terminaram o ano gastando mais eu 60% com pessoal.

⁵⁴ BERCOVICI, 2004, p. 72.

satisfeitos pela administração pública. A centralização das competências tributárias tem como justificativa a facilidade da União para arrecadar os tributos, estabelecendo, em contrapartida, uma forma de partilha dos recursos arrecadados pela mesma. No entanto, ante a ineficiência dos critérios utilizados pelos mecanismos de transferência de recursos, não há, efetivamente, uma distribuição equilibrada e justa, sendo necessária sua revisão. A situação de dependência dos Municípios dos repasses diretos e indiretos interestaduais demonstra um risco à democracia e autonomia dos entes, pois, necessitando de recursos, a renda acaba por ser repartida de forma política, por meio de jogo de interesses, favores e alianças políticas.

O sistema de federalismo fiscal atual é basicamente fruto do sistema tributário estabelecido pela Constituição de 1967, que consagrou a estrutura do sistema de transferências intergovernamentais, e que, ao longo dos anos, foi sendo modificado⁵⁵, principalmente pela Constituição de 1988, que realizou uma transferência de renda da União para os Estados e Municípios, contudo, a estrutura básica não foi alterada, somente alguns parâmetros e coeficientes de incidência e repasse.

Assim, considerando que a realidade brasileira e global se alterou consideravelmente nas últimas décadas, é necessária uma reformulação do pacto federativo, modificando o sistema de competências tributárias, partilha de recursos e distribuição de encargos entre os entes federados, buscando um equilíbrio federativo.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. **Os Barões da Federação**: os governadores e a redemocratização brasileira. São Paulo: Hucitec/Editora USP, 1998.

AFONSO, José Roberto Rodrigues. Descentralização fiscal: revendo idéias. **Ensaio FEE**, Porto Alegre, v. 15, n. 2, p. 353-374, 1994.

AFFONSO, Rui de Britto Álvares. A federação no Brasil: impasses e perspectivas. *In*: AFFONSO, Rui de Britto Álvares; SILVA, Pedro Luiz Barros (Org.) **A federação em perspectiva**: ensaios selecionados. São Paulo: FUNDAP, 1995. p. 57-75.

ALMEIDA, Fernanda D. M. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Atlas, 1991.

⁵⁵ A distribuição de competências e receitas foi modificada com a Constituição de 1988, transferindo parte da arrecadação da União para os Estados e Municípios, sobretudo do Imposto de Renda e IPI, por meio dos repasses estabelecidos no art. 159, I e II da Constituição. Em 1984 a arrecadação do Imposto de Renda e do IPI representavam cerca de 80% da arrecadação federal, e, após tal modificação, estes impostos tiveram sua importância reduzida no âmbito federal, chegando a representar apenas 25% da arrecadação federal em 2005.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 12. Ed. 2006. São Paulo: Saraiva. (E-book). Disponível em: <<https://thaisandrade.files.wordpress.com/2011/03/luciano-amaro-direito-tributario-brasileiro-12c2aa-ed-2006.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

ANDRADE, Mário Cesar da Silva. Dependência financeira dos municípios brasileiros: entre o federalismo e a crise econômica. **Revista Espaço Acadêmico**. v. 16, n. 185, 2016. Disponível em: <<http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/31073>>. Acesso em: 18 set. 2017.

ARRETCHE, Marta. **Federalismo e democracia no Brasil**: a visão da ciência política norte-americana. Revista São Paulo em perspectiva, 2001.

BAHIA, Carolina Bahia. **Minha preocupação não é distribuir recursos**. Porto Alegre: Zero Hora, 13 fev. 2008, p.12.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Federalismo**. Belo Horizonte: FUMARC/UCMG. 1982.

BARROSO, Luís Roberto. A derrota da federação: o colapso financeiro dos Estados e Municípios. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (Coord.). **Direito constitucional brasileiro**: perspectivas e controvérsias contemporâneas. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE. **Manual de derecho constitucional**. 2. ed. Tradução Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 2001a.

BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do estado federal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. O Federalismo e as Regiões. RAMOS, Dircêo (coord.). **Federalismo atual** - teoria do federalismo. Belo Horizonte: Arraes. 2013.

BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. **Federação e Federalismo**. Belo Horizonte: Del Rey. 2010.

BERTI, Flávio Azambuja. **Federalismo fiscal e defesa de direitos do contribuinte**: efetividade ou retórica. Camplinas: Bookseller, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORDIN, Luís Carlos Vitali. ICMS: gastos tributários e receita potencial. In: Finanças públicas: **VIII Prêmio Tesouro Nacional-2003**. Brasília: Universidade de Brasília, 2004, p. 760.

CASTRO, José Nilo de. Considerações sobre o federalismo. **Revista de informação legislativa**, v. 22, n. 85, p. 45-74, jan./mar. 1985. Disponível em: <

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181588/000415514.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 20 set. 2018.

CASTRO, José N. de. **Direito Municipal Positivo**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

CORREIA NETO, Celso de Barros. Supremo julgará novamente os critérios de partilha do FPE. [S.]: **Consultor Jurídico**, 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-mar-15/observatorio-constitucional-stf-julgara-novamente-criterios-partilha-fpe>>. Acesso em: 29 ago. 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DERZI, Misabel Abreu Machado (Org). **Construindo o direito tributário na Constituição: uma análise da obra do Ministro Carlos Mário Velloso**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <<https://docero.com.br/doc/xonv5n>>. Acesso em: 20 set. 2017.

FIRJAN - Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro. **IFGF 2017 - Índice FIRJAN de gestão fiscal: ano base 2016 – recorte municipalabrangência nacional**. Disponível em <http://www.firjan.com.br/data/files/4A/Bo/A3/B1/C4CCD51063C6AAD5A8A809C2/IFGF%202017%20-%20An_lise%20Especial%20-%20Vers_o%20Completa.pdf>. Acesso em: 31 set. 2017.

GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Ana Cláudia Duarte de. **Finanças públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O federalista**. Tradução Ricardo Rodrigo-es Gama. Campinas: Russell, 2003.

HOFMEISTER, Wilhelm. **Federalismo na Alemanha e no Brasil**. São Paulo: Konrad Adenauer, 2001. v. 1.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey. 1995.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega. 1975.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014.

PISCITELLI, Roberto Bocaccio (org.). **O sistema tributário na nova Constituição:** da crise financeira às perspectivas com o novo sistema. Brasília: Editora UnB, 1989.

PRADO, Sérgio, CAVALCANTI, Carlos Eduardo Gonçalves. Aspectos da guerra fiscal no Brasil. *In:* AFFONSO, Rui de Britto Álvares (Org.). **Estudos de economia do setor público, Guerra fiscal no Brasil:** três estudos de caso: Minas Gerais, Rio de Janeiro, Paraná. São Paulo: FAPESP, 1999. v. 5. p. 6-16.

REZENDE, Fernando. **Finanças públicas.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

REZENDE, Fernando Antonio. Modernização tributária e federalismo fiscal. *In:* REZENDE, F.; OLIVEIRA, F. A. (org.). **Descentralização e federalismo fiscal no Brasil:** desafios da reforma tributária. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2003.

REZENDE, Fernando Antonio. **Desafios do federalismo fiscal.** Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006.

ROCHA, Carlos Alexandre Amorim. **O FPM é constitucional?.** Brasília: Senado Federal, 2013. <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-124-o-fpm-e-constitucional>> , Acesso em: 25 out. 2018.

SILVA, José A. da. **Curso de direito constitucional positivo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito Tributário e ordem econômica. *In:* TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Tratado de direito constitucional tributário:** estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 537.

VIOL, Andréa Lemgruber. O fenômeno da competição tributária: aspectos teóricos e uma análise do caso brasileiro. *In:* **Coletânea de Monografias do IV Prêmio do Tesouro Nacional.** Brasília: Ministério da Fazenda – Tesouro Nacional, 2000.

SERIA O FEDERALISMO FORMA DE ESTADO APTA A FOMENTAR A PARTICIPAÇÃO DIRETA NO BRASIL?

*Ênio Vinícius Martins Ferreira*⁵⁶

*Lucas Roquette Freitas Henriques*⁵⁷

1. INTRODUÇÃO

Neste artigo visamos apresentar e problematizar a questão das formas de participação direta do povo em um país republicano-federalista com proporções geográficas continentais, acrescida do contexto de contínuo progresso tecnológico, que confere ao século XXI possibilidades de exercício da democracia de formas, até então, sem precedentes.

A partir da crise de legitimidade da representação política, no mundo como um todo, a internet tem sido palco, não só de expressão da insatisfação, mas também da sugestão de soluções que a população considera adequadas aos problemas enfrentados.

A internet surge como espaço inigualável para debates a respeito de proposições legislativas que o Poder Legislativo produz e a oportunidade do povo, exercendo a titularidade do Poder Constituinte, ter efetivamente iniciativa legislativa e realizar emendas, além de ser ouvido durante o processo legislativo.

O uso da internet, instrumento de comunicação mundial, como método revolucionário de participação popular, tem gerado experiências únicas, como o esboço da Constituinte Islandesa, em 2011, feita totalmente sob o zelo da consulta popular via rede mundial de computadores, método conhecido como *crowdsourcing*.

Nesta conjuntura, o Senado Federal brasileiro já utilizou a internet como forma de estreitar o elo entre o povo e os seus representantes políticos, criando, em 2012, o “Portal e-Cidadania”, sem nenhuma ligação aos partidos políticos. Por meio deste portal virtual, a população pode participar através de três formas, na concepção de

⁵⁶ Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

⁵⁷ Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Ideia Legislativa, em Eventos Interativos e em Consultas Públicas, auferindo ao povo maior poder decisório, mesmo que minimamente.

2. FEDERALISMO

A concisa definição de federalismo, nos termos de Streck e Moraes (2010, p. 171):

A Federação, como estratégia de descentralização do poder político, implica uma repartição rígida de competências entre o órgão do poder central, denominado União, e as expressões das organizações regionais, mais frequentemente conhecidas por Estados-membros, sendo que estes participam naquela via representação, ou ainda – como no caso brasileiro – de um terceiro nível de competências: *o município*.

Objeto de constante labor entre os acadêmicos na pesquisa sobre paradigmas jurídico-organizacionais do Estado, o Federalismo é o mais contemplado e adotado pela nações. Dado o caráter heterogêneo dos países que adotam o federalismo como forma organizacional do Estado, desde os EUA até a Arábia Saudita, se faz mister a ponderação de Bernardes (2010, p. 53) que:

não há, *a priori*, uma identidade definida do federalismo. Essa identidade pode ser formada com um viés mais focado na unidade ou mais voltado para a diversidade. O que devemos frisar é que é próprio do federalismo conviver com essa margem aberta de flexibilidade e plasticidade, sem a qual não poderá operar.

Portanto, como dito acima, o federalismo é capaz de se adequar ao caso concreto, sendo diretamente influenciado pelo paradigma de Estado adotado, pela cultura, questões territoriais, entre outros fatores, denotando um maior efeito centrípeto ou centrífugo. Essa adequação atribui uma espécie de constante espaço de modificação consensual, na análise de Bernardes (2010, p. 55):

ao permitir uma leitura de federalismo inacabado, colocando a questão de fechar e de se abrir continuamente, a necessidade de fechamento e aberturas ocasionais leva à possibilidade de formar consensos negociados. Com abertura desse “espaço”, teremos também, no federalismo, maior possibilidade de negociação que insuflará um jogo político mais equilibrado.

3. O FEDERALISMO BRASILEIRO E A PARTICIPAÇÃO DIRETA

Graças a sua capacidade de adaptação, o Federalismo se apresenta como apto a receber formas de participação diferentes daquelas já concebidas e adotadas. Segundo o IBGE, o Brasil possui superfície de 8.515.759,090 km² e população superior a 208

milhões, sendo essencial que haja descentralização do poder para que as demandas, principalmente aquelas de interesse local, sejam melhor atendidas.

Objetivando uma melhor eficiência na ação estatal a manifestação das pessoas inseridas no caso concreto é imprescindível. A visão do indivíduo sobre os problemas enfrentados e suas possíveis soluções possuem enorme valor pela contribuição única produzida através da vivência. Sob esse prisma, quão mais acessíveis forem os instrumentos utilizados para obter um maior grau de verossimilhança axiológica e de legitimidade da representatividade, melhor.

Nessa perspectiva, a internet aparece como meio de auferir uma maior consolidação do elo representado–representante, formando uma maior dimensão colaborativa e argumentativa para a obtenção do bem comum. Para Surowiecki (2004): “the web provides a perfect technology capable of aggregating millions of disparate, independent ideas in the way markets and intelligent voting systems do, without the dangers of ‘too much communication’ and compromise”.

Apesar da possibilidade de se instrumentalizar a internet para aproximar a população das decisões políticas o acesso à esta, de acordo com dados de 2015 divulgados pelo IBGE, só está presente em 57,8% das casas brasileiras, sendo que nas casas sem rendimento a ¼ do salário mínimo o percentual de acesso é de 29,7%. Desta forma qualquer cogitação do uso pleno da internet deve ter antes a solução da questão do acesso superado, para só então ser exequível de forma a representar a opinião dos brasileiros como um todo sem a exclusão que a falta de acesso propicia.

A autonomia da forma federativa permite a adoção de medidas para que a participação popular seja efetivada através de medidas adequadas ao contexto estadual e, no federalismo brasileiro, municipal.

4. PARTICIPAÇÃO POPULAR E O E-CIDADANIA

O portal e-Cidadania, criado pelo Senado Federal em 2002, abre espaço para participação do cidadão através da ideia legislativa, do evento interativo e da consulta pública. A ideia legislativa é um instrumento, como descrito no sítio, que permite o envio e apoio das sugestões de alteração na legislação vigente ou de criação leis. Aquelas que alcançarem 20 mil apoios são encaminhadas para análise na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa.

O evento interativo abre espaço para participação de audiências públicas, sabinas e outros eventos abertos, sendo criada página específica para transmissão ao vivo, publicação de comentários, apresentações, notícias e documentos sobre o evento e a consulta pública, por sua vez, traz a oportunidade de se opinar sobre proposições legislativas em tramitação no Senado Federal.

Percebe-se que há grande potencial de participação da população na produção legislativa através desta criação do Senado Federal, mas até o momento resultou em apenas um projeto de lei, denotando o caráter experimental da ferramenta e as dificuldades enfrentadas, pois já é operada desde 2012, com milhares de ideias de projeto legislativo, mas de todas estas sugestões apenas 71 têm maior expressão, com mais de 20.000 apoios.

Neste cenário é exposta a gênese do problema, iminente aos processos legislativos que visam a participação do povo não somente através do voto eleitoral, a conciliação entre o constante aumento populacional e a busca pela inclusão e manifestação de todos, além de resposta, em tempo razoável, do Estado.

5. A EXPERIÊNCIA ISLANDESA E SEU LEGADO

A ideia com traços de utopia que é a inserção integral do eleitorado já foi vislumbrada e colocada em prática, recentemente, na Islândia, conferindo uma peculiaridade extraordinária do potencial que essas novas formas de interação cidadão-representante abarcam e, além de tudo, uma visão de um paradigma futuro com viés rousseauiano, no sentido do seu amálgama conceitual que ia contra a forma clássica de representatividade, dando ao povo todo o poder de se auto-determinar. Para explicitar melhor o ocorrido na Islândia é necessário uma contextualização histórica adicionada à explicação do caso atual.

Lenza (2016, p.91) discorre sobre o evento dizendo que independente do Estado Dinamarquês em 1944, a Islândia mantinha desde então um documento provisório como nova Magna Carta, delimitando perspectivas para uma posterior revisão desta e para a efetivação de uma, enfim, Constituição permanente e duradoura, como aufere Bernardes (2010), “Constituição é um documento o qual atravessa gerações, um de seus principais escopos”. Nunca se implementou processo revisional, até o derradeiro evento atual, que teve sua gênese na insurgência da

população na grave atmosfera financeira que assolou vários países ao redor do mundo, em 2008.

Invocando claramente uma nota da Teoria do Conflitualismo do polonês Ludwig Gumplowicz em que demonstra que o grupo social passou a ser concebido como um equilíbrio de forças e não mais como uma relação simbiótica entre órgãos de uma determinada sociedade, muitas vezes imunes à interferência externa.

A massa social clamou por revisão imediata, gerando, sem reconhecimento oficial, um grupo de 1200 participantes que realizou na capital do país (*Reykjavík*) uma Assembléia Nacional (*Thjodfundur*) em 2009, elucidando o inconformismo da sociedade com a situação. Já em 2010, houve eleição pelo povo que designou 25 cidadãos para uma nova assembleia nacional constituinte, segundo eles, partidária.

A Suprema Corte Islandesa alegou vícios no processo e invalidou qualquer efeito da proposta. Apesar disto, os nomes designados foram reconhecidos pela Corte e foram conferidos a estabelecer um “Conselho Constitucional” para a elaboração de um projeto da Constituição.

Desde então, todas as discussões acerca do projeto foram transmitidas ao vivo e com a ajuda das redes sociais mais populares, como o Twitter, Facebook, com vasta transparência e participação do povo, exercendo de forma plena a sua titularidade no conceito de Poder Constituinte Originário, atendendo ao caráter essencial de uma Crowdsourced Constitution, ou Constituição colaborativa.

O documento-projeto foi encaminhado, em 29 de julho de 2011, ao Parlamento. Após novo referendo popular em 2012 afim de decidir o reconhecimento da legitimidade do citado documento pelo povo, sem caráter vinculativo, 73% da população o legitimou como a nova Constituição do país.

O Parlamento islandês não aprovou o documento, mas, como Lenza (2016) atesta:

A experiência islandesa, contudo, e apesar de particular realidade de ter mais de 95% de sua pequena população de cerca de 320.000 habitantes conectada à internet (o maior percentual do mundo), revela uma nova forma de democracia e de participação popular por meio da redes sociais (internet) e que, sem dúvida, passa a servir de modelo para o futuro.

Além disto, estimulados com a experiência islandêsa, outros movimentos ao redor da europa foram criados a influência da ideia de crowdsourcing, como cita Lenza (2016):

Dentro desta perspectiva, influenciado pela influencia da Islândia, destacamos movimento similar que vem sendo percebido na Inglaterra no sentido de elaborar ou não uma Constituição Orgânica (Escrita). O debate acontece depois de 800 anos do aniversário da Magna Carta de 1215 e tem estimulado a participação popular por meio das redes sociais (*crowdsourcing*), já havendo a versão final do documento (*draft*).

O resultado acima pode ser auferido por qualquer país, desde que este contemple com seriedade a questão do acesso pleno à educação e, conseqüentemente, ao acesso irrestrito às informações da atualidade, especialmente via internet. A realidade do Brasil coaduna-se com o oposto da dita acima, o Brasil ainda carece, em muito, de um expressivo e efetivo acesso à internet, tornando a possibilidade de um evento como o islandês, com participação de quase toda a população e não somente de alguns grupos, inexequível hodiernamente.

6. CONCLUSÃO

A autonomia dada aos Estados-membro e municípios permite uma maior interação e aproximação entre a população e o Estado. Além disso, é apanágio do federalismo a adaptação, sendo possível a adoção de diversos meios de fomento à participação direta com base nas características de cada localidade.

Em países com extensão e população elevada a participação direta exige a descentralização efetiva de competências para que sua implantação seja possível. Neste ponto o federalismo se apresenta como forma de Estado indubitavelmente apta para promover tal participação.

Apesar da multidisciplinariedade e das formas com as quais a internet é utilizada, percebemos o potencial ímpar do emprego desta na manifestação popular, sua grande capacidade de mobilização social, sendo também possível a sua aplicação nas questões politicamente e socialmente relevantes, seja de cunho eleitoral, legislativo ou de outro núcleo essencial à organização pública.

Obviamente a questão abrange pontos complicados e problemas ainda muito debatidos como o acesso a direitos fundamentais dos mais essenciais, como educação, mas ao mesmo tempo, outras formas de participação podem se capazes de contribuir para a solução dos mesmos.

REFERÊNCIAS

BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. **Federação e Federalismo**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

BRASIL, IBGE. **Área Territorial Brasileira.** Disponível em: <https://ww2.ibge.gov.br/home/geociencias/cartografia/default_territ_area.shtm> Acesso em 30 nov. 2017.

BRASIL, IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios:** Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal : 2015. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv99054.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

BRASIL, IBGE. **Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação.**

Disponível em: <<https://ww2.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2014.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência Política & Teoria do Estado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SUROWIECKI, James. ***The wisdom of crowds: Why the many are smarter than the few and how collective wisdom shapes business, economies, societies, and nations.*** New York: Doubleday, 2004.

A TENDÊNCIA UNITÁRIA DO FEDERALISMO BRASILEIRO:

UMA ANÁLISE DA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5540

Marcel Chaves Ferreira⁵⁸

Paulo Henrique Mazzoni Mota⁵⁹

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu texto, adota a federação como forma de Estado, assim, reconhecendo a autonomia a todos os entes federados; seja aos Estados-membros, seja aos municípios. Para além desse fato, o artigo 25 da Constituição institui o poder constituinte decorrente que reforça substancialmente a visão de federalismo ao permitir que os Estados-membros elaborem suas próprias constituições.

A partir dessas disposições constitucionais será feito um estudo sobre a historicidade do federalismo brasileiro, perpassando por alguns conceitos fundamentais do campo da Teoria do Estado e da Constituição, com finalidade de demonstrar a interferência do Poder Judiciário na supressão da autonomia garantida constitucionalmente aos Estados-membros em face da União.

Para tanto será feita uma análise de caso, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº5540, visando diagnosticar a dita supressão de autonomia. Assim, utilizar-se-á o método indutivo bibliográfico na modalidade estudo de caso para elaboração da pesquisa.

⁵⁸ Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, pesquisador no Núcleo Acadêmico de Pesquisa.

⁵⁹ Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, pesquisador no Núcleo Acadêmico de Pesquisa.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ESTADO E SUAS FORMAS

Historicamente o surgimento e o conceito de Estado sempre foram amplamente discutidos por diversos autores, dentre eles podem ser citados os contratualistas Hobbes, com seu Leviatã, e Rousseau, com o Estado como expressão da vontade geral. Mas, considera-se o Estado como uma unidade social na qual a sociedade se organiza⁶⁰, em prol da defesa de seus direitos.

Em uma perspectiva atual entende-se o Estado como o resultado da soma de povo, poder e território. Embora, o fenômeno globalização tenha posto em cheque tal conceito, ainda hoje é utilizado o termo para conceituar Estado. Desta forma, afirma Reginaldo Dias, *“O Estado constitui uma sociedade politicamente organizada em um lugar e tempo determinado, onde vigora determinada ordem de convivência, com um poder soberano, único e exclusivo.”*

A partir do conceito de Estado faz-se necessário realizar um breve estudo sobre as formas de Estado percebidas hoje no mundo, que podem ser sintetizados em Estado Unitário e o Estado Federal.

2.1. ESTADO UNITÁRIO

Também denominado Estado simples, o Estado unitário é aquele em que o exercício do poder é tomado por um único órgão centralizador de poder de uma nação, é, portanto, uma forma política centralizada. “Este tipo de Estado se apresenta enquanto organização com uma estrutura política centralizada. É um tipo de organização incompatível com a divisão em províncias, Estados ou municípios investidos de autonomia política.” (DIAS, 2013, p.48)

No Brasil, esse modelo foi muito utilizado à época do Império, em que o poder era centralizado na mão do monarca e as províncias não tinham autonomia.

2.2. ESTADO FEDERAL

Considerado uma das maiores contribuições da história norte-americana, o Estado federal consiste na delegação da soberania dos estados-membros à federação,

⁶⁰ DIAS, Reinaldo. Ciência política. 2013, p.49.

reservando para si autonomia. Desta forma, o federalismo é o que melhor preserva autonomia dos Estados-membros e dos municípios.

No Brasil, esse o federalismo surgiu de modo diverso do que como ocorreu nos EUA (federalismo centrípeto), aqui, a Constituição da Federação delegou funções aos estados-membros e municípios, e não estes delegaram sua soberania à Federação (federalismo centrífugo). Sobre esses tipos de federalismo discorre Jose Luiz Quadros de Magalhães:

O federalismo centrípeto dirige-se ao centro, pois historicamente originário de Estados soberanos que formaram, no caso norte-americano, uma confederação (1777) e posteriormente uma federação (1787). Nos mais de duzentos anos de existência da federação norte-americana, ocorre gradualmente uma centralização de competências – a União lentamente incorpora competências dos Estados membros. Entretanto, ao contrário do que uma leitura apressada possa sugerir, o federalismo centrípeto, justamente por estes motivos, é o mais descentralizado, pois se originou historicamente de Estados soberanos que se uniram e abdicaram de sua soberania, mantendo com eles, entretanto, um grande número de competências administrativas e legislativas ordinárias e constitucionais. [...] o federalismo brasileiro, ao contrário do norte-americano, é um federalismo centrífugo [...] A visão de nosso federalismo como federalismo centrífugo explica a nossa federação extremamente centralizada, que, para aperfeiçoar-se, deve buscar constantemente a descentralização. Somos um Estado federal que surgiu a partir de um Estado Unitário, o que explica a tradição centralizadora e autoritária que devemos procurar abandonar para construir uma federação moderna e um Estado democrático de Direito efetivo (MAGALHÃES, 2011)

Percebe-se, desta forma, que o federalismo brasileiro se distanciou do conceito primevo, norte-americano, de federalismo, portanto, necessário se faz uma análise mais aprofundada sobre o federalismo brasileiro, bem como suas especificidades.

3. O FEDERALISMO BRASILEIRO

3.1. ASPECTOS HISTÓRICOS

Após a independência do Brasil em face da metrópole, mais especificamente no segundo reinado, foi adotada uma forma de governo extremamente centralizada na figura do monarca, no intuito de evitar as iminentes guerras separatistas que assombravam o Brasil e toda a América.⁶¹

O país, assim, era organizado em um Estado unitário para justamente proteger o poder do monarca e a integridade territorial. Contudo, após a proclamação da

⁶¹ ABRUCIO, Fernando. Os barões da federação, os governadores e a redemocratização brasileira, 1998, p.31.

república e a queda do Império, com a promulgação da Constituição de 1891, o Brasil se reorganizou em uma federação aos moldes da norte-americana. Sobre o assunto afirma Magalhães:

[...]o nosso Estado federal surgiu a partir de um Estado unitário, criado pela Constituição de 1824. O seu processo de formação é, portanto, exatamente o inverso do norte-americano, o modelo clássico. A Constituição brasileira de 1891, inspirando-se nas instituições norte-americanas, adota o federalismo. Entretanto, a história não pode ser copiada, e o modelo norte americano, tanto de Suprema Corte, como de presidencialismo, como de bicameralismo e federalismo foram construídos na história norte-americana, sendo bastante diferente do nosso. (MAGALHÃES, 2011)

Assim, é percebido que o federalismo brasileiro nasceu com fundamentos no federalismo norte-americano, mas a história e a cultura brasileira são completamente distintas das dos Estados Unidos. Desta forma, no Brasil, a federação nasceu de um Estado unitário e a cultura de centralização de poder, agora nas mãos da União, continuou latente no decorrer de todas as Constituições após a proclamação da República.

Atualmente, com o advento da Constituição da República de 1988, foi instituído o modelo de federalismo cooperativo em seus artigos 23 e 24 que dispõem sobre as competências comuns e concorrentes dos entes federados. Este modelo pressupõe, portanto, atuação conjunta entre União, Estado-membro e Município nas tomadas de decisão e implementação de políticas públicas.

3.2. PODER CONSTITUINTE

3.2.1. PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Poder constituinte originário, ou apenas poder constituinte, significa o poder de mudar o sistema vigente em uma sociedade sem se prender aos dogmas da Constituição ou regime anterior. É, em sua essência, um poder de mudança geral.

O poder constituinte originário é exercido por meio da revolução, por um processo, em regra, mais violento, um movimento que altera a estrutura estatal e social. Neste ponto, vale ressaltar que o detentor legítimo do poder constituinte originário é o povo.

Sobre o assunto afirma Raul Machado Horta:

Historicamente, o poder constituinte originário representa a irrupção de fato anormal no funcionamento das instituições estatais. Esse aparecimento está

associado a um processo mais violento, de natureza revolucionária, ou a uma decisão do alto, geralmente materializada no “Golpe de Estado (HORTA, 2010, p.2).

A idealização do conceito de Poder Constituinte veio de abade Sieyés ainda no século XVIII, e este apontou as características essenciais à criação de uma nova Constituição, segundo Sieyés, citado por Horta:

O poder constituinte pode tudo. Ele não está submetido a uma determinada Constituição. A nação que exerce o maior e o mais importante dos poderes deve ficar, no exercício dessa função, livre de qualquer constrangimento e de outra qualquer forma, salvo a que lhe aprouver adotar. (HORTA, 2010, p.3).

Assim, entende-se que o poder constituinte é fonte de modificação da sociedade em estrutura e forma, uma vez que não está preso a normas previamente postas, levando em consideração apenas a vontade do povo que é o agente legítimo para aplicar as mudanças.⁶²

3.2.2. PODER CONSTITUINTE DERIVADO

Além do originário, existe, também, o poder constituinte derivado, qual seja, a possibilidade de alteração do texto constitucional, por meio da revisão, reforma ou emenda. Vale que as emendas constitucionais têm limites materiais, quais sejam, as cláusulas pétreas e limites procedimentais e circunstanciais

O poder constituinte derivado, por sua vez, expressa o poder, normalmente atribuído ao parlamento, de reformar o texto constitucional. Trata-se de uma competência regulada pela Constituição⁶³.

No Brasil, de acordo com o conceito trazido acima, o poder constituinte derivado é exercido pelo Congresso Nacional, nas competências que lhe são atribuídas pela Constituição da República Federativa do Brasil, muito embora, assim como no poder constituinte originário, o detentor legítimo seja o povo.

⁶² No caso brasileiro, em análise a constituinte de 88, o poder constituinte se deu d. maneira diversa a teoria clássica, Não foi balizada uma revolução, mas sim a insatisfação política que gerou a implantação de um Congresso Constituinte, formado por parlamentares, com finalidade de romper com o regime autoritário, visando elaborar uma Constituição democrática.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo. 2011, p.167.

3.2.3. PODER CONSTITUINTE DECORRENTE

Assim como o poder constituinte derivado, o poder constituinte decorrente também é garantido constitucionalmente no Brasil. Consiste, basicamente, no poder de os Estados-membros promulgarem suas próprias Constituições. Este poder reforça de forma grandiosa o federalismo e a autonomia dos Estados-membros, ou assim deveria ser.

Neste tocante, Luís Roberto Barroso discorre:

Cabe, por fim, uma menção ao “poder constituinte decorrente”, expressão que na terminologia do direito constitucional brasileiro designa a competência dos Estados-Membros da Federação para elaborarem sua própria constituição. [...] Essa capacidade de auto-organização é fruto da autonomia política das entidades federadas, que desfrutam de autodeterminação dentro dos limites prefixados pela Constituição Federal. (BARROSO, 2011, p.169).

Ainda sobre a Constituição dos estados-membros, assim como as leis e atos normativos estaduais, aquela é sujeita ao controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal⁶⁴. Entretanto, questiona-se a real autonomia dos Estados-membros em promulgarem suas Constituições, já que as decisões de nossos tribunais têm nos indicado que até aquela matéria que não está expressa, nem vedada pelo Constituição Federal tem sido alvo de ADIs por constarem nas Constituições estaduais.

3.3. A AUTONOMIA DOS ESTADOS MEMBROS

O Estado brasileiro se propôs em 1988 a ser uma federação. A maior expressão do federalismo consiste, justamente, no fato de os estados-membros e, no caso brasileiro, os municípios, terem autonomia decisória, organizacional e legislativa nos limites da Constituição Federal.

Neste ponto, para o devido desenvolvimento deste trabalho, necessária de faz a conceituação do termo autonomia. De acordo com Raul Machado Horta:

“A autonomia é, portanto, a revelação de capacidade para expedir as normas que organizam, preenchem e desenvolvem o ordenamento jurídico dos entes públicos. Essas normas variam na qualidade, na quantidade, na hierarquia e podem ser, materialmente, normas estatutárias, normas legislativas e normas constitucionais, segundo a estrutura e as peculiaridades da ordem jurídica”. (HORTA, 2010, p.332).

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo. 2011, p. 167.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 25 dispõe: “Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”.

Desta forma, ao instituir a forma federativa, a Constituição Federal prezou pela autonomia estadual e municipal, entretanto, intencionalmente ou não, o federalismo brasileiro reserva muito mais competências à União em detrimento aos estados-membros e municípios o que, de fato, revela uma tendência unitária do federalismo brasileiro.

4. A TENDÊNCIA UNITÁRIA DO FEDERALISMO BRASILEIRO

A chave para compreender a tendência unitária do federalismo brasileiro, encontra-se na atribuição constitucional das competências delegadas aos Estados-Membros e aos Municípios.

Sobre o tema, Horta afirma:

A Constituição Federal como responsável pela repartição de competências, que demarca os domínios da Federação e dos Estados-Membros, imprimirá ao modelo federal que ela concebeu ou a tendência centralizadora, que advirá da amplitude dos poderes da União, ou a tendência descentralizadora, que decorrerá da atribuição de maiores competências aos Estados-Membros. Por isso, a repartição de competências é encarada como a “chave da estrutura do poder federal”, “o elemento essencial da construção federal”, a “grande questão do federalismo”, “o problema típico do Estado Federal”. (HORTA, 2010, p. 276)

Neste sentido, a Constituição traz em seu texto diversas competências que são privativas da União e outras diversas matérias concorrentes. Já no que se referem a matérias de competência privativa dos estados-membros e dos municípios é percebido uma quantidade muito menor de competências.

Desta forma, o Brasil, nitidamente, pelo excerto da obra de Horta, é um país cujo federalismo é centralizado na figura da União.

4.2. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO INTENSIFICADOR DA TENDÊNCIA UNITÁRIA

O Supremo Tribunal Federal é o órgão jurisdicional responsável pelo controle de constitucionalidade concentrado das leis e atos normativos no Brasil. Justamente por ser a mais alta corte jurisdicional do país, é ele o competente para julgar

originariamente as ações de direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal⁶⁵. Assim como é também o órgão competente para as ADPFs.

Entretanto, por ser o Supremo o órgão legítimo para dirimir controvérsias de controle concentrado, fica evidente a possibilidade de realização da chamada constitucionalização excessiva⁶⁶, de acordo com o ministro Luís Roberto Barroso.

O artigo 25 da Constituição da República estatuiu que o Estados-Membros devem regerem-se pelas Constituições e leis que adotarem, desde que observem os princípios daquela.

Ora, o caso em discussão, julgamento da ADI 5540, que deu interpretação conforme a Constituição Federal tornou inconstitucional a autorização prévia da Assembleia Legislativa de Minas Gerais, para recebimento de denúncia pelo STJ em crimes comuns praticados por Governador do Estado. Isso, ao nosso ver, nada mais é do que a manifestação da denominada constitucionalização excessiva.

Horta, ao tratar das Ações de Inconstitucionalidade das Constituições dos Estados Membros, afirma que o controle de constitucionalidade destas Constituições é fato histórico e até mesmo avanço, visto que evita e supera as intervenções federais que desgastariam a visão federativa do Brasil.

Entretanto, o dito autor nos traz a seguinte análise:

“A intensidade ou o abrandamento do controle de constitucionalidade das Constituições dos Estados e de seu poder de organização, pelo Supremo Tribunal Federal, dependerá da prevalência de uma destas tendências: a tendência no rumo da maior liberdade organizatória no âmbito das competências exclusivas dos Estados, que abrandará o controle, ou a tendência ao controle mais intenso dessa competência organizatória, seja em decorrência do maior volume dos temas que se espraiam na Constituição Federal expansiva, ou pela amplitude conceitual dos princípios constitucionais, assim os princípios estabelecidos na Constituição, que dispõem de sede pletórica no campo dos Direitos e Garantias Fundamentais, e os princípios constitucionais de observância obrigatória pelos Estados.” (HORTA, 2010, p. 307)

⁶⁵ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

⁶⁶ É o efeito expansivo das normas constitucionais, cujas regras e princípios se irradiam por todo o ordenamento jurídico. Dela resulta a aplicabilidade direta e imediata da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Lei fundamental e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que lhes irá conformar o sentido e o alcance. (BARROSO, 2011, p.443)

Evidencia-se que o atual cenário político/jurídico do país é expresso pela segunda tendência apresentada por Horta, em que se tornou necessário um maior controle de constitucionalidade para que não haja óbice à Constituição Federal e seus princípios. Muito embora esse intenso controle deva ser realizado de forma a não ferir a autonomia reservada aos Estados-membros, como é o caso da ADI 5540.

5. O JULGAMENTO DA ADI 5540

5.1. A CONSTITUIÇÃO MINEIRA FRENTE A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Ao promulgarem suas leis e Constituições, os Estados-Membros devem respeitar as denominadas normas constitucionais de observância obrigatória, que seriam, segundo José Afonso da Silva, “normas limitativas de um dos princípios fundamentais da ordem constitucional brasileira: a autonomia do Estados”⁶⁷, bem como os princípios constitucionais da Constituição da República Federativa do Brasil.

Em 1989 foi promulgada a Constituição do Estado de Minas Gerais, que em seu artigo 92⁶⁸ era omissa quanto a necessidade de autorização prévia da Assembleia Legislativa de Minas Gerais para processamento de ações penais por crimes comuns dos governadores do Estado.

Recentemente, em junho de 2016, o partido Democratas – DEM ajuizou⁶⁹ (art.103) Ação Direta de Inconstitucionalidade requerendo interpretação conforme à Constituição Federal do artigo 92 da Constituição Mineira

Em 05 de maio de 2017 foi proferida decisão unânime, de acordo com o voto do relator Edson Fachin, pela parcial procedência da ADI, no sentido de:

Não há necessidade de prévia autorização da Assembleia Legislativa para o recebimento de denúncia ou queixa e instauração de ação penal contra Governador de Estado, por crime comum, cabendo ao STJ, no ato de recebimento ou no curso do processo, dispor, fundamentadamente, sobre a aplicação de medidas cautelares penais, inclusive afastamento do cargo.

⁶⁷ SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. Ed., São Paulo: Malheiros, p.287.

⁶⁸ Art. 92 – O Governador do Estado será submetido a processo e julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça, nos crimes comuns.

§ 1º – O Governador será suspenso de suas funções:

I – nos crimes comuns, se recebida a denúncia ou a queixa pelo Superior Tribunal de Justiça

Portanto, a problemática do presente artigo busca tratar justamente da necessidade de se recorrer ao STF para interpretar a Constituição Mineira. Ora, o artigo 25 da Constituição Federal é claro ao afirmar que os Estados-membros tem autonomia para se auto regulamentarem desde que não firam princípios constitucionais.

Desta forma, se a Constituição Mineira em nenhum momento feriu a Constituição Federal, sendo apenas omissa quanto ao procedimento de admissibilidade de processamento de ações penais em crimes comuns que envolvam o governador do Estado, não vemos necessidade de se recorrer ao STF a não ser apenas para reforçar o tendente unitarismo do federalismo brasileiro.

A Constituição Mineira tem seus próprios princípios norteadores que não ferem a Constituição Federal, assim, a mesma deveria ser interpretada a partir de seus próprios fundamentos, garantindo, desse modo, a autonomia estadual que é pressuposto máximo do federalismo.

5.2. A ADI 5540 COMO PRECEDENTE PARA OS DEMAIS ESTADOS DA FEDERAÇÃO

Julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal, em nosso ordenamento jurídico, seja na forma sumulada ou não, acabam por gerar precedentes para futuros julgados nos mais diversos graus de jurisdição.

Desta forma, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5540, ao dar interpretação conforme à Constituição Federal da Constituição Mineira no que se refere a necessidade de prévia autorização da Assembleia Legislativa para processamento de ações penais no STJ por crimes comuns cometidos por governador do Estado de Minas Gerais, está na verdade criando um precedente, isto é, impingindo a Constituição Estadual mesmo conteúdo da Constituição Federal em normas onde não há necessidade de simetria, ceifando assim, a noção de autonomia.

A formação de precedentes nesse sentido, pode ser considerada como reforço ao unitarismo brasileiro, vez que, de certa forma, tolhe a autonomia dos Estados-membros, quando suas respectivas Constituições forem omissas terão de ser interpretadas conforme à Constituição Federal, independentemente se feriram ou não os princípios a que se referem o artigo 25 da Constituição Federal.

Portanto, com o controle de constitucionalidade cada vez mais exacerbado por parte do STF, nítido se torna o significativo retrocesso do Estado brasileiro em garantir

autonomia aos Estados-Membros, visto que suas próprias Constituições, mesmo que não sejam contrárias à federal, ainda assim serão alvo do controle realizado pelo mais alto órgão do Poder Judiciário.

6. CONCLUSÃO

O presente artigo buscou demonstrar que é exacerbado o unitarismo do federalismo brasileiro, principalmente considerando a atuação do Poder Judiciário, no caso, o STF, como intensificador deste unitarismo.

Por intermédio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5540, foi possível perceber que ao dar interpretação conforme à Constituição Federal do disposto na Constituição Mineira, em verdade, fere-se o conceito da autonomia estadual.

Como discutido neste trabalho, o objeto da ADI não se refere a desrespeito à Constituição Federal, motivo pelo qual se faria necessário uma arguição de inconstitucionalidade perante a Corte Suprema, de fato, o que ocorreu foi mera omissão de procedimento, o que poderia, de forma serena, ser dirimida pelo próprio Estado de Minas Gerais.

Em verdade, pelos estudos realizados, tornou-se nítido que ao dar interpretação conforme ao artigo 92 da Constituição Mineira, o Supremo Tribunal Federal feriu a autonomia do Estado de Minas Gerais, já que sua Constituição não violou os princípios da Constituição da República.

Ainda neste sentido, a chamada constitucionalização excessiva, expressa pela ADI 5540, ao subordinar a Constituição Mineira frente à Constituição Federal, em matéria de não observância obrigatória demonstra a desqualificação da norma constitucional estadual em mera lei infraconstitucional.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando. **Os barões da federação os governadores e a redemocratização brasileira**. São Paulo: Editora Hucitec/Departamento de Ciência Política USP, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**.

DIAS, Reinaldo. **Ciência política**. ed.2. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. ed. 5. rev. atual. Belo Horizonte: editora Del Rey, 2010.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. Federalismo – O Estado Federal Centrípeto e Centrífugo. Disponível em: <http://joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com.br/2011/06/447-federalismo-livro-federalismo.html>. Acessado em: 22 de outubro de 2017.

MINAS GERAIS. Constituição Estadual. Assembleia Legislativa de Minas Gerais. Belo Horizonte, 1989.

SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. Ed., São Paulo: Malheiros, p.287.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 5540. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4995078>. Acessado em: 20/10/2017.

**A HIPERTROFIA DA UNIÃO
NO FEDERALISMO BRASILEIRO:
COMO O CONCEITO DE AUTONOMIA
FEDERATIVA É DETURPADO**

Lucca Sá Motta Dias de Assis⁷⁰

1. INTRODUÇÃO

Desde a introdução do sistema federalista no Brasil ocorreram várias mudanças históricas na estrutura deste referido sistema, que acabaram por se distanciar em muitos aspectos de sua formação estrutural originalmente feita pelos EUA. Neste artigo abordarei como ocorreu este distanciamento e quais são as consequências disto para o aparato estatal, político e social brasileiro.

Ademais, busca-se identificar algumas hipóteses constitucionais que direta ou indiretamente resultam em uma hipertrofia da autonomia por parte da união, alicerçado com o conceito utilizado para a repartição de competência dos entes federados, tomando para si aquilo que dentro de uma esfera federativa deveria ser parte da autonomia delegada aos estados membros.

Inicialmente, compreendo que as várias constituições adotadas em nosso território nacional desde a introdução do "modelo federativo" influenciaram diretamente na hipertrofia da união que temos hoje. Desde a distinta formação do federalismo norte-americano para o brasileiro (centrípeto x centrífugo respectivamente) até a violação normativa ditatorial ocorrida nos anos 60 - 80 em nosso país, muitos foram os casos em que não seguimos o processo natural de nascimento e perpetuação do objetivo do espírito federativo: a participação mínima do União, soberana, dentro da esfera de autonomia dos Entes federados. Historicamente o federalismo dos estados-membros brasileiros é algo que me parece muito mais outorgado do que efetivamente acordado entre seus participantes (verifica-se isso, por

⁷⁰ Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

exemplo, com a proibição constitucional do direito de secessão), o que cria uma contradição histórica entre o conceito federativo de autonomia dos entes federados x soberania estatal.

Por fim, ressalta-se que o objetivo da pesquisa é analisar o federalismo brasileiro dentro dos seguintes aspectos: (i) rever historicamente os motivos que levaram à adoção deste modelo de chefia de Estado; (ii) quais eram os objetivos pretendidos no momento histórico de sua adoção; e, (iv) como, ao decorrer do tempo, o conceito original de federalismo (nascido em berço norte-americano) é completamente modificado em nossa nação quando foi implementado, principalmente no que diz respeito à autonomia dos entes federados.

2. A ONTOLOGIA DO FEDERALISMO: O BERÇO NORTE-AMERICANO E AS NECESSIDADES QUE LEVARAM À SUA ADOÇÃO

Hoje em dia é absolutamente comum ouvirmos as palavras "Federação", "Federativo(a)" ou "Federalista" quando estudamos as diferentes formas de estado que contemplam os países do globo terrestre, mas nem sempre foi assim. Durante muitos anos (e em alguns países até hoje) a forma de Estado majoritária nas grandes potências era o "Estado Unitário" que pressupõe uma grande concentração de poderes nas mãos de um governo central que regia todo o território estatal. Um fenômeno histórico, protagonizado pelas treze colônias inglesas no norte do continente americano, foi responsável por capitanear o êxito do sistema federativo e com isso inspirar a adoção do federalismo por vários países no mundo.

Como é sabido dos livros de história, as treze colônias inglesas, que se firmavam no litoral do continente norte-americano no séc. XVIII, durante muito tempo, sofreram de sua metrópole inglesa inúmeros abusos fiscais e políticos. Um fator muito curioso acometia estas treze colônias: apesar de serem todas subordinadas à uma mesma metrópole, possuíam um distanciamento sociocultural, territorial e identificador muito grande. Não era incomum verificar-se, além do conflito colônia-metrópole, o conflito intercolonial - principalmente no que diz respeito à aceitação do escravismo - . Apesar destas diferenças, firmaram-se unidas contra sua metrópole que prejudicava à todas igualmente, buscavam sua independência sociopolítica.

O desenrolar desta história nos exibiu muitos conflitos armados entre colônia e metrópole, apoio de grandes nações - como a França, iluminista, perfumada por ideais

políticos-liberais - à causa norte-americana e acordos firmados entre as próprias colônias para que, no final, resultassem no êxito colonial e a consequente Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, no dia 4 de julho de 1776.

[...] O único laço que os unia era a vontade de lutar pela sua liberdade: para assegurá-la, a união era indispensável. Contudo, os artigos da confederação só foram votados em novembro de 1777, após superadas grandes divergências; e ratificados pela maioria dos Estados somente em julho de 1778. (LORENA, 1984, p. 3).

Portanto a Confederação dos Estados Unidos da América, teve sua votação e legitimação em momento posterior à independência destes Estados, o desejo de independência política foi mais ardente do que o próprio planejamento político em si.

A organização confederativa firmada era, em muitos pontos, frágil: Se todos são soberanos (a soberania se caracteriza pela autonomia externa a outros Estados e autonomia interna perante os Entes federados), podem determinar-se conforme entenderem. Ora, em tempos de guerra e conflitos de todas as origens, internos ou externos, quem, em um momento de fragilidade de algum dos Estados confederados, irá garantir que outros não o abandonem ou se recusem a ajudá-lo?

No que diz respeito ao companheirismo e confiança interestadual, a confederação deixava lacunas de desconfiança gigantescas. Importante lembrar que no contexto histórico tratado, eram comuns as revoluções políticas. Os países fortes e consolidados iniciavam (ou davam prosseguimento) com o imperialismo a fim de garantir sua hegemonia e fortalecimento político-territorial, enquanto os países recém-formados e aqueles que lutavam por independência buscavam se firmar e guerrear, se necessário, por sua integridade política e estrutural. Diante disso, a última coisa que interessava aos Estados Unidos da América era a dissolução de sua independência tão duramente conquistada, mas que diante de seu modelo estatal se mostrava tão frágil e ameaçada. A independência dos Estados, que se mostrava como seu maior êxito, acaba por revelar-se como um grande ponto-fraco verificado em cada um deles.

Muito embora na época houvesse sido firmado um Congresso Confederativo, e este possuísse alguns poderes enumerados, principalmente diplomáticos, não teve atribuído a si poderes efetivamente legislativos ou que de alguma maneira ferissem a soberania que emanava de cada um dos Estados confederados, como p.ex. a arrecadação de tributos (requisitos essenciais à qualquer governo).

Em 1783, derrotada, a "metrópole" inglesa assina o Tratado de Paris, que reconhece, oficialmente, a independência dos EUA. Tal fato acaba por colocar em

cheque a razão de existência do pacto confederativo dos recém reconhecidos Estados Norte-americanos, visto que o único motivo capaz de afastar suas diferenças sociais e políticas - que era a busca por independência - acaba de se exaurir. Em 1787, alguns protagonistas históricos do que hoje é considerada a grande nação dos Estados Unidos da América se reuniram no estado da Filadélfia para discutir um projeto de Constituição que fosse capaz de unir os Estados norte-americanos.

[...] A união daria lugar a menor número de causas justas de guerra, e facilitaria infinitamente mais a composição das diferenças com as nações estrangeiras do que o governo particular dos Estados, ou das ligas que os Estados propõem. (HAMILTON, MADISON, JAY, 1840, p. 21)

Uma vez superadas todas as dificuldades que poderiam ter surgido, em 1787 o projeto de constituição que estabelecia a união entre os Estados norte-americanos foi ratificado e aprovado por nove dos Estados norte-americanos, estabelecendo a forma federativa de estado. Os demais Estados que ainda não tinham aderido ao novo documento constitucional reivindicavam a constitucionalização de alguns direitos que ao tempo não tinham sido estabelecidos constitucionalmente.

Na primeira sessão do Congresso Nacional, em 1789, com a redação das dez primeiras emendas, as demandas constitucionais foram prontamente atendidas e todos os demais Estados que faltavam ratificaram a constituição em 1791, que ficou conhecida como "Bill of rights" do estado norte-americano (BERNARDES, 2010, p.191).

3. A ADOÇÃO DO FEDERALISMO NO BRASIL INSPIRADO PELO IDEAL NORTE-AMERICANO

Vimos, portanto, que o principal motivo que levou à união dos estados norte-americanos foi a necessidade de sua consolidação política em um plano internacional, onde os estados membros detentores de soberania política, cada um por si, decidiram abrir mão desta condição e delegaram-na à união, restando-lhes individualmente, enquanto estados-membros da federação, a autonomia política. Doutrinariamente, é comum classificar esse modelo de concepção federalista como "federalismo centrípeto". O deriva da maneira centralizadora que ilustra o surgimento da federação norte-americana, onde os estados-membros, anteriormente soberanos e independentes entre si, decidem por convergir à uma centralização de poder comum,

mesmo que isso tenha significado reduzir o próprio poder político conferido-lhes individualmente.

A constituição norte-americana sofreu fortíssima influência dos ideais iluministas, como anteriormente visto, propagados ao redor do mundo, principalmente no que diz respeito à defesa do liberalismo político.

Com isso sua constituição pretendia proporcionar um vasto leque de atuação no que diz respeito à autonomia dos Estados-membros - isso porque caberia a cada um destes a representação da diversidade social de seu povo, admitindo que cada estado-membro comportava uma cultura diversa do outro - restando à união agir apenas naquelas competências que lhe fossem enumeradas e pertinentes aos Entes federados enquanto comunidade política, representando assim um ponto de interesse comum e homogêneo da nação.

Nesse momento, formulou-se a construção de um federalismo tentando compatibilizá-lo com as premissas, por nós consideradas, hoje, inconciliáveis, do estado federal (diversidade) e do estado nacional (homogeneidade) (BERNARDES, 2010, p. 187)

Este primeiro modelo federalista fundado no estado liberal proposto pelos EUA, com relação à sua forma de orientação política, dá-se o nome de "Federalismo Dualista ou Federalismo Dual". Percebam que o modelo norte-americano, ideologicamente falando, aponta pra um enorme otimismo funcional, no sentido que concebe à união a expectativa de representar e conciliar pacificamente em torno de uma única faceta política diferenças sociais de toda sorte provenientes dos Estados-membros. Teoricamente falando, trata-se de um aspecto positivo deste modelo, pois caso essa expectativa se concretizasse estaríamos falando de uma perfeita harmonia funcional e organizacional da constituição em seu sentido sociológico. Por outro lado, um dos grandes aspectos negativos deste modelo consiste no funcionamento estanque que assumem os entes federativos. Como possuíam entre si uma hierarquia política horizontal, que pressupõe a baixa comunicabilidade funcional entre Estados-membros e a união, era comum encontrar uma discrepante realidade desenvolvimentista regional. Verificavam-se períodos onde algumas regiões vivam momentos de prosperidade social e econômica enquanto outros, simultaneamente, estavam em forte crise de mesma natureza.

Foi exatamente o aspecto negativo deste modelo que, futuramente, no crack da bolsa de 1929, que precedeu o New Deal, fez com que a forma federativa dos EUA tivesse de ser revista por sua Suprema Corte, tentando solucionar este problema

decorrente, principalmente, da comunicabilidade funcional que acometia o modelo federativo Norte-americano.

"O federalismo denominado conservador teve que ser reformulado, com extensão dos poderes federais provocados pelos problemas econômicos e sociais. A economia nacional seria ressuscitada pela extensão da intervenção do governo federal." (BARACHO, 1982, p. 157)

A história do federalismo brasileiro ocorre de maneira diversa à dos EUA. A primeira Constituição do Brasil-império de 1824 não previa a forma federativa de estado, mas a unitária. O território era dividido entre Províncias subordinadas e não autônomas ao governo central, este que regia a Nação. Efetivamente, a primeira experiência federalista que tivemos ocorreu graças à previsão desta forma de Estado na constituição de 1891 que não só adotou o federalismo como também a república.

A própria expressão província foi semelhante à consagrada na Argentina. Sendo que fomos buscar nos Estados Unidos a denominação Estados, para as divisões político-administrativas (BARACHO, 1982, p. 188).

As Províncias brasileiras, ao tempo da adoção constitucional do federalismo, já haviam, durante anos, aceitado e propagado entre si a cultura federativa. A justificção do interesse fundador do Federalismo Brasileiro se dá principalmente por interesses elitistas provinciais, que entenderam como necessária a descentralização e fragmentação do poder político Imperial.

O recorte do estado nacional aparece como tentativa de se dar homogeneidade cultural, política e social a um povo de bases naturalmente heterogêneas. Acrescente-se a isso o fato de que tal homogeneização era produto de demanda de nossas elites sem qualquer comprometimento direto do povo, que não era considerado. (bernardes, 2010, p. 206)

Assim, satisfizeram-se as províncias, mediante movimentações que representaram interesse político de apenas uma parcela populacional, do primeiro requisito necessário para a sua qualificação como Estados-Membros: autonomia política. Foi o constituinte que, através da descentralização do poder central, concedeu e materializou a transformação destas Províncias em Estados-membros. Daí configurou-se, nos momentos seguintes, a formação da União, que teve conferida a si uma Soberania que nunca lhe foi delegada pelos Estados-Membros, mas sim pelo fato descentralizador do antigo poder político.

Com efeito, nunca foi característica dos Estados-membros brasileiros, ao tempo que adquiriram essa condição (Constituição de 1891), a posse, em momento anterior à

sua formação, de soberania política. Ocorria no Brasil império uma dependência por parte das províncias ao poder central, este sim, que era soberano.

Nossa prática de soberania pelas unidades federadas era nula e a dependência do poder central, focalizado durante a época imperial no poder Moderador, era nosso exercício diário." (BERNARDES, 2010, p. 204)

Portanto, a autonomia que foi reservada aos Estados-membros pela constituição de 1891 não derivou de um poder político ainda maior que lhes era conferido, como a soberania, mas sim de nenhuma capacidade autônoma anterior. É daí que surge a expressão "Federalismo Centrífugo", doutrinariamente consagrada quando estudamos adoção do Federalismo no Brasil. A forma de concepção do modelo federativo difere em sentido contrário do Norte-americano: Enquanto neste houve uma restrição voluntária de poderes políticos anteriormente adquiridos pelas colônias, convergindo em uma centralização do poder Nacional, no caso do Brasil ocorreu uma descentralização, concretizada pelo constituinte, de poderes de soberania política que pertenciam à uma esfera unitária, para que assim se viabilizasse a difusão da autonomia política aos, agora, Estados-membros.

Um dos pais fundadores de nossa constituição de 1891, Rui Barbosa, inspirou-se no modelo norte-americano para a concepção de nossa estrutura federativa, falo do federalismo dual:

Assim, inauguramos, na constituição de 1891, a forma federal de estado com vários arranjos de federalismo seguindo os fundamentos do modelo norte-americano e, nesse sentido, adotamos como primeira forma de atuação o federalismo dualista. (BERNARDES, 2010, p. 206)

A associação do modelo federalista dualista está completamente relacionada, como vimos, com o 1º paradigma de direitos que versa sobre o estado liberal. Historicamente ocorreu fenômeno muito interessante no que diz respeito a conjugação da leitura dos modelos federalistas no Brasil e os paradigmas de direito os que perpassaram: Essencialmente, os mesmos problemas que justificaram as transposições paradigmáticas também foram justificativas para reinterpretções e até mesmo recriações constitucionais que adotavam o modelo federativo como forma de estado. Este mesmo fenômeno pôde ser verificado em vários Estados federados ao redor do mundo.

No Brasil, a perpetuação do federalismo dualista não conseguiu sobreviver até 1934, momento histórico que encontra forte influência do segundo paradigma relacionado ao Estado assistencialista:

A par de fatos como o fim da primeira guerra, o crescimento do setor industrial, o desenvolvimento urbano do sul do nosso estado, a crise do café, o surgimento de uma classe média industrial/ operária mais consciente de seus direitos, juntamente com a classe militar descontente com o sistema vigente, propõe-se a reforma de 1926, que define metas centralizadoras e descaracteriza mais a feição do federalismo dualista. Tudo deságua na revolução de 1930 e, posteriormente, na promulgação de uma nova constituição, de 1934 (BERNARDES, 2010, p. 211 e 212)

O rompimento paradigmático viabiliza a releitura do entendimento, então vigente, sobre federalismo. O modelo de atuação engessada dos entes federados que pressupõe o dualismo não cabe mais diante das mudanças sociais ocorridas no mundo e nas sociedades, sendo agora necessário um modelo que acompanhe a necessidade intervencionista da união sob os Estados-Membros para que o desenvolvimento destes seja realizado de maneira mais pareada e proporcional. Nasce aqui o chamado "Federalismo de Cooperação", modelo que pressupõe uma área de atuação por parte da união maior do que aquela que anteriormente lhe era creditada, isto em função de suplementar as deficiências apresentadas pelas regiões federativas assegurando-lhes, assim, a devida assistência desenvolvimentista a fim de evitar o descumprimento de direitos fundamentais defendidos no 2º paradigma de bem-estar social. O Federalismo Cooperativo foi implantado, oficialmente, no Brasil na constituição de 1934, inspirada na constituição de Weimar de 1919 na Alemanha.

O professor José Alfredo Baracho, citando Alfredo Buzaid, ainda chega a falar de um terceiro modelo denominado "Federalismo de Integração":

A esse novo tipo, que promove o desenvolvimento econômico vem o máximo de segurança coletiva, ousamos denominar federalismo de integração. O federalismo dualista se fundava no princípio do equilíbrio entre a união e o estado, o federalismo cooperativo formula o princípio da suplementação das deficiências dos estados, o federalismo da integração representa o triunfo do bem-estar de toda a nação. Ele busca, portanto, reencontrar-se com a realidade nacional, traduzindo os legítimos anseios do povo, que cria um país economicamente forte, socialmente justo e eticamente digno." (BARACHO, 1982, p. 189)

Como agora o papel da União consiste também em uma maior intervenção nos Estados-Membros a fim de garantir-lhes desenvolvimento, conseqüentemente sua arrecadação também terá de ser maior. Começa-se a falar aqui na capacidade de determinação das práticas federalistas em função da arrecadação fiscal, que ficará sob poder da União para ser coordenada, eis que nasce o termo "Federalismo Fiscal".

Embora alimentada por louváveis propósitos, a ação federal na órbita econômica regional reflete comportamento unitário, inconciliável com a estrutura federativa, pois ignora a existência política do governo estadual. Sob tal aspecto, o planejamento central dos economistas do desenvolvimento introduz outra distorção no federalismo brasileiro. (HORTA, 1957, p. 80)

Houveram na história brasileira alguns períodos que romperam com sistema federativo, como se verifica na Constituição Polaca de 1937, que perpetuou até 1945, onde Getúlio Vargas e o Governo Central implementaram modelo autoritário e estabeleceram a intervenção da União em praticamente todos os Estados da Federação. Com sua ruptura em 1946, e neste mesmo ano a promulgação de nova constituição, retoma-se o modelo federativo republicano e democrático.

Considerando os anos de intensa atividade política que se seguiram na história brasileira, em 1961 começa-se a acalorar uma propagação de pensamentos políticos que enaltecem o Estado-Nação em detrimento dos Estados-Membros. Isto se dá principalmente pela polarização política que acometia o mundo, com um pano de fundo de Guerra Fria, onde o posicionamento político de uma sociedade representada como um todo se fazia cada vez mais importante para que ficasse claro qual lado apoiaríamos em um possível confronto das duas nações polarizantes: EUA e URSS.

[...] Com as tentativas de nos colocarmos na cartilha dos estados nacionais no contexto de polaridades de forças mundiais que marcam a divisão do mundo após a segunda guerra. Mais uma vez essa tomada de posição vai reforçar os argumentos de necessidade de um estado forte e com isso o aquecimento dos poderes da união se explica. (BERNARDES, 2010, p. 237)

A justificativa de necessidade de um governo federal forte preparou terreno para o iminente regime militar em 1964, que três anos depois, em 1967, instaura uma constituição que deturpa completamente os conceitos de Estado Nacional e Federalismo que entendíamos, pois apesar de prever a forma Federativa de Estado, consagra uma expansão da União em órbita federativa que praticamente castra a Autonomia delegada aos Estados-Membros, afastando completamente o teor de liberdade que existia por trás do conceito federalista e se aproximando muito dos efeitos centralizadores que existiam nos governos autoritários, com alto teor antidemocrático.

A mudança deste cenário autoritário para um mais democrático só aconteceria na Constituição da República de 1988, após toda sorte de crises e dificuldades de todas

as naturezas, principalmente sociais, que vivenciou o Brasil durante a vigência da Constituição de 1967.

Até agora o que podemos verificar é que a ideia por trás do conceito de Federalismo está completamente associada à liberdade política. Não falo aqui apenas da liberdade em si, mas da efetiva possibilidade de sua manutenção. É deste último aspecto que em algum momento viabilizou-se a concepção do primeiro efetivo modelo federativo pelos Norte-Americanos: os Estados-Membros após conquistarem a maior condição de liberdade política existente (sua soberania), através de incontáveis conflitos, optaram por restringi-la a fim de alcançar um maior benefício político que seria viabilizado pela União através da consolidação do sistema federativo.

É justamente a manutenção da liberdade política que sempre foi alvo de suspeição em nossa história. A Constituição da República Brasileira de 1988, popularmente conhecida como "Constituição Cidadã", pareceu adotar uma série de medidas para que a autonomia política dos Entes federados e seus interesses políticos, outrora tão desrespeitados, fossem protegidos constitucionalmente, reconhecendo e respeitando as respectivas peculiaridades sociais inerentes a cada Estado-membro, na medida, claro, em que se harmonizassem com o corpo integralizado federativo que integravam.

O que veremos a seguir é que o papel delegado à União, que representa a integralização e aliança política dos Estados-membros na referida Constituição, acabou questionando materialmente a formalidade da autonomia federativa.

4. O PROTAGONISMO DA UNIÃO: COMO O MODELO FEDERATIVO ATUAL TENDE A SE COMPORTAR DE MANEIRA CENTRALIZADA

Algumas das cartas constitucionais que precederam a atual Constituição da República dissimularam completamente o conceito federativo brasileiro, principalmente a Constituição de 1967 através da extensa intervenção federativa da União nos Estados-Membros, que além de ceifar a autonomia federativa destes afastava qualquer teor democrático dentro de nosso território, como dito anteriormente.

A partir de 1937, os órgãos governamentais centrais passaram a ocupar o espaço deixado pelo retraimento dos Estados-Membros e, por isso, toda tarefa nova que surgisse correspondia a um acréscimo na órbita das dilatadas atribuições do Governo Central. Esse processo acumulativo agigantou a

administração governamental central, contribuindo para manter vivo contraste entre as dimensões da primeira e a modesta inferioridade das administrações estaduais. (HORTA, 1957, p. 72)

Com isso, Constituição da República de 1988 inovou em sua técnica de repartição de competências entre os entes federados. Coube ao constituinte ter a devida diligência para tratar as cicatrizes políticas deixadas pelas Constituições anteriores. A manobra que foi adotada consistiu em enumerar as competências da União e dos Municípios, restando aos Estados-Membros as competências Remanescentes, divergindo dos antigos modelos federativos que consagravam apenas União e Estados-Membros com Entes federados. Além disso, as hipóteses de intervenção da União nos Estados-membros foram absolutamente restringidas pelo constituinte à um rol enxuto e taxativo de possibilidades.

O princípio geral que norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do Estado federal é o da predominância do interesse, segundo o qual à União caberão aquelas matérias e questões de predominante interesse geral, nacional, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse regional, e aos Municípios concernem os assuntos de interesse local [...]" (SILVA, 2010, p. 478).

Art. 34. a união não intervirá nos estados nem no distrito federal, exceto para: i - manter a integridade nacional; ii - repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da federação em outra; iii - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública; iv - garantir o livre exercício de qualquer dos poderes nas unidades da federação; v - reorganizar as finanças da unidade da federação que: a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior; b) deixar de entregar aos municípios receitas tributárias fixadas nesta constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei; vi - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial; vii - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta. e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. (BRASIL, 2017)

No entanto, nos artigos constitucionais que versam sobre as competências dos entes federados, percebe-se que o constituinte deu uma abrangência funcional enorme à união, se comparada com os outros entes. Isso se verifica no art. 21. Da c.f que traz um rol taxativo das competências que são exclusivas da união em seus vinte e cinco incisos, consagrando-se, inclusive, no inciso IX o princípio consagrador do federalismo cooperativo em nossa constituição:

IX - Elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social. (BRASIL, 2017)

No entanto, não existem dúvidas que também foi arrolado à união matérias que apesar de possuírem algum teor de interesse nacional também se interceptam nesses interesses regionais e/ou locais. Tanto que o art. 22 da c.f, que fala das competências privativas da união, estabelece em seu parágrafo único:

Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo. (BRASIL, 2017)

Em uma leitura crítica, percebe-se como até mesmo o constituinte estabeleceu válvulas que viabilizam o redirecionamento de competências e funções da união aos demais entes federados. Entendo que isso se dá pelo fato de reconhecer, o constituinte, que esse exagerado poder atribuído à união resultaria em alguma ou completa disfunção prática do próprio sistema federativo.

A autonomia da competência reservada aos estados-membros e aos municípios fica inclusive subordinada a determinações da união, na medida em que só conseguirão efetivar plenamente os atos que atendam demanda de interesse regional ou local se normas gerais estabelecidas pela união não tiverem sido determinadas, pois, se for este o caso, caberão aos demais entes apenas complementar essas normas. Conclui-se este fato a partir da leitura dos dispositivos elencados no art. 23 e 24 da c.f, que tratam respectivamente da competência comum e da competência concorrente entre união, estados-membros, distrito federal e municípios.

Art. 23 § único: leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a união e os estados, o distrito federal e os municípios.

Art. 24, §1º no âmbito da legislação concorrente, a competência da união limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

Art. 24, §2º a competência da união para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos estados

Art. 24, §3º inexistindo lei federal sobre normas gerais, os estados exercerão competência legislativa plena. (BRASIL, 2017)

Assim, a atuação tanto dos estados-membros quanto dos municípios assume completo papel coadjuvante dentro do cenário federativo, visto que o protagonismo das diretrizes funcionais recai sobre a união que, verificando conflito de tema que possua relevância nacional opondo-se a pertinências regionais e ou locais, tem o poder de sobrepujar seus interesses perante os outros. O problema reside justamente no conceito de “interesses” que é adotado na prática.

O que se verifica é que o critério definidor para a repartição de poderes entre os entes federativos não foi deliberado entre estes, mas sim presumidos pelo constituinte,

que por sua vez dilatou completamente o interesse nacional justificando o proporcional aumento de competências da união perante os outros entes federados.

Neste diapasão os entes federativos nunca deliberaram entre si a valoração política daquilo que deveria ou não pautar-se a sua autonomia, mas tiveram prescritos a si a "dosagem" dessas competências pelo constituinte. Assim, mostramos como a manutenção da liberdade política, mais uma vez, não foi devidamente recepcionada em mais um de nossos modelos federativos.

Inflando ainda mais o poder da união sobre os demais entes federados ainda temos os poderes implícitos (*implied powers*):

[...] teremos definido que das competências constitucionalmente explícitas podem-se deduzir poderes implícitos (*implied powers*) que, na verdade, são competências novas necessárias para a realização das competências já atribuídas. Desse modo, define-se que a união possui poderes além dos expressamente definidos constitucionalmente. (BERNARDES, 2010, p. 195)

Com isso, fica muito mais fácil para a união constituir estes poderes implícitos para consecução e efetivação de suas competências, visto que as normas que estabelecer, dentro da hierarquia normativa, vincularão diretamente o comportamento das demais normas estabelecidas pelos entes-federados naquilo que compreende sua competência exclusiva, ou poderão estabelecer as normas gerais dentro da possibilidade da competência concorrente. Segundo entendimento dos art. 21 a 24 da c.f/88.

No entanto, o caminho inverso não é possível: os poderes implícitos dos estados-membros e dos municípios, falamos dos que irão conseguir para satisfação do interesse regional e local respectivamente, deverão, e só poderão, se concretizar caso sejam obedecidos os obstáculos estabelecidos pelas diretrizes da união, que se fundam na supremacia do "interesse nacional". a autonomia dos estados-membros e municípios é, mais uma vez, sacrificada em detrimento da união.

Portanto, os poderes da união (enumerados e implícitos) para se efetivarem, dependem apenas de sua própria atuação (dentro da esfera federativa) e dos poderes públicos, que agem de maneira direta sob ela, expandindo sua soberania para órbitas tão largas que torna a "autonomia" dos outros entes federados, praticamente, desprovida de significado.

Caberá aos estados-membros e municípios exercer sua "autonomia" dentro da pequena fenda de livre manutenção política que é deixada após o alastramento funcional-normativo da união. A efetividade dos poderes implícitos regionais e locais

irá se sujeitar completamente às determinações da esfera federativa superior, que, na maioria das vezes, não é capaz de tutelar em tempo hábil as demandas para o exercício legal dos direitos e resoluções de conflitos que dali emanam.

“Pode-se incluir essa assimilação federal da máquina administrativa unitária entre as causas determinantes da atual hipertrofia da administração federal” (Horta, 1957, p. 73).

Aparentemente, no federalismo brasileiro a união não é uma reflexão dos interesses dos estados-membros e municípios, mas estes sim são um reflexo do interesse daquela.

5. CONCLUSÕES

O princípio norteador do federalismo cooperativo, que gira em torno de um ponto de equilíbrio entre uma maior intervenção da União nos Entes federados, a fim de provocar seu paritário desenvolvimento e integração, e o respeito à liberdade política, social e econômica, que, dentre outros fatores, caracterizam a autonomia dos governos descentralizados, acaba por se tornar maculado em nossa Constituição.

Na prática, o que se verifica, é que os poderes que emanam do Governo Central, ferem, em muitas hipóteses, a autonomia dos Entes-Federados e inflam completamente a competência e soberania da União perante eles.

A autonomia que é destinada aos Estados-Membros e Municípios, dentro de nossa técnica constitucional de repartição de competências, faz com que nos casos concretos essa liberdade federativa tenha um caráter coadjuvante e quase nada independente, tornando-se assim uma espécie de "AUTONOMIA SUPLEMENTAR", por parte dos entes federados, quando comparados à função desempenhada pela União.

A ideia de Federalismo que, como mostrado, desde de sua primeira adoção já apresentava sinais de vícios políticos e destoante realidade daquela a qual se inspirou para existir (Norte Americana), parece hoje, depois de tudo, não ter se distanciado tanto do comportamento do modelo centralizador que existia antes de sua adoção, em 1891.

Em tópicos que não são foco deste artigo, existem ainda outros motivos que colocam em cheque o comportamento federativo de nosso Estado, principalmente no

que se refere à política fiscal, tarifária e econômica da União para com os Estados-Membros e Municípios.

Portanto, nossa previsão constitucional como Federação e a adoção de um modelo Federalista Cooperativo, assim entendido por vários doutrinadores consagrados, me parece mera formalidade, uma maquiagem, para um modelo de estado que consagra forma de governo centralizadora. A denominação é utilizada como forma de justificativa para uma hipertrofia das competências funcionais e soberania política de uma, assim chamada, "União" às custas do exercício, pelos Entes-federados, de uma "Autonomia" que desde seu começo nunca se qualificou materialmente como tal, mas desde sempre teve essa qualidade nominada.

REFERÊNCIAS

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. Ed. 32. Apostila (Livre-docência). São Paulo, SP: Malheiras Editores Ltda, 2009.

HORTA, Raul Machado. **Problemas do federalismo brasileiro**. Belo Horizonte. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. 1957

MADISSON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **O Federalista**. (traduzido para português antigo- Biblioteca da Câmara dos Deputados (Tomo primeiro). Vol. 1. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. De J. Villeneuve e Comp., 1840. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/17661>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. **Federação e Federalismo: uma análise com base na superação do Estado Nacional e no contexto do Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. 304 p.

BARACHO, José Alfredo Oliveira. **Teoria Geral do Federalismo**. Belo Horizonte: FUMARC/ UCMG, 1982.

LORENA, Torquato Jardim. **Aspectos do federalismo norte-americano**. Revista de informação legislativa, v. 21, n. 82, p. 53-82, abr./jun. 1984

MACROBLOCOS DE PODER: UMA ANÁLISE SOBRE A UNIÃO EUROPEIA E O MERCOSUL A PARTIR DE HABERMAS

*Felipe Diógenes Antunes de Paula Cândido*⁷¹

1. INTRODUÇÃO

O fenômeno da globalização acarretou diversas consequências para os mais vastos campos do saber e no âmbito jurídico não foi diferente. É com o intuito de analisar as consequências da formação de Macroblocos de Poder em decorrência da globalização e sua relação com a Federação e o Federalismo que engajou-se a esta pesquisa. Tal tema é de grande relevância prática e jurídica, eis que tais arranjos de poder alcançam a cada dia maior amplitude e influência. Para corroborar a pertinência da temática pode-se observar o que discorreu de forma clara e precisa Wilba Bernardes em seu livro *Federação e Federalismo*:

[...] o fenômeno da globalização incita novos jogos territoriais de poder, daí a necessária redefinição dos pactos federais não só nos países em desenvolvimento, como também nos países desenvolvidos que se viram diante de um processo constituído na base de contrastes: a formação de macroblocos e microblocos de poder, alterando a tradicional definição de fronteiras. O caso da estruturação de supra-redes de poder, formando uma espécie imaginária de aldeia global pode ser exemplificado com a formalização da União Europeia e, ainda, suas possíveis sementes embrionárias, como o Nafta e Mercosul. (BERNARDES, 2010, p. 28)

É neste contexto em que se insere esta pesquisa, com o intuito de analisar estas supra-redes de poder, em especial a União Europeia e o Mercosul, buscando averiguar o enquadramento de suas estruturas em um sistema federativo, confederativo ou noutro tipo de sistema político. Para isto, valeu-se de grandes e renomados autores das ciências políticas e jurídicas, a fim de repisar sobre os apontamentos já existentes para uma contribuição eficaz com o mundo da pesquisa.

⁷¹ Graduando em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

2. BREVE APANHADO CONCEITUAL: FEDERAÇÃO E FEDERALISMO

Antes de mais nada é necessário tecer comentários a respeito da acepção dos vocábulos Federalismo e Federação. Por se tratarem de palavras utilizadas em vários lugares mundo à fora, possuem grande gama de definições por parte de estudiosos das ciências política e jurídica. Há também uma dificuldade em se fazer a distinção entre as duas palavras e o significado semântico das mesmas, o que faz com que muitas vezes sejam utilizadas como sinônimos, quando não o são. Importante salientar que, apesar de tão variadas definições, não há que se dizer que um ou outro posicionamento esteja certo ou errado, mas apenas que tais palavras são de difícil apreensão de um conteúdo único e uniforme. Esclarecido isto, o que se busca não é fixar um invariável conceito para tais palavras, mas sim a construção de um terreno sólido para se pisar.

Ambas as palavras têm sua origem do latim “*foederatio*”, de “*foedus*”, que quer dizer liga, tratado ou aliança, relacionado a “*fides*”, significando fé, confiança. Para elucidar vale citar os ensinamentos da Professora Wilba Bernardes (2010), eis que demonstra didaticamente o significado de ambas as palavras, assim definindo os termos Federação e Federalismo em sua obra:

[...] temos que a expressão federação estaria vinculada à estrutura normativa constitucional e o termo federalismo ligado a um modo de ver e de viver na sociedade. Na federação teríamos as estruturas federais ou os arranjos federais que permitem a divisão territorial do poder, incluindo aí seus aspectos políticos, jurídicos e econômicos; ou seja, aspectos institucionais que ao organizar o Estado permitem a distribuição espacial/territorial efetiva do poder. No federalismo, estaríamos mais próximos de um tipo de comportamento, atitude ou vocação federal, identificando princípios que são comungados em determinada sociedade, baseados na ideia de diversidade na unidade. (BERNARDES, 2010 p. 32)

Com base nestes apontamentos, verifica-se que o termo Federação se vincula ao regime político adotado por determinado Estado, enquanto o termo Federalismo tem relação com uma forma de enxergar a sociedade através de uma concepção de diversidade na unidade.

3. OS MACROBLOCOS DE PODER

O que é conhecido como Macroblocos de Poder é a união de dois ou mais Estados em um mesmo objetivo, tendo os Estados membros aberto mão de parte de sua soberania em prol do benefício mútuo de ambos os participantes.

Há uma distinção teleológica no que diz respeito ao surgimento destes arranjos de poder. O primeiro tipo de agrupamento se deu com a finalidade de dominação. Estados que tinham poder bélico e estratégias de guerra melhores dominavam sobre os outros, englobando seu território e trazendo a existência os blocos de poder.

Assim é que, no passado, as uniões entre Estados diversos estavam regidas, basicamente, pelo poder de uma nação de dominar as demais. Tratava-se, pois, de elo extremamente frágil para a construção de qualquer bloco de Estado de caráter continental (ou regional). Era este, basicamente, o sistema soviético de união de Estados. Seu desmoronamento em época recente bem demonstra a precariedade de uniões dessa índole, que apenas buscavam assegurar e demonstrar supremacia bélica em relação às demais nações. (TAVARES, 2017, p. 813)

Conforme visto, a união dos Estados baseada na subordinação entre eles demonstrou-se insuficiente para assegurar a durabilidade e continuidade dos movimentos de aglomeração.

A união entre Estados também se deu através do vínculo religioso. Países com mesma religião já se uniram através deste tipo de ligação. Nesta toada ensina ainda Tavares:

Outra forma de alcançar uniões estatais poderia ser obtida a partir do elemento religioso. Diversos esforços empreendidos nesse sentido, principalmente pela religião cristã, jamais alcançaram êxito. A união de Estados árabes, com a criação de uma “República Árabe Unida”, baseada em suas leis religiosas comuns, também falhou. (TAVARES, 2017, p. 813)

Esta forma de união dos Estados também não conseguiu mantê-los vinculados por muito tempo. Vale ainda ressaltar que os problemas de ordem mundial influenciaram no ajuntamento das nações, o que se materializou através de regras de controle que visam proteger as nações como um todo, a fim de não ficarem ao alvedrio de países com poder bélico capaz de destruir outros por completo. Assim, a segunda guerra mundial incentivou a união das nações em prol de um poder de influência supranacional apto a proteger a comunidade global. Entretanto, a criação de um poder mundial também deve ser pensada com cuidado, visto que um poder universal e soberano sobre todos pode cometer injustiças devido à falta de mecanismos de controle hábeis a freá-lo.

Apesar da união através do vínculo de subordinação ou religioso terem se demonstrado frágeis, há outra forma de união mais atual e duradoura. A união dos Estados por motivos econômicos tem se demonstrado mais sólida e eficaz para a manutenção do vínculo ao longo do tempo. Sobre a consistência da união com finalidade econômica, assim corrobora o entendimento abaixo:

Ocorre que o fenômeno econômico tornou viável o agrupamento de Estados, que já agora contam com um objetivo comum, verdadeiro propulsor dos avanços neste campo. Assim é que a crescente inviabilidade econômica de os Estados menores sobreviverem no mundo torna os fenômenos de integração uma realidade desejável e possível. O fator econômico guia essa transformação, tornando-a juridicamente factível. (TAVARES, 2017, p. 814)

Desta forma, este terceiro tipo de união, pelo viés econômico, tem mostrado que a combinação entre os estados é necessária para a expansão do mercado dos mesmos, podendo trazer benefício mútuo para os participantes destes arranjos de poder. Neste cenário é que surgem blocos como a União Europeia, o Nafta e o Mercosul, a fim de viabilizar uma integração econômica, se tornando uma alternativa aos estados.

A união dos estados com o viés econômico tem demonstrado poder suficiente para desfazer o paradigma do excesso de proteção de fronteiras, contribuindo assim para a formação de novos arranjos territoriais. Assim assevera Habermas:

No passado, o Estado nacional guardou de forma quase neurótica suas fronteiras territoriais e sociais. Hoje em dia, processos supranacionais irrefreáveis malogram esses controles em diversos pontos. (HABERMAS, 2002, p. 138)

Para ele “a soberania externa dos Estados, seja qual for sua fundamentação, tornou-se hoje em dia, aliás, um anacronismo” (HABERMAS, 2002, p.172). Desta maneira aparecem os Macroblocos de Poder como uma tendência, ocasionando uma mudança de paradigma quanto a necessidade e a possibilidade de os estados nacionais guardarem suas fronteiras. É com essa informação em mente que Habermas cita que “não há qualquer alternativa a isso, a não ser que se pague o preço normativamente insuportável de purificações étnicas” (HABERMAS, 2002, p.134) e pelo o que se sabe das experiências nazistas, trata-se de um preço que o mundo não está disposto a pagar novamente.

A ideia de uma economia mundial, ou desnacionalização da economia, tem mitigado as possibilidades de um estado nacional fechado e produzido uma necessidade de integração econômica cada vez maior e impossível de ser freada por meios políticos. Para Ilivitzky (2011), os Macroblocos de Poder se apresentam como fenômenos de integração regional, como se vê:

Integración regional: vários Estados vecinos asociándose entre sí. Se ve los casos del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), el Tratado de Livre Comercio da América del Norte (NAFTA), la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN) y, como caso paradigmático, la Unión Europea (UE). (ILIVITZKY, 2011, p. 37)

Estes blocos de poder têm se apresentado como uma alternativa à incapacidade política de manter a atuação eficaz em níveis nacionais. A União Europeia destaca-se como exemplo prático do que aqui se considera Macroblocos de Poder.

4. UNIÃO EUROPEIA: UMA ANÁLISE DE SUA CONJUNTURA POLÍTICA

A União Europeia trata-se do maior exemplo de Macroblocos de Poder. Sua origem é fundamentada em interesses econômicos. Tem suas raízes no Benelux, um bloco criado no período da segunda guerra mundial com o objetivo de construir entre os países que o constituíam um mercado único, facilitando principalmente a circulação de bens. Outros entendem que as raízes da União Europeia estão na Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) e na Comunidade Econômica Europeia (CEE), formadas em 1957. É importante, ainda, salientar que a criação do Euro foi um passo importante em direção ao crescimento do bloco, o que se deu em 1991 e em 1 de novembro de 1993 surgiu de fato a União Europeia.

As experiências com o Estado do bem-estar social na Europa e os resultados obtidos criaram certa resistência a modelos alternativos, entretanto, a aplicabilidade deste sistema demonstrou-se inviável em tempos globais, sendo necessária a adoção de outras soluções que possibilitassem resultados eficazes.

Os caminhos que se abrem no que diz respeito a reação dos Estados nacionais frente a globalização, de forma aparente, são três. A formação de uma comunidade mundial, que ao menos nos tempos atuais parece carecer de viabilidade; a manutenção do sistema de estado moderno, embora não apresente mais resultados satisfatórios; e uma alternativa que se apresenta como uma ponderação entre as duas anteriores, e nesse contexto se insere a teoria da Constelação Pós-Nacional de Habermas. Este é o posicionamento de Ilivitzky Esteban em relação a teoria Habermasiana, como se vê:

[...] tendientes a la instauración de una figura que medie como tertium um la anárquica escena global, es posible señalar el proyecto propuesto por Junger Gabermans (2009:107-126), consistente em uma asociación que incluya la participación equiparada de los Estados e y de los ciudadanos. (ILIVITZKY, 2011, p. 45)

Da perspectiva de uma economia global, algumas das competências dos Estados nacionais têm fugido de seu controle, eis que a internacionalização da economia

prejudica o controle estatal, conforme ensina Ilivitzky em seu artigo “Habermas y la constelación ponacional”:

A partir de una multiplicidad de escenarios que van desde la cooperación interestatal, que ubica a los estados en pie de igualdad entre sí, hasta la supraestatalidad, que implica la existencia de una conformación que al menos de iure tenga capacidad de emitir disposiciones normativas hacia las unidades que la conformen, la globalización ha permitido y fomentado una nueva serie de configuraciones políticas que hacen que sea factible ver al Estado siendo desbordado por procesos que escapan a su control y dominio inmediato. (ILIVITZKY, 2011, p. 36)

A incapacidade dos Estados de responderem as obrigações nacionais ou internacionais representam a ausência de força dos mesmos ante a globalização, a não ser que aprendam a lidar de forma eficiente com o fenômeno de abrandamento de fronteiras. Quanto às organizações internacionais, o que parece é que, em tempos de tecnologias de comunicação instantânea, transportes rápidos/eficazes e armamentos com capacidade de destruição mundial, é necessário que assumam seu papel na coordenação das nações, o que gera o que Ilivitzky (2011) denomina de sistema supraestatal descentralizado, que a cada dia cresce. Para Habermas “só poderemos enfrentar de modo razoável os desafios da globalização se conseguirmos desenvolver na sociedade novas formas de auto condução democrática dentro da constelação pós-nacional”. (HABERMAS, 2001, p.112)

Sabe-se que uma das características do Estado nacional, de acordo com a doutrina, quase que invariavelmente contempla a existência de um povo, um território e de soberania, como abaixo se demonstra a partir da perspectiva de Habermas:

Segundo a compreensão moderna, “Estado” é um conceito definido juridicamente: do ponto de vista objetivo, refere-se a um poder estatal soberano, tanto interna quanto externamente; quanto ao espaço, refere-se a uma área claramente delimitada, o território do Estado; e socialmente refere-se ao conjunto de seus integrantes, o povo do estado. (HABERMAS, 2002, p. 123-124)

Todos estes pilares da noção moderna de Estado são atacados de alguma maneira pela formação de níveis supranacionais de poder. A soberania externa é quase que extinta, o que causa um grande desconforto, já que de acordo com a concepção moderna de Estado, pelas palavras de Habermas “só é soberano o Estado que pode manter a calma e a ordem interior e defender efetivamente suas fronteiras externas” (HABERMAS, 2002, p.134) enquanto o elemento povo e o território são drasticamente alterados, exigindo-se uma mudança de perspectiva considerável.

Sobre este período que parece ser de transição, Ilivitzky (2011) constata alguns fatos relevantes em relação ao processo de transnacionalização. O autor levanta argumentos importantes, como nota-se:

Igualmente ello no obliga a sostener una visión fundamentalista o que reniegue de la coexistencia entre los antiguos estados nacionales y globalización (Ferrer, 2004:312), sino a visualizar una situación inédita caracterizada por a) estados imposibilitados de responder a las obligaciones nacionales u transnacionales, b) organismos internacionales que si bien nominalmente deberían ocupar su lugar no cuentan con el poder fáctico para hacerlo y c) un sistema supraestatal descentralizado y caótico (Portinaro, 2003:9), cuya definición bajo el término globalización implica una resmantización continua de acuerdo con la fuente interpretativa utilizada (Ball, 2002:105) (ILIVITZKY, 2011, p. 36-37)

Para compreender o atual estado da União Europeia é preciso ter em mente que conceitos fixos não são capazes de abranger situações novas, que vão em desacordo com o sistema vigente. A necessidade de uma adequação para o fim didático pode trazer percas conceituais substancialmente consideráveis. Habermas (2002) diagnostica de forma clara a atual situação da União Europeia, identificando uma contradição existente, como percebe-se em sua obra:

Sob pontos de vista relativos à política constitucional, a situação atual da União Europeia Européia está marcada por uma contradição. Por um lado, a EU é uma organização supranacional sem constituição própria, fundada sobre contratos do direito público internacional. Em tal medida ela não é um Estado (no sentido do Estado constitucional moderno, amparado sobre o monopólio do poder soberano tanto interna quanto externamente). Por outro lado, os órgãos da comunidade criam um direito europeu que vincula os Estados-membros. E em tal medida a EU exerce direito de soberania, que até então estava reservado ao Estado em sentido estrito. (HABERMAS, 2002, p. 177)

Importante ressaltar que o que distingue uma Federação de uma Confederação é, basicamente, se o vínculo se dá através de um documento que os une, como uma constituição, e neste caso se caracteriza uma Federação, ou se essa união se dá através de tratados internacionais, caracterizando assim uma Confederação.

Na confederação cada Estado integrante da união mantém íntegra sua soberania. Dessa forma, não há como pensar numa Constituição como o documento supremo da confederação. Os Estados, neste modelo, organizam-se em torno de tratados, celebrados entre as partes envolvidas, numa espécie de cooperação. (TAVARES, 2017, p. 815)

Apesar de não ter uma constituição unindo os países membros da União Europeia, há características do bloco que demonstram que o mesmo não se trata apenas de uma Confederação, como é visto:

Um grande passo já foi dado para ultrapassar a mera união confederativa, uma vez que a exigência de unanimidade para a tomada das decisões foi, em muitas

matérias, substituída pela necessidade de simples maioria qualificada. Isso representa um avanço significativo, pois o poder de veto que cada um dos Estados possuía fica eliminado, em prol de um sistema mais federativo do que confederativo. (TAVARES, 2017, p. 816-817)

O autor Laqueur diagnostica que “a origem de muitos dos problemas da região está na resistência dos membros da União Europeia em rumar para a integração completa” (LAQUEUR, 2012, p.15), evitando o que poderia se chamar de Estados Unidos da Europa.

Em uma análise de uma sentença do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, Habermas (2002) extrai que o Acordo de Maastricht não cria um Estado federativo europeu e que a união dos Estados deverá ser resultado exclusivamente das autorizações dadas por Estados que continuam sendo soberanos. Neste sentido, a União deve respeitar a soberania dos estados-membros.

Uma das dificuldades de afirmação da teoria Habermasiana diz respeito ao vínculo necessário a subsistência de qualquer modelo de Estado, qual seja, um elemento que una os cidadãos afetados pelas consequências do agir estatal.

O Estado nacional encontra sempre tal elemento em seu povo e este o fundamenta e respalda em suas decisões através do direito de voto. Quando se busca este elemento em um âmbito supra-estatal, as diferenças étnico-culturais podem inviabilizar uma união legítima e democrática. Habermas (2002) não enxerga nesta situação um problema intransponível e acredita que uma integração social através da cidadania democrática possa ser o bastante para sustentar níveis supranacionais de poder, como se vê em seu pensamento:

A cidadania democrática- no sentido de citizenship- gera uma solidariedade entre estranhos, relativamente abstrata ou em todo caso juridicamente mediada; e essa forma de integração social, que desponta inicialmente com o Estado nacional, realiza-se sob a forma de um contexto comunicacional que se estende até a socialização política. Esse contexto certamente depende do cumprimento de exigências funcionais importantes e que não podem ser simplesmente criadas por meios administrativos. A isso também pertencem condições sob as quais se pode constituir e reproduzir comunicativamente uma autocompreensão ético-política dos cidadãos- mas de modo algum uma identidade coletiva independente do processo democrático e portanto dada de antemão. O que une uma nação constituída de cidadãos – diferentemente da nação constituída por um mesmo povo – não é um substrato preexistente, mas sim um contexto intersubjetivamente partilhado de entendimento possíveis. (HABERMAS, 2002, p. 181)

O que em muito se acredita é que o princípio democrático seria “esvaziado” de um modo insuportável se o exercício das competências do Estado não pudesse ser vinculado a um povo “relativamente homogêneo” (HABERMAS, 2002).

Por esta razão o autor combate o conceito concretista de povo, visto que para ele “trata apenas de simular homogeneidade onde nada há senão coisas heterogêneas” (HABERMAS, 2002, p.183).

Através das palavras do escritor nota-se que a compreensão ético-política é essencial e possível aos cidadãos europeus, visto que o contexto histórico das duas guerras mundiais demonstrou que “precisam superar tipos de mentalidade nos quais se enraízam os mecanismos nacionalistas de exclusão” (HABERMAS, 2002, p.174). A partir daí poderia nascer a “consciência de pertença político-cultural”, provocando assim um adensamento das comunicações e um entrelaçamento de interesses através de um ensinar histórico. Assim ele busca desvincular a ideia de viabilidade de uma união a preexistência de um povo homogêneo.

Outro entrave à teoria Habermasiana da Constelação Pós-Nacional são os problemas de ordem representativa. “As transferências de competências de níveis nacionais para internacionais podem abrir perigosos vazios de legitimidade” (FERREIRA, 2011, p.42). Habermas (2001) identifica os problemas de legitimação em casos como o da União Europeia.

Porque a ideia de que uma sociedade pode agir sobre si de modo democrático só foi implementada de modo fidedigno até agora o âmbito nacional, a constelação pós-nacional desperta aquele alarmismo infrutífero da desorientação iluminista que observamos em nossas arenas políticas. (HABERMAS, 2001, p. 78)

Para ele, a participação dos partidos políticos e das organizações não governamentais tornam-se primordiais para o desenvolvimento e dissolução de um nível de entendimento considerado como necessário para a existência de redes supra estatais. Assim os vazios de legitimidade poderiam ser preenchidos, como percebe-se em seu pensamento:

Por isso, do ponto de vista normativo, não poderá haver um Estado federativo europeu merecedor do nome de uma Europa democrática, se não se afigurar, no horizonte de uma cultura política, uma opinião pública integrada em âmbito europeu, uma sociedade civil com associações representativas de interesses, organizações não-estatais, movimentos de cidadania etc., um sistema político-partidário concebido em face das arenas europeias – em suma: um contexto comunicacional que avance para além das fronteiras de opiniões públicas de inserção nacional, até o momento. (HABERMAS, 2002, p. 183)

Para o autor, este engajamento intersetorial seria o preço a se pagar para evitar uma autonomização dos aparatos supranacionais, sob pena de incorrer no fatalismo dos antigos impérios.

Hamanda Ferreira, em uma leitura sobre a constelação pós-nacional, discorre que:

O procedimento democrático deve retirar sua legitimidade não somente – e nem sequer em primeiro plano – da participação e da expressão de vontade (no sentido de democracia representativa), mas sim do acesso universal a um processo deliberativo cuja natureza fundamente a expectativa de seus resultados racionalmente aceitáveis. (FERREIRA, 2011, p. 46)

Este acesso universal a um processo deliberativo só seria possível através da teoria do discurso e com a participação de várias frentes da sociedade.

Não obstante as críticas, os resultados alcançados pela União Europeia nas últimas décadas demonstram uma tendência de cooperação interestatal e ressaltam a pertinência do pensamento do autor alemão. É esta a constatação de Ilivitzky:

Si este tipo de resultados se producen tras cinco décadas de compromissos firmes que permanecem más allá de los intereses y preferencias de los diferentes partidos políticos que ejercen circunstancialmente el poder, es de esperar que em um período de tempo mayor em el resto del mundo puedan comenzar a evidenciarse efectos similares. (ILIVITZKY, 2011, p. 50)

Para Habermas (2002) é necessário que as elites políticas compreendam e respeitem esta evolução, mesmo que possa representar ameaça a seus desejos, para que se possibilite avanços. Além do mais, é necessário entender que qualquer pensamento a respeito da união dos estados em federações ou confederações devem ser observadas com o respeito ao lapso temporal necessário para que apareçam os resultados. Como bem ressaltou Ilivitzky:

El realismo, si bien no es adverso a este ideário, entiende por su parte que su realización es mucho más paulatina y prolongada que lo que el pacifismo propone, ya que cada Estado no desea dejar de lado lo que entiende que son sus intereses primários (Klusmeyer, 2005: 144; Morgenthau, 1979:91). De esta forma las dos corrientes principales del pensamiento internacionalista descartan, al menos momentaneamente, la defensa de la federación interestatal por la imposibilidad de concretarse em el corto plazo. (ILIVITZKY, 2011, p. 49)

A partir dos resultados alcançados pela União Europeia, outros blocos têm se espelhado. O Mercosul é um desses embriões de menor porte, constituído por países da América do Sul.

5. MERCOSUL E SUA CONJUNTURA POLÍTICA

Como é visto no site do Mercosul, este tem origem mais recente que a União Europeia e trata-se também de uma vinculação entre Estados nacionais autônomos

com supedâneo em um viés econômico, sem abrirem mão do status de Estados nacionais soberanos. O objetivo é a integração dos países membros através da livre circulação de bens e serviços. Entre os objetivos do bloco também está a viabilização do intercâmbio entre os países membros.

Sua origem se deu em 1991 com a assinatura do Tratado de Assunção por países da América do Sul, entretanto, suas raízes remontam ao final da segunda guerra mundial, onde os países da América Latina buscaram sua industrialização através de um tratado econômico.

O Mercosul tem seu embrião na Associação Latino Americana de Livre Comércio (ALAC), que foi criada em 1960 e trazia facilidades alfandegárias para seus países-membros. O bloco foi impulsionado pelo período pós-guerra fria, onde o momento propício a iniciativas de âmbito supranacional permitia esperar uma nova era. O principal objetivo do bloco é o mútuo desenvolvimento econômico dos países-membros através do livre comércio.

Em relação a União Europeia, o Mercosul apresenta-se em caráter ainda incipiente, e por esta razão os problemas apresentados também são de menores proporções.

A Constituição Federal do Brasil (1988), um dos países membros do Mercosul, prevê como princípios que regem as relações internacionais, entre outros, a independência nacional e a igualdade entre os estados, o que demonstra claramente o respeito à soberania nacional dos países.

Entretanto, a constituição prevê a cooperação entre os povos da América Latina, o que demonstra que o intuito de estabelecer uniões entre países, sempre resguardando sua soberania.

Vale mencionar, por fim, que o parágrafo único do artigo 4º da Constituição dispõe que a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações. Para concretização deste objetivo, o Brasil celebrou com a Argentina, o Paraguai e o Uruguai, o Tratado de Assunção, assinado no dia 26 de março de 1991, que instituiu o denominado Mercado Comum do Sul, popularmente conhecido como MERCOSUL. (DANTAS, 2015, p. 75)

Em 2005 foi criado o parlamento do Mercosul, denominado Parlasul, que tem funções deliberativas e de recomendação aos demais órgãos do bloco. Em 2010 foi aprovado o Estatuto de Cidadania do Mercosul com o objetivo de efetivar direitos comuns aos cidadãos dos estados membros. Não obstante aos esforços, os resultados

alcançados são considerados incipientes, sendo demasiadamente forçoso mencionar a possibilidade de uma união federativa com a elaboração de uma constituição para os membros do bloco.

Se comparado a União Europeia, os problemas de ausência de legitimação e de uma solidariedade cosmopolítica que possibilitem a existência do bloco são mais latentes, todavia, as competências atribuídas ao poder central são menores, o que acaba por amenizar estes problemas. No caso de expansão do Mercosul as soluções adequadas devem ser buscadas, e assim, o exemplo da União Europeia é extremamente valioso.

6. DISPOSIÇÕES FINAIS

Os arranjos supranacionais de poder se apresentam como uma tendência que deve ser mantida e espelhada por todos os estados que pretendem um desenvolvimento econômico e social, ante as incapacidades políticas nacionais. O contexto político mundial parece empurrar as nações para a união de interesses com o objetivo de mútuo crescimento.

Atualmente, os atuais blocos mais se parecem com um sistema confederativo, onde a união se dá através de tratados assinados entre os estados membros cedendo parte de sua soberania em prol do todo, sem abrirem mão do status de soberanos, mas a bem da verdade, apesar da falta de uma constituição que os una e configure uma federação, parte da organização destes arranjos, como por exemplo o parlamento da União Europeia, assemelha-se mais a uma Federação que a uma Confederação, visto que “o Parlamento que, por ser eleito pelo sufrágio universal, em princípio, representa o povo europeu, poder que se exercita, portanto, tal como ocorre no federalismo” (TAVARES, 2017, p.816).

Com isso em mente, torna-se excessivamente difícil e perigoso, sob pena de recair em demasiado simplismo, enquadrar os atuais arranjos territoriais e cravá-los como uma Federação ou Confederação. A indeterminação vem do período de transição e nem sempre é inválida.

Entretanto, apesar da resistência dos estados ante a formação de federações, o que parece acontecer é um movimento centrípeto de aglutinação, mesmo que para isso demore décadas. Os resultados obtidos pelos blocos demonstram uma mudança de

paradigma de um excesso de proteção de fronteiras para um aglutinamento não baseado na força, mas no mútuo interesse.

Os problemas existentes relacionados as redes supranacionais não parecem ser hábeis a frear o crescimento das mesmas, visto que as soluções apresentadas e a ausência de alternativas adequadas parecem contribuir com o crescimento dessas.

O que se diz não é que se espera a formação de um estado mundial, ou a formação imediata de federações a partir da união entre blocos e da cessão voluntária de soberania por parte de todos os seus estados membros, com a finalidade de estabelecer um governo central, mas sim que o caminhar político sugere a necessidade de união com o fim de sobrevivência harmônica como maneira de lidar com movimentos econômicos e sociais que aconteceram nas últimas décadas. Esta se apresenta como uma tendência, mas que se verdadeira, não obstante as especulações intelectuais, somente se verificará com o decorrer de um considerável lapso temporal.

REFERÊNCIAS

BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. **Federação e Federalismo**. Del Rey, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

COMO surgiu e como funciona o Mercosul? Disponível em: <<https://novaescola.org.br/conteudo/2274/como-surgiu-e-como-funciona-o-mercosul>>. Acesso em: 10 de novembro 2017.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional: Versão Compacta**. São Paulo. Atlas, 2015.

FERREIRA, Hamanda Rafaela Leite. **Constituição, Economia e Desenvolvimento**. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, vol. 3, n. 4, Jan-Jun. p. 41-55.

HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional: Ensaio Pólitico**. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002

ILIVITZKY, Matías Esteban. Estudios Internacionales 170 (2011) – ISSN 0716-0240. 21-53. Instituto de Estudios Internacionales – Universidad de Chile

LAQUEUR, Walter (2012). **“O Futuro Modesto da Europa”**. Revista Veja. Edição 2, 254/ano 45/ n. 5. São Paulo: Abril, p. 15-19.

Saiba mais sobre o Mercosul. Disponível em:
<<http://www.mercosul.gov.br/saiba-mais-sobre-o-mercosul>> Acesso em: 15 de dezembro 2017.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2017.

TÍTULO SEGUNDO

**SOCIEDADE, CONFLITO E MOVIMENTOS
SOCIAIS**

**JUSTIÇA SOCIAL E OS FUNDAMENTOS
ÉTICO-POLÍTICOS DA AUTORIDADE POLÍTICA**

Professor Supervisor do Grupo de Pesquisa

Prof. Dr. Dimas Ferreira Lopes

A ATUAÇÃO DE GRUPOS ECONÔMICOS NA REFORMA AGRÁRIA DISCUTIDA NA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987

Bárbara dos Santos Choucair⁷²

Laura Elísia Carvalho Cardoso⁷³

*“É uma cova grande pra tua carne pouca
Mas a terra dada, não se abre a boca
É a conta menor que tiraste em vida
É a parte que te cabe deste latifúndio
É a terra que querias ver dividida
Estarás mais ancho que estavas no mundo
Mas a terra dada, não se abre a boca.”
(Chico Buarque, Funeral de um Lavrador)*

1. INTRODUÇÃO

No período de 31 de março de 1964 até 15 de janeiro de 1985, o poder político, no Brasil, esteve, ineludivelmente, sob a regência das Forças Armadas, mercê de um golpe civil-militar articulado com a bandeira nacionalista anticomunista, cujo termo final se deu com a reunião do Colégio Eleitoral em 15/01/1985, quando foram eleitos - de maneira indireta e para um mandato de seis anos - os civis Tancredo de Almeida Neves e José Sarney de Araújo Costa, respectivamente presidente e vice-presidente da República, tendo-se em conta que a dupla de candidatos concorrentes também era civil: Paulo Salim Maluf e Flávio Portela Marcílio.

Diz-se, melhor, entretanto, que o último ato de poder e influência militar brasileiro se encerrou em 15/01/1985 com a eleição do Dr. Tancredo Neves, e não na data da posse presidencial do seu ocasional vice-presidente (José Sarney assumiu a presidência em decorrência da morte de Tancredo Neves), porque este (Sarney), assim

⁷²Autora. Graduanda em Direito pela PUC Minas. Pesquisadora do Núcleo Acadêmico de Pesquisa. Monitora de Filosofia do Direito. Email: choucair.barbara@gmail.com.

⁷³Autora. Graduanda em Direito pela PUC Minas. Pesquisadora do Núcleo Acadêmico de Pesquisa. Email: leccelisia18@gmail.com

como os candidatos derrotados (Paulo Maluf e Flávio Marcílio), em que pese serem civis, eram civis aduladores com escandalosa admiração e apoio ao regime militar.

O término do governo militar, e a instalação e realização da Assembleia Constituinte (1º/02/1987 – 22/09/1988) recupera, integralmente, a satisfação da ordem do dia do movimento comicial civil ocorrido em 1983-1984 (“ Diretas Já”), em cuja pauta a realização de eleições diretas esteve conexas à convocação de assembleia nacional constituinte.

Lida-se, então, com um trinômio progressivo: 1) a identificação do (s) expectador (es); 2) a elaboração de pauta com o registro da(s) expectativa (s) do (s) expectador (es) identificado(s), e; 3) a constatação da(s) realização (ões) ou frustração (ões) , conscientes de que, entre a antecedência expectante e a realização ou frustração da expectativa, opera (m) força (s) com interesses na (s) realização (ões) ou frustração (ões) da(s) expectativa(s) dos expectador (es), definidas na consonância das pautas elaboradas, de tal sorte que a frustração de um expectador implica na realização do expectador concorrente, e vice-versa.

O processo de formação da nova Constituição consumiu quase um ano e sete meses, período no qual a sociedade brasileira conheceu publicações de variado teor opinativo sobre as muitas matérias em discussão no foro constituinte.

Para os fins deste empenho acadêmico amostral, elaborado a partir de material já publicado, dividimos o gênero publicação em duas espécies documentais: a) interna I- a produção documental oficial da constituinte pelos órgãos e atores com tratamento de autoridade nos poderes executivo, legislativo e judiciário; II- produções analíticas oficiosas, mas credíveis pelas fontes referenciais acerca dos documentos oficiais da constituinte; b) externa (toda a produção documentária de origem diversa das fontes internas: produção documental contemplativa do conteúdo informacional do processo constituinte divulgadas, por exemplo, em revistas e jornais de acesso popular, e em revistas e periódicos didático-científicos).

Pode-se, com serenidade, identificar, hoje, as interferências de forças operativas que se protagonizaram no processo da elaboração da Constituição promulgada em 05/10/1988 e, que passados um trintênio (2018), se mostram indiscutíveis pela incontestabilidade dos estratagemas dirigidos para a frustração ou realização das expectativas.

A discussão e a crítica reflexiva pela sociedade são porções do todo (a democracia) , como sua base e como o sustentáculo que a mantém e a faz prosperar em

seu mais elevado potencial. Dessa forma a participação do povo não apenas no processo de elaboração de normas, mas, também, como força capaz de propô-las, modificá-las ou aprimorá-las é essencial e reflete uma democracia que está em processo constante de reafirmação.

A discussão aqui encaminhada se fez necessária diante do cenário pré e pós 22/09/1988, haja vista as interferências de forças que afetam de forma direta o povo. Para esta análise, um marco teórico aristotélico se faz indispensável:

Perguntaram se o legislador que deseja dar as leis mais justas deve ter em vista o interesse dos melhores cidadãos, ou da maioria... Aqui a palavra justiça refere-se ao mesmo tempo ao interesse geral da cidade e ao interesse particular dos cidadãos. O cidadão em geral é aquele que manda e obedece, alternadamente; mas existe uma diferença conforme a natureza da constituição: na melhor de todas é aquele que pode e quer ao mesmo tempo mandar e obedecer, conformando a sua vida às regras da virtude (ARISTÓTELES, 2002, p. 119).

Dessa forma, nossa intenção é transparecer os efeitos surtidos na ordem político-jurídico na elaboração da Constituição de 1988, no objeto específico da reforma agrária, e fazê-lo a partir da influência de grupos econômicos detentores de poder tomando-se como estrutura investigativa as literaturas de Aristóteles e Habermas, buscando-se compreender como se dá a relação de “trocas” entre a sociedade e os poderes constituídos: “supostamente a base da representação cidadã”. Afinal de contas, o Estado almeja a “democratização do poder”, ou apenas atender a interesses da ordem privada economicamente poderosa? (CARVALHO , 2001, p. 226-246).

2. O CONTEXTO DITATORIAL E A INFLUÊNCIA DE CORPORações PRIVADAS INTERNAS E EXTERNAS

O contexto ditatorial em análise são os governos Castelo Branco (1964-1967), Costa e Silva (1967-1969), Garrastazu Médici (1969 – 1974), Ernesto Geisel (1974-1979), João Figueiredo (1979-1985).

Desde 1983 até 1988 o Brasil vivenciou um período de reconhecimento de anseios reformistas legítimos da sua ordem político-jurídico, depois de sua repressão por trinta anos de ditadura, nos quais mostrou-se evidente a influência de corporações privadas internas e externas.

As atuações empresariais junto aos órgãos formuladores da política externa brasileira não deixaram de se fazer presentes desde o golpe de 1964. Williams

Shiguenoli Miyamoto mostram como a geopolítica da ESG (Escola Superior de Guerra) teve grande influência sobre as relações exteriores do país no período Castelo Branco, com grande ingerência de militares e do Conselho de Segurança Nacional sobre as políticas do Ministério de Relações Exteriores. Porém, frustrada aquela política de alinhamento aos Estados Unidos e todos os benefícios que ela supostamente poderia trazer, já no meio do primeiro governo da ditadura, alguns elementos da Política Externa Independente foram readmitidos, como a busca de parceria comercial no mundo socialista.

Com o governo Costa e Silva, a burguesia internacional e associada que tivera grande peso no período Castelo Branco - inclusive sobre a política externa - perdeu espaço, abrindo margem para uma reorientação da política externa com maior espaço para a diplomacia e o empresariado doméstico na condução da política exterior do país (GONÇALVES & MIYAMOTO, 1993, p. 211-246).

Estendendo a análise ao governo militar seguinte, (Garrastazu Médici), a preocupação era a recuperação interna com a elaboração de um grande plano de desenvolvimento nacional, do qual eram metas a redução da inflação e o incentivo ao setor privado, revendo a perspectiva de um modelo exportador:

Dessa forma, vencida a restrição representada pela recessão aberta do início de 1967 e liberada das pressões de interesses contraditórios afloradas durante a fase liberal de 1967/68, a política econômica retorna ao objetivo central colocado pelo regime desde a sua implantação (MACARINI, 2000, p. 16).

Em contrapartida, no governo Ernesto Geisel, o foco esteve voltado para a política externa com o reatamento dos laços econômicos e políticos com a República Popular da China, por exemplo. Com efeito, o Brasil passava a buscar investimentos externos, a fim de obter empréstimos para o financiamento de projeto e ações.

No governo João Figueiredo, a abertura econômica esteve pautada pelo universalismo, política necessária diante do grave quadro de crise mundial. Segundo registros de Túlio Sérgio Henriques Ferreira, o Brasil passou a buscar o diálogo inclusive com países da Europa Oriental, ampliando seu grau de atuação no comércio externo, visando adquirir maior visibilidade e, assim, conseguir superar o grave cenário econômico:

Foi produzido discurso diplomático que reivindicou a democratização do quadro institucional internacional para reverter o fechamento do processo decisório concentrado nas grandes potências internacionais. (FERREIRA, 2006, p. 119-136).

Pode-se, pois, concluir que interesses econômicos - principalmente internacionais - estiveram muito presentes nos períodos Castelo Branco – Costa e Silva – Garrastazu Médici, Ernesto Geisel e João Figueiredo.

3. ARRANJOS ORGANIZACIONAIS INTRÍNSECOS E EXTRÍNSECOS À CONSTITUINTE À LUZ DO CORPORATIVISMO PRIVADO INTERNO E EXTERNO

Uma vez esclarecido o escopo do presente artigo, impõe-se uma breve explanação acerca de como se organizava a Assembleia Nacional Constituinte (abreviadamente ANC). No dia 1º de fevereiro de 1987, os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reuniram-se, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, composta por 559 constituintes. Em 03 de fevereiro de 1987, através da promulgação da Resolução nº 02/87 (publicado no DANC de 04/02/1987, p. 25), foi estabelecido o Regimento Interno, instrumento que definiu o iter do procedimento de elaboração da nova Constituição, ritualizando o modus, desde o surgimento da proposta normativa até a aprovação em plenário.

O Regimento previa quatro etapas. Primeira: na medida em que as matérias chegassem eram autuadas e encaminhadas para um conjunto de vinte e quatro subcomissões, as quais incumbia realizar o tratamento temático, buscando o alinhamento racional da proposta; Segunda: em seguida, era encaminhada à oito comissões temáticas que transformavam a matéria em anteprojeto constitucional; Terceira: esta etapa acontecia na Comissão de Sistematização, onde o anteprojeto deixava de sê-lo para se tornar um projeto de constituição; Quarta: finalmente, o então projeto era encaminhado ao plenário da ANC, submetido a dois turnos de votações e discussões para ser ou não incorporado ao corpo da constituição.

O contexto político democratizante ensejava muita cautela diante da situação extraordinária e tão aguardada de ruptura e recomeço em seu sentido mais amplo. A possibilidade de traçar o esboço do que seria o Brasil dali para frente se concentrou nas mãos de 559 constituintes presumidamente legitimados pelo voto popular e também intelectualmente capazes de criar normas que correspondessem aos anseios da população eleitora, população esta que clamava há muito por um novo alicerce constitucional democrático e cidadão.

Pergunta-se: estariam eles, os 559 constituintes, imunes o suficiente para terem como alvo a redemocratização na qual o povo seria a primazia, em detrimento da primazia desfrutada pelos grupos de interesses econômicos que buscavam benefícios próprios?

Segundo José Murilo de Carvalho (2001, p. 207), a força do corporativismo se manifestou durante a Assembleia Nacional Constituinte de 1988: grupos economicamente poderosos procuravam defender e aumentar seus privilégios legitimando-os nas letras constitucionais em fabricação. De acordo com o autor, tais grupos eram formados por empresários, banqueiros, grandes proprietários rurais e urbanos, políticos, profissionais liberais e altos funcionários, que mantinham vínculos importantes nos negócios, no governo e no próprio Judiciário.

Nessa perspectiva faz-se necessário citar a audiência concedida com exclusividade a Mário Amato – então presidente da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP), em 08 de julho de 1987, no Palácio do Planalto. Em reportagem, a Folha de São Paulo (primeiro de Agosto de 1987), recortava em manchete o desnudamento do objetivo do referido encontro: “AMATO USA O PRESTÍGIO DA FIESP PARA INFLUIR NOS TRABALHOS CONSTITUINTES”, revelando, de forma a não haver dúvidas, o empenho dedicado pelo líder industrial em “*alinhar com a classe política um entendimento que anulasse a força de propostas como estabilidade no emprego e redução da jornada de trabalho...*”, ou seja, anular propostas que configurassem benefícios diretos aos trabalhadores.

Como reflexo desse tipo de manobra, vale ressaltar regulamentação da reforma agrária e o modo como se normatizou a tributação sobre a renda dos brasileiros, assim como a tratativa dos juros. Os dispositivos constitucionais aprovados evidenciam que na luta nos bastidores da constituinte o empresariado alcançou êxito.

Pertinente, no particular, as apurações do Conselho Executivo do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - CE-PNUD -, que, em análise do aprimoramento e a consolidação das democracias, aprovou o II Marco de Cooperação Regional durante o período de 2001-2005, a partir do qual analisou a democracia em 18 países da América Latina, incluindo o Brasil. Contando com a participação de cerca de 100 analistas, 32 presidentes ou ex-presidentes, mais de 200 líderes políticos ou sociais, e quase 19 mil cidadãos, o relatório teve como objeto identificar os grandes desafios da democracia e promover uma ampla discussão em torno deles. O que chama mais atenção, dentre os diversos dados disponibilizados, é o quadro que expressa o

resultado da apuração identificadora de quem, na América Latina, realmente exerce o poder, a saber, grupos de interesses (em especial empresariais) que funcionam como poderosos *lobbies*. A conferir:

TABELA 53

QUEM EXERCE O PODER NA AMÉRICA LATINA?		SEGUNDO O PONTO DE VISTA DOS LÍDERES CONSULTADOS		
		Quantidade de menções	% de Líderes que fazem a menção	
Poderes fáticos	Os grupos econômicos/ empresários/ O setor financeiro	150		
	Os meios de comunicação	122		
Poderes constitucionais	Poder Executivo	68	(79,80%)	
	Poder Legislativo	24	(64,9%)	
	Poder Judiciário		16	(36,2%)
				(12,8%)
Forças de segurança	As Forças Armadas	40	(8,5%)	
	A Polícia	5	(21,3%)	
Instituições políticas e líderes políticos	As Forças Armadas		(2,7%)	
	Partidos políticos	56	(29,8%)	
	Os políticos/ operadores políticos/ líderes políticos	13	(6,9%)	
Fatores extraterritoriais			(22,9%)	
	EUA/ A embaixada norte-americana	43	(16,5%)	
	Organismos multilaterais de crédito	31	(6,9%)	
			(4,8%)	

Fonte: Programa Nacional das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD, 2004, p.163)

Nota: n=188. O total não soma 100% porque foram permitidas respostas múltiplas. Fonte: PRODDAL, Rodada de Consultas com Líderes da América Latina, 2002.

O resultado da pesquisa revela invariavelmente a força do corporativismo industrial na elaboração e aprovação de artigos que hoje integram a Constituição da República Federativa do Brasil, artigos com evidências dessa interferência.

4. DESTAQUE AO TRATAMENTO DA REFORMA AGRÁRIA NA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE (1º/02/1987 – 22/09/1988)

Tratemos de um dos temas que disputou forças na Assembleia Nacional Constituinte (1º/02/1987 – 22/09/1988) : a instituição da reforma agrária, objeto deste esforço analítico, para dimensionar a importância deste tema no contexto de redemocratização do país, sobretudo para promover a redistribuição de rendas.

O pano de fundo dessa discussão é marcado definitivamente por muita pressão popular com a atuação de grupos, sendo o de mais destaque, sem dúvida, o MTRST (Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra), unidade de pessoas que realizou diversas atuações e mobilizações visando um avanço normativo na questão fundiária.

Em pesquisa realizada (maio a dezembro de 1987), a expressiva maioria dos parlamentares constituintes era a favor de instituir a reforma agrária, com exceção de dois, um do PDS e outro do PMDB. A pesquisa demonstrava, ainda, que os parlamentares eram bastante progressistas com relação a questão fundiária (SENADO FEDERAL, 1989, p. 105-128).

Apesar de o tema fundiário ser tratado dessa maneira, terá sido isso refletido na elaboração dos dispositivos constitucionais?

Ao analisar o resultado final do texto constituinte, é certo que houve algum progresso, pois há nele, no mínimo, os artigos referentes a reforma agrária: Capítulo III, do Título VII, artigos 184 *usque* 191. Mas, a análise de tais dispositivos (e sua real aplicabilidade), como foi disposta, não refletiu a declaração dos constituintes tomados individualmente em sede de questionários de consultas.

Marinho (1992) ensina que “A falta de objetividade, confundindo a técnica constitucional com a lei ordinária e a do regulamento administrativo, sacrifica o alcance social do texto maior” (p. 97). Ora, o que se normatizou, ao final, em matéria agrária, foi uma norma de eficácia limitada, ou seja, carente de uma lei complementar (hierarquia inferior) para determinar as condições de aplicação e real efetividade da reforma agrária, o que seria mais maleável de modificação por parte de Congresso Nacional. Sabe-se que até o presente ano – 2018 – não foi editada a referida Lei complementar.

Sequer o conceito de função social da propriedade, que iria conferir a legitimação jurídica para a reforma agrária, não obteve uma definição clara pelo constituinte:

[...] mantém-se aquém das propostas presentes na legislação anterior ao estabelecer preceitos de forma vaga e pouco precisa no que se refere, por exemplo, à função social da terra, à propriedade produtiva, às razões e critérios para desapropriação.

[...] problematizar análises e pronunciamentos que, a partir da Nova Carta, concluem pela total impossibilidade de execução de uma Política de Reforma Agrária (MIRANDA COSTA, 1990, p. 20)

A partir dessas constatações, buscamos identificar o estratagema responsável por esse posicionamento da constituinte o fazendo com a tentativa de responder duas

macro questões: que grupos influenciaram essa tomada de decisões?, por que tal aspecto social extremamente relevante não garantiu os avanços na temática agrária?

Como se verifica, havia uma intensa polarização entre os grupos pró e contra a reforma a agrária. Os argumentos suscitados pelo grupo a favor se cingiam a função do Estado garantir a redistribuição de terra, contribuindo para a justiça social. Já o grupo adverso validava o esforço do empreendedor agrário, detentor de um direito individual inviolável da propriedade, não defendendo desapropriar aquilo que foi fruto de sua ação (BUTTÒ, 2009, p. 30). Sabe-se que as instituições envolvidas nesse processo eram:

No lado pró-reforma, as maiores organizações eram: a Confederação dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG) e a Associação Brasileira da Reforma Agrária (ABRA), respectivamente fundadas em 1963 e 1969, o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MTRST), de 1984, e a já mencionada Comissão Pastoral da Terra (CPT) que foi criada pela CNBB no ano de 1975 (BUTTÒ, 2009, p. 31).

Do lado ruralista temos também os grupos que tinham se organizado para pressionar o trabalho dos constituintes. Os principais grupos de interesse foram: Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB) criada em 1970, a Confederação Nacional da Agricultura (CNA) de 1951, a Sociedade Rural Brasileira (SRB) e a União Democrática Rural (UDR), (BUTTÒ, 2009, p. 32).

A instituição de destaque – que possuía a maior influência nos constituintes – era a FAAP (Frente Ampla da Agro Pecuária):

a Frente Ampla da Agro Pecuária liderada pela OCB, que era a organização com a maior capacidade de influência na constituinte (Correio Brasiliense 07/05/1987, anexo C e D) e que estava subindo de fato, a interferência na gestão da questão fundiária da UDR (Mendonça 2001), uma organização minoritária que utilizava uma estratégia muito agressiva no limite da legalidade, favorecida pelo comportamento ambíguo de alguns militares e das forças de segurança. (BUTTÒ, 2009, p. 32)

Assim, todas as instituições envolvidas tinham como objetivo cooptar constituintes contra ou a favor do projeto de reforma agrária, defendendo os interesses que julgavam estar corretos.

Registre-se que em Brasília “a faculdade de recursos financeiros permitiu grandes mobilizações em todo o país e a criação de um centro de lobby em Brasília, que organizava a participação dos ativistas nas deliberações a fim de apoiar e controlar o comportamento dos próprios constituintes” (BUTTÒ, 2009, p. 36).

Os ruralistas realizavam a estratégia de utilizar embasamentos técnicos jurídicos e econômicos para justificar seus interesses, enquanto os que lutavam por

terra faziam um enfrentamento popular de mobilização, ocupando, por exemplo o corredor que direcionada ao plenário no qual seria votado a reforma agrária.

Ao final, prevaleceu o discurso dos ruralistas, pois o texto constitucional, redigido, aprovado e promulgado não favoreceu a implementação da reforma agrária.

5. O PODER POPULAR

O poder constituinte é algo amplamente discutido em diversas teorias. Nesse aspecto, a partir do perfil filosófico-político de Jurgen Habermas (1929) intentamos relacionar o poder popular com a elaboração do texto constitucional no atinente a temática da reforma agrária no Brasil, a fim de verificar se houve ou não a representação dos interesses de todos os grupos que ocuparam o centro da tomada de decisões. Em face da teoria discursiva, interroga-se: como os processos comunicacionais se desenvolveram em relação a reforma agrária? Será que houve legitimidade auditorial de todos os membros da comunidade jurídica nesse processo de construção constitucional?

Interrogações pertinentes. Afinal:

“O processo de normatização do Direito se obtém através do processo legislativo. Mas o processo legislativo autonomamente não é fonte da legitimidade do direito. Os membros de uma dada comunidade jurídica têm de se atribuir direitos para que se possam se constituir membros de uma comunidade jurídica autônoma. Assim, a ideia de que o ordenamento jurídico se constitui enquanto uma instância externa aos cidadãos, heterônoma, cede lugar à ideia de uma produção efetiva de seres livres que têm, no ordenamento jurídico, a manifestação de sua vontade livre, ou seja, o Direito é, ao mesmo tempo, criação e reflexo da produção discursiva da opinião e da vontade dos membros de uma dada comunidade jurídica” (MOREIRA, 2004, p. 157).

A partir deste estacamento teórico é que se compreende que para haver legitimação do Direito deverá ter havido uma participação livre do universo dos cidadãos no processo criativo das normas. Isso se torna, ainda, mais relevante no contexto da redemocratização brasileira com a instituição da assembleia constituinte, encarregada justamente da elaboração de uma constituição, norma fundamental que sustentaria o sistema jurídico, haja vista, que o Brasil ficou aproximadamente 30 anos sob um regime repressivo no qual a liberdade de participação e expressão fora restringida.

A associação dos cidadãos como apenas destinatários das normas elaboradas pelo centro do sistema político é amplamente questionado por Habermas. Para o autor,

essa característica atribuída aos sujeitos configura numa posição passiva e apenas receptiva do Direito (HABERMAS, 1997, p. 173). Deste modo, dever-se á sempre assegurar que esses sujeitos usem os diversos discursos para externalizar o seu modelo de sociedade. Entretanto, difundir esses discursos não é o bastante. Deverá haver uma associação com o poder político:

Isso traz como consequência uma incorporação do exercício da autonomia política dos cidadãos no Estado – a legislação constitui-se como um poder no Estado. Ao passar da socialização horizontal dos civis, que se atribuem reciprocamente direitos, para formas verticais de organização socializadora, a prática de autodeterminação dos civis é institucionalizada – como formação informal da opinião na esfera pública, como participação política no interior e exterior dos partidos, como participação em votações gerais, na consulta e tomada de decisão de corporações parlamentares, etc (HABERMAS, 1997, p. 173).

Considerando esse suporte da teoria de Habermas - a institucionalização dos discursos- terá isso acontecido na arena da constituinte em relação à reforma agrária?

Podemos afirmar que houve, sim, a circulação de discursos advindos das classes populares reivindicando a aprovação da reforma agrária. Conforme vídeo disponibilizado no site Youtube pela TV Senado, foi exibido algumas manifestações de movimentos populares que lutaram a favor dessa causa (TV SENADO, 2003, sp.). Os movimentos aglomeraram na capital Brasília e ocuparam o corredor que os constituintes passavam para o plenário de votação. Os manifestantes gritavam palavras de ordem a favor da reforma agrária e falavam os nomes dos constituintes.

Mas será que toda essa movimentação chegou a se efetivar na Constituição de 1988, produzindo um texto progressivo em relação a prática legislativa da reforma agrária até então vigente?

Houve diversas discussões entre os constituintes sobre os projetos elaborados. Segundo recolhido do vídeo da TV Senado, o certo é que não houve consenso sobre o projeto apresentado na subcomissão da reforma agrária. Dos 25 membros, 11 foram contra o anteprojeto do relator Osvaldo Lima Filho (TV SENADO, 2003, sp.). Neste texto, o constituinte relator Osvaldo Lima Filho queria limitar a quantidade de hectares por proprietário, causando entraves para definir qual seria a dimensão permitida. Ao final, apresentou um projeto no qual fixou-se um limite de 100 módulos.

Nesse período o constituinte Deputado federal Rosa Prata apresentou um anteprojeto substitutivo para que não houvesse limitação da propriedade (TV SENADO, 2003, sp.). Alysso Paulinelli, que fora ministro da agricultura, no período da ditadura militar, manifestou seu apoio a esse substitutivo (TV SENADO, 2003, sp.).

Em razão dessas incompatibilidades o texto foi levado para a votação no plenário da ANC, votando-se em separado o parágrafo quarto que permitiria a desapropriação de terras improdutivas. O grupo chamado “centrão” pediu para esse dispositivo não fosse aprovado, o que de fato não aconteceu: as terras que não cumprissem a função social não seriam desapropriadas.

Analisada toda essa conjuntura pode-se perceber que o projeto final aprovado sobre a reforma agrária era muito destoante da formulação dos movimentos populares, gizado a partir dos discursos dos que sofrem com a distribuição injusta de terras. Segundo pesquisa do INCRA, feita na época, 27 proprietários possuíam sozinhos 25 milhões de hectares (TV SENADO, 2003, sp.).

Retomando a teoria habermaseana e a relação estabelecida pelo autor entre Direito, Política e Democracia, percebe-se que neste contexto houve a não observância da soberania popular, tendo-se relativizado e dificultado o processo de redistribuição de terras no Brasil.

A circulação comunicacional não funcionou. Para Durão apud Habermas (2015, p.32) o processo de institucionalização do agir comunicativo acontece através da política deliberativa, nos moldes seguintes:

Para explicar como é possível uma política deliberativa na sociedade complexa, Habermas utiliza um modelo que é dividido em duas partes, a primeira indicando a estrutura de poder no interior da sociedade complexa e a segunda uma forma de circulação deste poder; cada uma destas partes é subdividida, por sua vez, em outras duas partes: (1) no que se refere à estrutura do poder, pode-se dividir a sociedade complexa em um centro e uma periferia e, (2) no que tange ao modo de circulação do poder, pode-se dividi-lo no seu funcionamento normal e extraordinário. A parte central é composta pelas instituições do estado democrático de direito, as quais devem funcionar dentro dos limites rigorosos estabelecidos pela lei, já a periferia é formada pelas organizações da sociedade civil, capazes de mobilização; enquanto a circulação do poder pode ser explicada através do modelo de mão dupla: *o modo normal de funcionamento da política deve partir do centro para a periferia, quer dizer, do poder institucionalizado pelo estado de direito para as organizações da sociedade civil, contudo, em situações extraordinárias pode ocorrer um movimento contrário, empreendido pelos cidadãos, que vai da periferia para o centro* (DURÃO, 2015, p. 32).

À vista da estrutura habermaseana, pode-se definir os constituintes e os movimentos sociais (nestes movimentos compreendidos os dois polos: os antirreformistas e os reformistas) como sendo o centro do sistema político, o espaço público em suas três esferas. As reivindicações dos movimentos sociais, em relação à reforma agrária, indistintamente da bandeira ideológica, são consideradas como o movimento em situação extraordinária, aquele em tentativa de influenciar o outro elemento do centro do sistema político (os constituintes):

Para explicar o sentido da circulação do poder político nas sociedades complexas atuais, Habermas (1997) utiliza-se de um esquema proposto por Bernhard Peters, o qual organiza os atores políticos e sociais em um eixo composto de um centro e vários anéis periféricos. No centro estariam os complexos institucionais formais, como parlamentos, cortes, agências administrativas responsáveis pelas decisões legislativas e judiciárias, pela formulação de programas políticos, regras, medidas administrativas, decretos etc. Os atores aí localizados são aqueles capazes de influir diretamente em processos decisórios através de situações comunicativas que empregam as deliberações formais, as negociações face a face e os discursos institucionalizados. Próximas ao núcleo administrativo estariam esferas autonomamente organizadas, mas intrinsecamente ligadas ao governo (universidades, câmaras, associações beneficentes, fundações etc.). E, em um terceiro nível, estariam as associações politicamente orientadas para a formação da opinião ou, nas palavras de Habermas, organizações que preenchem funções de coordenação em domínios sociais carentes de regulação (grupos de interesses, instituições culturais, grupos de ativistas ambientais, igrejas etc.). Os atores cívicos aí reunidos são aqueles que não conseguem escapar das desigualdades de poder que fazem com que sua prática deliberativa fique limitada “exclusivamente à formação da opinião sem abranger a tomada de decisão” (Fraser, 1992:134). (MARQUES, 2008, p.25).

A circulação normativa que predominou foi a do discurso antirreformista dos movimentos sociais integrado pelas corporações econômicas e dos latifundiários. O texto constitucional fora estrategicamente blindado por um discurso para apaziguar os trabalhadores rurais, no sentido de que o texto, como ao final redatado, representava um enorme progresso em relação ao tema agrário. Na verdade, as forças advindas da periferia dos sem-terra não possuía a força e influência que as ostentava o grupo antireformista. Isso poderia não constituir problema se esses processos comunicacionais estivessem sendo realizados de forma legítima, mas a influência dos grupos “com-terra” e “com dinheiro” acabou determinando a forma de reger a sociedade, sem a observância da vontade dos que compunham maioria à legitimidade popular.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Faz-se necessário, nesse fechamento, pontuar alguns aspectos que foram objeto da análise proposta pelo artigo. Nesse sentido há que se falar que, apesar de colhidas fortes evidências que demonstravam claramente os interesses da classe empresária em se opor a determinadas aprovações de cunho popular pela ANC, não é possível, contudo, apontar com firmeza qualquer tipo de interferência direta durante a elaboração e aprovação de tais leis.

Por outro lado, após análise dos materiais utilizados na pesquisa, nos resta clara a ação dos constituintes em abafar a voz dos cidadãos. O projeto elaborado regulador da Reforma Agrária não correspondeu aos anseios e propostas levadas por eles durante o período em questão.

Nesse sentido, José Murilo de Carvalho (2002, p. 223), resume de maneira bastante pertinente a situação-problema trazida no presente artigo:

A ausência de ampla organização autônoma da sociedade faz com os interesses corporativos consigam prevalecer. A representação política não funciona para resolver os grandes problemas da maior parte da população. O papel dos legisladores reduz-se, para a maioria dos votantes, ao de intermediários de favores pessoais perante o Executivo. O eleitor vota no deputado em troca de promessas de favores pessoais; o deputado apoia o governo em troca de cargos e verbas para distribuir entre seus eleitores. Cria-se uma esquizofrenia política: os eleitores desprezam os políticos, mas continuam votando neles na esperança de benefícios pessoais (p.223).

Em suma: a sociedade deve se organizar de modo mais absorvente de todos os auditórios para que o agir comunicativo, proposto por Habermas, realmente seja funcional e legitimador pena dos clamores populares não lograrem obter acesso e participação deliberativa no centro do sistema político, emergindo como agentes das mudanças efetivas. Em 1987, a sociedade não se calou, contudo não fora suficiente para que esse ciclo de “esquizofrenia política” fosse quebrado, pondo um fim à supremacia de interesses corporativos em detrimento aos anseios daquilo que desse sentido a um governo democrático hasteado no poder popular.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A política**. Traduzido por Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BUTTÒ, Michele. **Mecanismos Deliberativos na Assembleia Nacional Constituinte**: A Polarização Simbólica da Reforma Agrária. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. Departamento de Ciência Política do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política. São Paulo. 2009. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-02122009-095509/pt-br.php>>. Acesso em 20 de Dez. de 2017.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**. O longo Caminho. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CUNHA, Raphael Coutinho da; FARIAS, Rogério de Souza. As relações econômicas internacionais do governo Geisel (1974-1979). **Rev. bras. polít. int.** [online]. 2011, vol.54, n.2, pp.46-69. ISSN 1983-3121. Disponível em

<<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-73292011000200003>>. Acesso em 20 de Jan de 2018.

DURÃO, Aylton Barbieri. Direito e democracia em Habermas. **Argumentos**, ano 7, n. 14 - Fortaleza, jul./dez. 2015.

FERREIRA, Túlio Sérgio Henriques. A ruína do consenso: a política exterior do Brasil no governo Figueiredo (de 1979 a 1985). **Rev. bras. polít. int.** [online]. 2006, vol.49, n.2, p.119-136. ISSN 1983-3121. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-73292006000200007>>. Acesso em 20 de Jan de 2018.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1991.

GONÇALVES, Williams da Silva; MIYAMOTO, Shiguenoli. Os militares na política externa brasileira: 1964- 1984. **Estudos Históricos**, v.6, n.12, p.211-246. 1993. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/1964/1103>>. Acesso em 20 de Jan de 2018.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. v. 1 e 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Disponível em : <https://marcosfabionuva.files.wordpress.com/2011/08/direito-e-democracia-entre-facticidade-e-validade-ii.pdf> e <https://portalconservador.com/livros/Jurgen-Habermas-Direito-e-democracia-v.I.pdf>. Acesso em 02 de Fev. de 2018.

MACARINI, José Pedro. A política econômica da ditadura militar no limiar do “milagre” brasileiro: 1967/69. Texto para Discussão. Rev. **IE/UNICAMP**. n. 99, set. 2000. Disponível em <www.eco.unicamp.br/docprod/downarq.php?id=1729&tp=a>. Acesso em 10 de Dez. de 2017.

MARQUES, Ângela Cristina Salgueiro. Os meios de comunicação na esfera pública: novas perspectivas para as articulações entre diferentes arenas e atores . **Líbero** - Ano XI - nº 21 - Jun 2008. Disponível em: <https://casperlibero.edu.br/wp-content/uploads/2014/05/Os-meios-de-comunica%C3%A7%C3%A3o-na-esfera-p%C3%BAblica.pdf>. Acesso em 03 de Fev. de 2018.

MIRANDA COSTA, Vera Mariza H. A Reforma Agrária na Nova Constituição: Avanço(s) ou retrocesso(s)?. **Perspectivas**, São Paulo, 12/13. 1989/90. Disponível em <<https://periodicos.fclar.unesp.br/perspectivas/article/download/1902/1551>>. Acesso em 10 de Dez. de 2017.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte. 3.ed. Mandamentos Editora, 2004.

SENADO FEDERAL, Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, v. 26, n. 103, p. 105-128, jul./set. 1989. Reforma Agrária, v. 19, n. 12, p. 33-47, ago./nov. 1979. Araujo, Brancolina Ferreira de; Teixeira, João Gabriel L. C. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181945>. Acesso em 02 de Fev. de 2018.

TV SENADO. Institucionais: Reforma agrária na Constituinte. 2003. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=jEalusoRbV4>>. Acesso em 20 de Fev. de 2018.

PROGRAMA NACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO, PNUD: **A Democracia na América Latina** – Rumo a uma Democracia de Cidadãos e Cidadãos. Santana do Parnaíba, São Paulo: LM&X, 2004. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/pn000012.pdf>>. Acesso em 10 de Dez. de 2017.

FRONTEIRA POLÍTICA: DUAS MACROVISÕES DA SOBERANIA DA EUROPA AO MERCOSUL

Dimas Ferreira Lopes⁷⁴

Vitor Maia Veríssimo⁷⁵

1. INTRODUÇÃO

Nesta investigação buscamos explorar dois aspectos conceituais e da aplicabilidade do instituto da soberania. Por isso, partimos da obra inicial de Jean Bodin, que conceitua e defende a soberania como essencial para garantia da ordem e democracia. Continuamos demonstrando as transformações do conceito e suas aplicações tanto na Ciência Política quanto na Ciência Jurídica. Aspecto importante é a definição de como a soberania tem se mostrado em sua praticidade, com o fim de esclarecermos seus aspectos turvos que podem implicar em deturpações democráticas.

Também abordaremos as nuances da soberania no Direito Comunitário e como processa-se o seu partilhamento. Este instituto é indispensável para se reflexionar o Direito Comunitário, que necessita desta abertura para que, por meio de um Tribunal Supranacional faça se, criar, constituir e efetivar os processos de integração por meio do aparato jurídico.

2. JEAN BODIN: SOBERANIA COMO *SUMMA POTESTAS* DO ESTADO

É impreterível que para se abordar o tema da soberania, seja retomado o conceito de Jean Bodin, o primeiro autor a abordar a soberania e seus aspectos. Bodin escreve no século XVI e procurava justificar a concentração de poder nos recém-formados Estados-Nação na Europa Ocidental, no processo de substituição do

⁷⁴ Professor da FMD da PUC Minas, Doutor pela Universidade Complutense de Madrid (Dep. Filosofia do Direito, Moral e Política). Mestre em Direito pela PUC Minas. Bacharel em Teologia. E-mail: dimasfl@terra.com.br

⁷⁵ Bacharel em Direito pela Faculdade Mineira de Direito - PUC Minas. E-mail: vitormaiav@hotmail.com

feudalismo pelo Antigo Regime (absolutismo). Desta forma, em resposta ao modelo descentralizado, fragmentado e volátil do feudalismo, Jean Bodin concebe a soberania como uma autoridade absoluta, hierarquizada, tendo-a como um poder perpétuo, inalienável e imprescritível (SOARES, 2011, p.51). Com uma manifesta intenção de conceber este Estado como uma entidade forte e preparada para os desafios da política e da disputa pelo poder [político], Bodin entendia que a soberania deveria estar sob comando de uma só pessoa, inadmitindo a possibilidade de divisão ou partilhamento do instituto, sob o entendimento de que isto impediria a observância do governo na sociedade, levando, inevitavelmente aos caminhos da anarquia (BARROS, 1995, p. 130).

Percebe-se que o conceito de soberania se amálgama à própria ideia de Estado, uma vez que era inconcebível um Estado que não tivesse seu poder e autoridade política bem definidos e centrados em uma só entidade. A concepção bodiniana direcionava para monarquia a melhor forma de governo e estado, uma vez que na figura do monarca a soberania seria clara e indubitável possibilitando um governo de autoridade reconhecida pelos súditos, sem margem para um enfraquecimento político do Estado (BARROS, 1995, p. 135). O caráter despótico, isto é, autocrata, absoluto, tecido por Bodin é terminante, uma vez que para ele há uma incontestável incompatibilidade entre um governo popular e o conceito de soberania. Haveria impossibilidades de reunião de todo o povo em uma assembleia, e essas decisões poderiam ser pautadas pela “insensatez popular”, o que iria em direção oposta à uma proposta inflexível de soberania. Para ele, “as experiências de Atenas, de Roma e de outras repúblicas nas quais a soberania pertenceu ao povo, foram desastrosas, tornando-se suficientes para a condenação do estado popular” (*Ibidem*).

Coube a outro Jean, desta vez Rousseau, no século XVIII, uma releitura do conceito de soberania proposto por Bodin, porém, subvertendo a lógica inicial da monarquia despótica para a maneira do governo popular-republicano. Rousseau reforça a ideia de inalienabilidade e indivisibilidade trazidas por Bodin, nada obstante, entende que tais características só têm razão de ser porque a soberania “é inalienável por ser o exercício da vontade geral, não podendo esta se alienar nem mesmo ser representada por quem quer que seja. E é indivisível porque a vontade só é geral se houver a participação do todo” (DALLARI, 2011, p. 85).

A proposta de Rousseau se opõe ao ideado por Bodin. Inicia-se um processo e alteração conceitual da soberania, concebida como parte indissociável do Estado

Moderno, entendimento modificado na medida em que as concepções de sociedade, justiça, estado e direito se alteravam. É neste sentido que se percebe uma gradativa jurisdição da soberania, que passa ter, concomitantemente, uma abordagem política e outra jurídica. Assumindo característica polissêmica, “a soberania é, quanto à sua origem, um conceito parcialmente sociológico; quanto à sua regulação ou normatividade, um conceito parcialmente jurídico; e quanto a seu exercício, um conceito parcialmente político.” (MENEZES, 1998, p. 153).

Transportado ao paradigma jurídico atual, a soberania assume dois significados básicos: independência e poder jurídico mais alto (DALLARI, 2011, p. 90). Estes apontamentos demonstram que a soberania é o atributo de um determinado Estado que o coloca independente dos demais, ou seja, suas ações nas esferas política e jurídica ocorrem sem que haja respostas a qualquer outro Estado em condição semelhante, daí dizer-se que determinado Estado “é soberano”. Ter o “poder jurídico mais alto” significa enunciar que o Estado, por meio dos seus mecanismos e instituições de governo, é o único apto, dentro de seu território, na proclamação do direito (elaborar as leis, aplica-las e fiscalizá-las), sem que nestes procedimentos sofra a mínima interferência de poder que se aquilate paralelo.

A definição de o que é, e do que foi a soberania é o propósito crucial desta investigação. Considerando a formulação de conceitos, sentidos, significados a partir de aspectos abordados como impartíveis e inerentes neste mesmo vocábulo. Em qual extensão a soberania representa a autoridade política de um determinado estado ou sistema de governo? Em palavras francas: Quem ou o quê detém o controle das regras praticadas com fins ambiciosos ao domínio do poder diretivo dentro do estado ou sistema de governo. O constitucionalismo liberal tentou se apropriar da definição destinando-a ao povo que o exerceria por meio da democracia representativa. A administração pública tende a reivindicar a soberania como a atribuição da máquina estatal de gerir seus negócios. Da mesma forma, no aspecto político, a soberania poderá ser entendida como atributo da comunidade de definir seu destino na esfera pública ou, ainda, poderá identificar determinado grupo político destacado no fronte da disputa pela “gerência do poder”. É esta dificuldade de se perceber a definição de soberania que impõe questionar no estado moderno, o grau de desenvolvimento das partes, ou algumas partes, do sentido primário, os alertando sobre a própria extensão do instituto. A difícil percepção de quem detém a soberania (seja em qualquer aspecto) ou ainda de que maneira esta se materializa dão abertura para deturpações

democráticas que podem colocar em risco a liberdade política das diversas subjetividades componentes da sociedade.

3. UNIÃO EUROPEIA: SOBERANIA COMO INSTRUMENTO DA POLÍTICA E MERCADO

O Estado Moderno surge no contexto europeu-ocidentalizado, destarte as nuances oriundas da conceituação da soberania não se apresentam doutra forma. O século XX foi determinante para as alterações ocorridas em todo o contexto político, social e econômico do mundo, e fez com que diversas instituições e ideologias fossem transmutadas, porque perderam a razão de ser, ou porque foram necessárias alterações para manutenção do instituto às novas engenharias do estado ou formas de governo. Neste sentido parte nossa análise da instrumentalidade encontrada na soberania para fortalecer os laços políticos da Europa e impulsionar suas ideias de mercado. Por isso, analisamos o papel da soberania (e de seu processo de partilhamento) na formação da União Europeia.

A partir disto, sentenciamos que a soberania no campo da filosofia política e do Direito Constitucional tem perdido seu sentido primário. A autoridade política tem se esvaído cada vez mais da noção de comunidade política, e tem se tornado instrumento de uma política institucional altamente mercantilizada com os processos de afirmação do neoliberalismo a partir da década de 1980. Desta forma é possível conceber a soberania como

um fato institucional ligado ao processo [de] assumir diferentes níveis de sedimentação, de maleabilidade e de partilha pela prática sociopolítica e conviver em múltiplas formas com o desenvolvimento de estruturas e governança multinível, preservando ou reforçando alguns de seus pressupostos mais tradicionais – como a representação e a lealdade em certos casos, por exemplo – e renunciando outros, com o exercício da autoridade suprema ao nível doméstico e a independência externa (JESUS, 2009 p.116).

a. A EXPERIÊNCIA DO BENELUX

Precedendo a formação e consolidação da União Europeia como a conhecemos, em 1943, Bélgica, Holanda (*Nederlands*) e Luxemburgo firmaram o primeiro acordo entre Estados independentes (e soberanos) do século XX. Por isso, se faz necessário uma investida de conhecimentos da proposta Benelux ao acordo e a relação da soberania entre os estados fundadores.

O acordo foi posto sobre forma de uma união econômica, onde as questões poderiam ser tratadas em um sistema de negociação intergovernamental, por meio de um progressivo avanço de integração, com o fim último de atingir uma união econômica, com livre circulação de bens e pessoas e regime fiscal único. (OLIVEIRA, 2001, p. 86)

Os diversos movimentos simultâneos que caminharam para a formação da União Europeia acabaram por suplantando os objetivos e campos de atuação do Benelux, por certo, mas sua importância não se restringe a mera tentativa ou pioneirismo. A experiência aqui tratada teve papel de repensar o dogma jurídico da soberania (como a não intervenção de um Estado em outro), abandonando “o mito do princípio da soberania absoluta do Estado-nação, ao prever a cessão de parte desse poder total e exclusivo à consolidação do processo de integração econômica europeia”. (*Ibidem*)

b. SOBERANIA PARTILHADA

A experiência do Benelux trouxe alterações no entendimento e praticidade da soberania, que se tornou instrumento hábil de mercado e políticas. A Europa fragmentada nos períodos inter e pós-guerras se valeu desse instituto para promover uma maior integração regional, que fosse interessante para o lado capitalista do continente, objetivando reestruturar o país política e economicamente⁷⁶.

É nesse escopo que o paradigma da soberania se altera mais uma vez, surgindo a ideia de soberania partilhada. Nesta esteira, a soberania partilhada (ou compartilhada) se dá na medida em que “os Estados-membros [de determinado acordo regional], quando buscam se integrar, delegam parcelas de suas competências estatais a um órgão supranacional, denominado comunidade ou bloco econômico” (SOARES, 2011, p.101). Não há renúncia a soberania, mas, sim, uma alteração do sentido da indelegabilidade (que outrora era intransferível), em direção à possibilidade de acordos que protegessem interesses basicamente econômicos ou de política internacional dos estados.

Como apontamos anteriormente, a soberania perdeu o caráter de legitimador da autoridade da (ou na) comunidade política e se tornou um instrumento de políticas

⁷⁶ Logo após a Segunda Guerra Mundial o continente europeu foi praticamente dividido entre estados capitalistas e estados socialistas e, com isso, obviamente as políticas externas de cada estado tendiam para se alinhar com o sistema político-econômico adotado.

mercadológicas no âmbito internacional. Esta guinada reduz a participação política dos agentes sociais humanos, que ficam restritos aos períodos eleitorais, possuindo uma força política meramente formal, adstrita e descrita apenas nos textos normativos.

É importante salientar que a União Europeia não é capaz de contornar todas as situações. Ainda sendo o maior exemplo (e talvez o único) de um processo de integração internacional e de partilhamento de soberania, o bloco nunca foi capaz de conseguir trazer para si o Reino Unido em sua totalidade. A ilha britânica permaneceu, por exemplo, com a libra esterlina como sua moeda oficial, em concomitância com o euro que acabou engolindo o marco alemão, o franco francês, e a lira italiano (só para citar algumas). A força política e econômica, principalmente da Inglaterra, fez com que seu governo tivesse sempre poder de resistência contra os avanços da integração no bloco. O ápice dessa tensão ocorreu em 2017, quando em plebiscito popular, os votantes optaram pela saída do Reino Unido da União Europeia (em processo que ficou conhecido como “Brexit”). Tal acontecimento trouxe à tona uma série de questionamentos sobre a real efetividade da União Europeia e se esta possui os mecanismos necessários para se sustentar perante os novos desafios que surgem a todo instante. Um destes tem sido o êxodo dos refugiados do norte da África e do Oriente Médio, que têm imigrado em grandes quantidades por todo o Continente, fazendo com que urja à União Europeia repensar sua política de nacionalidade, integração, imigração e até mesmo de assistência social.

4. MERCOSUL E UNIÃO EUROPEIA: SUPRANACIONALIDADE E DIREITO COMUNITÁRIO

No contexto brasileiro a experiência adjacente que pode ser trazida na análise do partilhamento da soberania reside no Mercosul. O Mercado Comum do Sul foi planejado para atuar semelhantemente ao modelo proposto na União Europeia, no quanto avistado o estabelecimento entre os países-membros a livre circulação de pessoas, bens serviços. O projeto teve por pressuposto agir gradativamente no processo de integração regional até se atingir o patamar do mercado comum propriamente dito, culminando em “bloco-cidadão” (LOPES, 2001)

Ocorre, porém, que, atualmente, o Mercosul tem sido classificado como União Aduaneira em razão de não possuir a característica da supranacionalidade. Este conceito é o que determina a diferença da União Europeia e do Mercosul no quesito

soberania. Enquanto a primeira possui uma entidade capaz de coagir na esfera jurídica de determinado país, a segunda se restringe ao campo de sugestões de aplicação facultativa aos estados-membros (também entendido por caráter recomendatório). É importante entender que “para que haja o reconhecimento da supranacionalidade em grupo de países é necessária [...] a criação de uma instituição supranacional com poderes autônomos” (PESCATORE apud: SILVA; PINTO, 2000, p. 217).

É justamente nesse aspecto da supranacionalidade que se encontra a gênese do Direito Comunitário. Não há que se falar em um processo pleno de integração regional sem que haja relativização do conceito e flexibilização da soberania de cada país-membro, para que, uma vez pactuado o partilhamento, exista um órgão (um Tribunal, por exemplo) apto e competente para impor decisões jurídicas que advenham de terminados conflitos entre os Estados. Na União Europeia, tem-se a “corte comunitária de justiça, como expressão ordenativa do Direito, [sendo] o principal mecanismo jurisdicional, [...] responsável pela efetiva processualização do discurso democrático” (LOPES, 2004, p. 51).

Nesse sentido é perceptível a distância que tem o Mercosul de uma efetivação do Direito Comunitário. Da mesma forma se entende o porquê de, apesar do nome, não estar este no patamar de um mercado comum e de “bloco-cidadão”. A União Europeia, por outro lado, tem usufruído, com percalços, é certo, da experiência do Direito Comunitário.

No que tange a soberania, o panorama sulamericano não nos permite dizer que ocorra o partilhamento nem mesmo em níveis significativos. O Mercosul tem se restringindo à acordos fiscais que buscam otimizar o comércio na região, e a alguma facilitação de trânsito de pessoas, tornando dispensável a autorização governamental para adentrar ao país, mas exigindo o processo de regulamentação para estabelecer residência e cidadania, por exemplo. Falta ao Mercosul um atributo importante para os blocos que buscam maior integração regional: a supranacionalidade. Esta pode ser entendida como a qualidade do Estado que opta por ceder, permanentemente, o exercício da soberania à entidade superior criada para gerir o grupo (OLIVEIRA, 2001, p. 68).

É a supranacionalidade, por sua vez, que consegue efetivar a política de cidadania da União Europeia. Apesar das origens econômicas latentes do grupo, o decorrer da história forçou as autoridades competentes por gerir o bloco à voltarem os olhos para a participação Cidadã, fazendo valer um dos anseios da proposta, de gerar

um senso de integração na comunidade. Portanto, a partir de 1990 (OLIVEIRA, 2001, p.441), ficou acordado que haveria a possibilidade de eleições diretas para o parlamento europeu, além de não-nacionais poderem votar e serem votados nas eleições municipais onde quer que residiam. Também foi consolidada o direito de residir em qualquer país-membro.

Os aspectos de cidadania propostos pela União Europeia devem ser levados em consideração se quisermos pensar em uma proposta coletiva de mundo. No âmbito do continente, composto por diversas etnias, línguas, relevos e culturas, propor a ausência física de fronteiras, bem como permitir um intercâmbio político-cidadão potencializa, de fato, um senso de integração comunitário. Ocorre que essas questões sempre estiveram em segundo plano. Em qualquer momento em que o panorama econômico seja desfavorável, os direitos de cidadania, o ideal de uma União Europeia plenamente garantidora dos direitos humanos, e a própria Constituição Europeia são deixados de lado (como o caso do Brexit que citamos). Ademais, a integração europeia ocorre sob batuta de um nacionalismo aos moldes do antigo regime: criação da identidade “nacional europeia”, ficcional, mas com manifesto intento de incutir a ideia na comunidade:

Os Estados-Membros no mostravam-se conscientes da distância entre a Comunidade e seus cidadãos. [...] o Conselho Europeu começou a preocupar-se em promover a imagem da identidade comunitária como de seus próprios comunitários ao mundo. Surgiram sugestões para reforçar essa finalidade, como de instrumentos simbólicos de uma bandeira, um hino, equipes de esportes, cunhagem de moeda, o ECU, não como moeda comum, mas simbólica. (OLIVEIRA, 2001, p.440)

O euro de fato saiu do papel e se tornou uma realidade, e uma moeda única (e forte, dentro e fora) do continente. Ocorre que a ficcionalidade de uma identidade europeia é perigosa. Se pensarmos uma comunidade e o senso de integração, coloca-la como fechada e restrita aos “nacionais” estabelece fronteiras não físicas, mas ideológicas e identitárias. Isto tem se refletido na atual política com os refugiados que têm encontrado dificuldades em se firmar legalmente no continente, mesmo após um histórico de incursões europeias imperialistas por todo o globo. Tais questões nos suscitam o questionamento, se há realmente um direito comunitário, se este o é apenas para os nacionais.

Outro projeto ambicioso, mas que tem se esfriado é a proposta da Constituição Europeia. Mas, sendo esta também um projeto da cidadania, refletimos sobre as razões de sua suspensão. Complexa questão que se tornou a soberania, sua instrumentalidade

é perigosa. É difícil propor aos Estados que diminuam cada vez mais sua soberania em razão de um controle externo. A Corte Europeia, que ditaria o direito significaria um poder enorme a se erigir, e pensamos nós que, promover integração comunitária seria cada vez mais, desempoderar os mecanismos de controle político-econômicos em prol de agentes humanos políticos [de fato] soberanos. Com isso, não podemos deixar de pensar em uma análise marxista, onde as questões econômicas têm sempre prevalecido sobre qualquer interesse político. Ou melhor, que o interesse político surge (ou deixa de existir) em razão da volatilidade e inconstância das propostas econômicas de cada Estado.

A análise paralela entre os dois blocos (U.E. e Mercosul) deve ser cuidadosa. Não podemos incorrer num etnocentrismo que promoveria uma ideia de escalonamento social ou um darwinismo histórico. Dizer que a Europa se encontra em um padrão “evoluído” em relação à Latinoamerica (ou a qualquer outra região do globo) seria ignorar os processos históricos bastante diversos entre os agentes em questão. A União Europeia tem se tornado instrumento de efetivação econômica para os países membros, muito mais do que uma entidade que promova o senso de comunidade. As recentes questões sobre os refugiados e as constantes crises econômicas vividas pelos países marginais (tais como Grécia e Portugal) são exemplos disto. O Mercosul por sua vez, parece enfrentar “problemas” por se pautar em modelo eurocêntrico heteronormativo. Entendemos que buscar se transformar em mercado comum e blococidadão **tal qual** a União Europeia é tarefa impossível, uma vez que a etnografia, a dinâmica social e os agentes envolvidos estão e são parte de uma significação-outra que em pouco – ou em nada – podem ser enxertados ou repetidos. O desafio principal do Mercosul não seria promover “mais” ou “melhor” integração entre os países-membros, mas, sim, buscar seu próprio caminho em direção ao seu Direito Comunitário.

5. CONCLUSÃO

A soberania surgiu como um dos fundamentos do Estado Moderno e perdura até hoje no mesmo paradigma, porém como significado e aplicabilidade diverso. Tal situação nos faz parecer latente o caráter instrumental assumido por este instituto. No campo da política, economia ou do direito, a soberania é utilizada para justificar as ações de poder, tornando-as legítimas. Ocorre que basear essa justificativa do poder no processo democrático tradicional é tornar bastante distante da população

e dos agentes políticos humanos⁷⁷ essas utilizações do poder. No mesmo sentido, se a soberania residia no povo, agora esse postulado tem perdido seu significado em razão desta mesma instrumentalização.

É por isso que entrevemos duas distintas macrovisões quando o assunto é a soberania e sua utilização no contexto tanto do Mercosul quando a União Europeia.

A primeira no aspecto democrático-formal, nos processos internos do sistema eleitoral, que repousa no povo (ou como preferimos, nos agentes políticos humanos) o poder de impor o político da comunidade. Esta visão se demonstra deturpada em seu próprio conceito, ou então, foi designada para tal. Explico: dizer que soberania política repousa nos súditos do estado é buscar diluir de fato esta autoridade. Na prática o que se tem são governantes e sistemas governamentais sem qualquer identificação com a população, carentes de legitimidade, que se pautam nos aspectos formais para justificar suas atuações que se direcionam a um interesse privado, ou restrito a determinados grupos socioeconômicos (sejam estes, internos ou externos).

A outra macrovisão por nós percebida se verifica no âmbito das relações externas dos estados. Ela pode se apresentar de duas maneiras: a independência de ação do estado no campo interno e seu pressuposto de participação na comunidade, a saber, o partilhamento. Nesta, os estados que buscam se relacionar na esfera internacional devem ceder lugar a operações heterônomas com o fim de se fixar no bloco econômico. Tal situação poderia ser de muito valia se pensarmos em uma integração conjunta e benéfica para àqueles primeiros detentores da soberania (os agentes políticos humanos). Ocorre, porém, que a soberania partilhada assumiu caráter instrumental, não em função daqueles, mas de operações econômicas próprias de um capital global, onde a flexibilização dos ordenamentos jurídicos internos se dá

⁷⁷ Com a expressão “agentes políticos humanos” pretendemos identificar os indivíduos e grupos coletivos componentes de uma sociedade. Entendemos que outros termos como “povo” e “nação”, ou “eleitores”, “votantes” não conseguem expressar a pluralidade e potência política que uma comunidade possa ter. Semelhantemente, classificar a crítica à burocracia que pontuamos como prejudicial à democracia não nos deixa confortável. Isso se dá tal qual à justificativa deste exame, onde entendemos que conceitos cunhados sob égides europeizadas, e/ou muito distantes do tempo atual, restam insuficientes em vista do presente panorama seja social, econômico ou político. É por isso que adotamos “agentes políticos humanos” por compreender que cada indivíduo, ou cada coletividade que se identifique dentro das mais diversas sociedades humanas são, não apenas destinatários do sistema político sob o qual residem, mas também meios e potência-por-si-só, de ações no campo do político (entendido por “relações e interações humanas com o fim de transformação ou manutenção do cenário e horizonte social). Fazemos questão de reafirmarmos o fator “humano” com o intuito de excluir desse conceito as influências parcialmente humanas como instituições sociais e núcleos que se pautam por ideologias ou religiões, acima de qualquer outro fator, para imprimir sua ética na sociedade, reforçando um ideal de política comunitária, eminentemente humana.

em inclinação a facilitações fiscais e mercantis dos principais agentes econômicos atuais.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alberto Ribeiro de. **Estado e Governo em Jean Bodin**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, [S.L], v. 10, n. 27, p. 129-137, fev./1995

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JESUS, Diego Santos Vieira de. Os processos de partilha da soberania na união europeia. **Revista brasileira de política internacional**. v. 52, n. 2, p. 115-132. 2009

FERREIRA LOPES, Dimas (2005). La Subsidiariedad como principio de Filosofía Social y el Método Comunitario de la Unión Europea. Espanha : tesis doctoral, Programa de Postgrado stricto sensu, Facultad de Filosofía del Derecho, Moral y Política, Universidad Complutense de Madrid <http://www.Kriptia.com/Filosofia/Filosofia_Social/1> (texto no vernáculo fornecido pelo autor)

MENEZES, Aderson de. **Teoria geral do estado**: subtítulo do livro. 8 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998

OLIVEIRA, Odete Maria de. **União européia**: processos de integração e mutação. Curitiba: Juruá Editora, 2001.

SILVA, Bianca Guimarães; PINTO, Renan Dos Santos. MERCOSUL e supranacionalidade: os novos rumos do conceito de soberania com o advento da globalização. **Revista de la Secretaria del Tribunal Permanente de Revisión**, v. 4, n. 8, p. 209-223, ago. 2016.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado**: Novos Paradigmas em face da Globalização. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CIDADANIA: EXCLUSÃO E INCLUSÃO SOCIAIS

Professor Supervisor do Grupo de Pesquisa

Prof. Dr. Daniel Augusto Arouca Bizzotto

MACONHA MEDICINAL: UMA ANÁLISE SOCIOLÓGICA E JURÍDICA SOBRE A SUA CRIMINALIZAÇÃO NO BRASIL

Ana Vitória Bragança Lana Ataíde⁷⁸

Gustavo Mendes de Oliveira Costa⁷⁹

Júlia Dilly Campos⁸⁰

1. INTRODUÇÃO

O descobrimento e utilização dos efeitos psicotrópicos da *Cannabis sativa* ao redor do mundo é anterior à colonização do Brasil pelos portugueses, de modo que a planta esteve presente em nosso país desde os princípios da construção do mesmo.

Na segunda metade do século XX, com o fim da 2ª Guerra Mundial, observou-se um movimento mundial para maior regulamentação e criminalização de drogas. O Brasil, assim como diversos outros países, passou a proibir o uso de diversas drogas cujos efeitos eram considerados alucinógenos, entre eles a maconha.

Entretanto, com o avanço da medicina e dos demais estudos no campo da biologia, surgiram muitas comprovações de que a maconha possui efeitos medicinais relevantes para a sociedade. Assim, intensificaram-se os movimentos sociais que lutam pela descriminalização e legalização da maconha.

Com a descriminalização da erva em diversos países nos últimos anos, o tema tem sido bastante debatido. No Brasil, onde ainda há uma camada considerável da sociedade que reluta contra esse tipo de mudança, discute-se se há uma distorção da imagem da maconha devido à estigmatização dos seus usuários, à falha política estatal contra as drogas e à legitimidade dessa criminalização em face dos crescentes

⁷⁸ Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

⁷⁹ Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

⁸⁰ Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

movimentos sociais que buscam o reconhecimento do uso da maconha como um direito à saúde e a liberdade.

2. A CRIMINALIZAÇÃO DO USO DA MACONHA

2.1. A MACONHA: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E EFEITOS

Primeiramente, antes de se adentrar na análise a respeito do processo político de criminalização do aludido entorpecente, ainda que sob o crivo medicinal, bem como os efeitos sociais que o originaram e que decorrem dos atos governamentais acerca do tema, mister se faz uma breve conceituação da maconha, para contextualização biológica primária e melhor entendimento sobre os futuros exames e eventuais críticas a serem apresentadas no desenvolvimento desta obra.

O nome científico da maconha é *Cannabis sativa*. Termo latino este que significa “cânhamo”, isto é, plantada ou semeada, denotando-lhe a espécie e natureza de seu desenvolvimento. Originária da Ásia Central, facilmente adaptável, seus atributos psicoativos podem variar de 1 a 15%, dependendo da região no qual a planta fora cultivada, visto que esta requer um clima quente e seco para melhor evolução.

Ademais, a principal substância presente na *Cannabis* é o Δ^9 - THC (tetraidrocanabinol), do grupo dos canabinóides, sendo identificado também o canabidiol (CBD), cujos efeitos não alcançam caráter alucinógeno, porém seus princípios possuem atributos terapêuticos. Na década de 60, por sua vez, a maconha constituiu relevante objeto de estudo acerca de suas propriedades, nas diversas áreas científicas, tais como química, botânica, farmacologia.

Noutro giro, ao que concerne à forma de utilização da planta, geralmente ocorre decorre da secagem e trituração das folhas e flores na forma natural. Pode, ainda, ser aproveitada por meio da resina em forma de placas ou bastões, denominada haxixe, chira ou charas. Em um teor de THC mais concentrado, observa-se o óleo (hash oil), obtido das flores da planta feminina.

Quanto aos resultados de seu proveito no organismo humano, dispõe a Nova Enciclopédia Barsa:

Os efeitos da maconha variam conforme a experiência do usuário, a quantidade e o ambiente em que é consumida, além da potência da droga. Quando fumada, os efeitos fisiológicos se manifestam em minutos e incluem tontura, distúrbios de coordenação e de movimento, sensação de peso nos

braços e pernas, secura na boca e na garganta, vermelhidão e irritação nos olhos, aumento da frequência cardíaca, sensação de apetite voraz (p.179, 1997).

Outrossim, ainda quanto aos efeitos, observa-se ao usuário uma euforia leve, distorções na percepção do tempo, espaço e disposição do próprio corpo. No âmbito psicológico, afere-se distúrbios de memória e atenção, contudo, comumente acompanhado pela autovalorização e facilidade de socialização.

O psiquiatra C.Sonenreich (1982), em uma das primeiras publicações psiquiátricas sobre o tema, aduz 08 (oito) principais fenômenos analisados em usuários da *Cannabis*, são eles: sentimentos de felicidade; excitação; enganos na avaliação do tempo e do espaço; aumento de sensibilidade auditiva; ideias fixas ou convicções delirantes; lesões dos afetos; impulsos irresistíveis; e por fim, ilusões e alucinações. Neste sentido, sustenta complementarmente, Bergeret e Leblanc (1991) que a embriaguez canábica inicia-se em uma fase de bem-estar eufórico, seguida de hiperestesia sensorial (isto é, maior assiduidade a estímulos), acompanhada das perturbações espaço-temporais, euforia ou raptos ansiosos; após, alcança-se uma fase estática e, por derradeiro, extremo sono, bem como um calmo despertar.

Ainda em um exame biológico e psicológico acerca do entorpecente, assevera Inaba e Cohen (1991) que a maconha, além dos efeitos supracitados, gera o aumento do ritmo cardíaco, a queda da pressão arterial, leve hiperemia conjuntival com queda da pressão intra-ocular (o que, para os cientistas, é indicado ao tratamento de glaucoma), bem como o alívio de náuseas, extremamente destinado àqueles que submetem à quimioterapia). Todavia, o uso descomedido da planta tende a causar perda da memória a curto prazo, apatia e falta de motivação. E mais, ainda conforme os autores: “os efeitos dos alucinógenos (maconha) dependem particularmente da dose, da estrutura emocional do usuário, do seu estado de ânimo por ocasião do uso e das circunstâncias que os rodeiam” (p.149).

Noutro diapasão, quanto à formação da tolerância pelo uso reiterado, divergências são confirmadas. Graeff (1989) preconiza que a utilização frequente e em elevadas doses acometem ao aludido. Porém, tal ocorrência é bastante rara, na qual a sensibilização envolve um fenômeno mais provável nestes casos. Todavia, para Sonenreich (1982), bem como para Bergeret e Leblanc (1991), **a *Cannabis* não causa dependência física, mesmo no fumante inveterado, o que, inclusive, contribui em menor escala à dependência psíquica ao comparar com rotineiras atividades como café e televisão.**

Em breve enfoque aos efeitos secundários psicológicos, Noto e Formigoni (2002) salientam que as sequelas advindas do uso da maconha não são bem evidentes quando comparadas à cocaína. Mas, em geral, apresentam problemas de concentração, dificuldade de aprendizagem e execução de tarefas cotidianas, alteração da imunidade, redução dos níveis de testosterona e facilidade ao desencadeamento de doenças mentais como esquizofrenia, depressão e crises de pânico.

Não obstante às respostas orgânicas negativas ao uso da planta, urge enfatizar que atualmente concentram-se as pesquisas científicas quanto ao tratamento medicamentoso da substância THC, devido ao potencial alucinógeno, anti-náusea e hipnótico. Desta forma, faz-se necessário o debate acerca do proveito medicinal ante a maconha, no intuito exclusivo de aprimorar a saúde das pessoas, seja agindo diretamente no embate a certas enfermidades, seja quanto à redução dos efeitos colaterais de uma terapia diversa, como um ato complementar, tal como faremos na obra a seguir.

2.2. A ACEPÇÃO DA MACONHA EM DIVERSOS ÂMBITOS: DESENROLAR HISTÓRICO, USO ABUSIVO E INÍCIO DO PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO

A relação humana com as atualmente denominadas “drogas” possui fundamento histórico remoto, ora em tratamento terapêutico, ora em rituais religiosos.

Neste ínterim, a maconha encontra relevância há 4.000 (quatro mil) anos, em especial, na China. Sua descoberta deve ao Imperador Shen Nieng, cujo trabalho em farmacologia orientava ao uso da planta na terapia ao reumatismo e apatia, vez manipulada como sedativo. E ainda, associada a este efeito, observa-se a transgressão, evasão, de modo que em efeito biológico-social, fora a planta popularmente utilizada para a elevação do aparato cultural de repressão, face a uma dimensão mítica atribuída à “droga”.

Na Índia, em 1.000 (um mil) anos a.C., o cânhamo era usado de forma terapêutica, indicando-o para constipação intestinal, falta de concentração, malária e até doenças ginecológicas. Ainda neste território, adquiria função religiosa, visto que ao libertar a mente das acepções mundanas, acreditava-se alcançar o “Ente Supremo”.

Em herança à prática chinesa, durante o Renascimento (período de elevado desenvolvimento científicos), fora a maconha aproveitada como anestésico para

cirurgias. Ademais, aos citas e aos taças, a planta participava no processo de confecção de roupas. Usadas, igualmente nos arredores do mar Cáspio e no Irã Oriental, como a substância sagrada apta a purificar os vivos do contato com a morte. Já os assírios a destinavam como incenso, sob o nome Qounnoubou.

Por fim, estudiosos remetem à medicina oriental denominada Nei-Ching. Nela, durante a prática entre 2.698 e 2.599 a.C., faziam a indicação das flores da maconha para fins cicatrizantes e da resina para o uso das infecções cutâneas e, inclusive, ao tratamento do sistema nervoso, vez que as sementes combatiam vermes em homens e animais.

Pelo exposto, afere-se uma orientação do uso da planta predominantemente à terapia humana orgânica, sendo também destinada a respeitosos e esporádicos rituais religiosos. Contudo, iniciou-se a utilização do entorpecente visando-se a alteração mental no Oriente Médio, vez que vinda da Índia, houve uma grande aceitação desta “droga”. Isto pois, vez que o consumo de álcool era proibido pela religião muçulmana, a população local passou a utilizar a maconha em razão da capacidade desta na produção de um estado de euforia. Inclusive, como uma breve curiosidade, a *Cannabis* era concebida na região como um favor especial dado por Deus.

Deste modo, fora o amplo consumo expandindo-se, atingindo regiões como Egito, leste da Tunísia, Argélia e oeste de Marrocos, durante os séculos IX a XII, cuja utilização limitava-se às classes privilegiadas e sob a forma auto-indulgênica.

Entretanto, em vias que extinguir a ordem social usuária, fora fundada, no século XI a seita de assassinos, chamados de Haxixins. Presidida por Hassan Ibn-Sabbah, ao sul do mar Cáspio, tratava-se de uma organização secreta a qual sequestravam jovens aparentes entre 12 e 20 anos e, adormecidos com as bebidas de cannabis, eram submetidos à ordem de matar ou roubar, no qual posteriormente, serão reconhecidos nas descrições do romano Marco-Polo. Outrossim, enfatiza-se que os membros desta seita atuavam por uma obediência cega, em uma acepção dos fatos delituosos de forma meramente executória e por fim, acompanhavam o rito de auto-sacrifício. Perante tamanha crueldade, o Imperador Gengis Khan, em 1218, extinguiu esta seita, ocasionando a morte de 12.000 (doze mil) comedores de haxixe, bem como em 1379, outorgou uma Lei rígida contra o uso da *Cannabis*, sob a sanção de ter as solas dos pés e os dentes arrancados.

Noutro giro, no continente europeu, as cruzadas correspondem ao evento histórico no qual o proveito da substância fora disseminado, o qual ensejou, em

outubro de 1800, as seguintes proibições do uso da maconha, pelo General Napoleão, destinadas, em especial, ao Egito. Vejamos:

Art.I: Fica proibido em todo Egito fazer uso da bebida fabricada por certos muçulmanos com a cannabis (haxixe), bem como fumar as sementes da cannabis, os bebedores e fumantes habituais desta planta perdem a razão e são acometidos de violentos delírios que lhes proporciona cometer abusos de todos tipos;

Art.II: A preparação da bebida de haxixe fica proibida em todo Egito. As portas de todos os bares ou albergues onde é servida serão fechadas com um muro e seus proprietários colocados na cadeia por uma duração de três meses;

Art.III: Todos os pacotes de haxixe que chegarão a alfândega serão confiscados e queimados publicamente.”

A partir das diversas normas restritivas do consumo, modalva-se a conseqüente negatização social perante aos usuários, considerando-os inúteis e ociosos ao âmbito civil. Em resposta, diversas convenções internacionais eram realizadas para o debate acerca das drogas, sendo elencadas por Carlini (2002) as principais, quais sejam: Convenção Única sobre Drogas Narcóticas em Genebra, publicada em 1961; Segunda Convenção sobre Drogas em Viena, em 1971, e por último, a Convenção Internacional de 1988. À primeira, estabeleceu-se diretrizes à fiscalização das substâncias narcóticas, em enfoque à morfina. À segunda, determinou-se a regulamentação à fabricação de drogas psicotrópicas, bem como à venda, importação e exportação. E, por derradeiro, à última, discutiu-se, em âmbito mais científico, acerca dos precursores de reagentes químicos para a produção das drogas de abuso.

No entanto, cumpre-se ressaltar que mesmo ante ao grande demonização governamental à maconha por alguns países, não estabeleceu-se uma infraestrutura política, social ou econômica acerca desta temática, em um âmbito prevalentemente científico, considerando as diversas funções terapêuticas da planta, atribuindo, porém, quesitos morais e arbitrárias, sob eventos esporádicos e apartados para a decretação de uma política restritiva.

2.3. A HISTÓRIA DA MACONHA MEDICINAL NO BRASIL

Ab initio, antes de adentrar no atual cenário de embate perante à adoção da política proibitiva do uso da maconha, imperioso abordar uma breve síntese desta erva no Brasil.

No período Colonial, a aludida planta exótica já exercia relevante papel no país, desde a chegada da primeiras caravelas, vez que o cordame das embarcações eram

compostas por cânhamo (outro nome atrelado à maconha). Por sua vez, sob enfoque dos efeitos psicológicos, fora trazida pelos escravos negros, por eles denominada de fumo-de-Angola, mormente se afere dos documentos oficiais de 1959, dispostos pelo Ministério das Relações Exteriores, vejamos:

A planta teria sido introduzida em nosso país, a partir de 1549, pelos negros escravos, como alude Pedro Corrêa, e as sementes de cânhamo eram trazidas em bonecas de pano, amarradas nas pontas das tangas” (Pedro Rosado).
“Entrou pela mão do vício. Lenitivo das rudezas da servidão, bálsamo da cruciante saudade da terra longínqua onde ficara a liberdade, o negro trouxe consigo, ocultas nos farrapos que lhe envolviam o corpo de ébano, as sementes que frutificariam e propiciariam a continuação do vício (Dias, 1945).

“Provavelmente deve-se aos negros escravos a penetração da diamba no Brasil; prova-o até certo ponto a sua denominação fumo d’Angola” (Lucena, 1934).

Ainda sob égide das obras brasileiras à época, extrai-se a relação subjetiva dos africanos, que já reconheciam os efeitos psicotrópicos da *Cannabis*, tendo esta, portanto, uma função fundamental à busca do aprazimento. Para tanto, a seguir aborda-se um diálogo redigido em uma obra de Garcia da Orta (1891), de 1563, *in verbis*:

“Ruano - Pois azi he, dizeyme como se faz este banguê, a pera que o tomão, e que leva?

Orta - Fazse o pó destas folhas pizadas, e às vezes da semente; (...) porque embebeda e faz estar fóra de si; e pera o mesmo lhe mesturão no-moscada... e o proveito que disto tirão he estar fora de si, como enlevados sem nenhum cuidado e prazimentos, e alguns a rir hum riso parvo; e já ouvi a muitas mulheres que, quando hião ver um homem, pera estar choquarerias e graciosas o tomovão. E o que (...) se conta (...) he que os grandes capitães, (...) acostumavão embebedar-se... com este banguê, para se esquecerem de seus trabalhos, e nam cuidarem, e poderem dormir; (...) E o gram Soltão Badur dizia a Martim Affonso de Souza, a quem elle muito grande queria e lhe descubria seus secretos, que quando de noite queria yr a Portugal e ao Brasil, e à Turquia, e à Arabia, e à Pérsia, não fazia mais que comer um pouco de banguê.

Ruano - Eu vi um portuguez choquareiro, (...) e comeo uma talhada ou duas deste letuario, e de noite esteve bebedo gracioso e nas falas em extremo, e no testamento que fazia. E porém era triste no chorar e nas magoas que dizia; (...) mostrava ter tristeza e grande enjoamento, e ás pessoas que o vião ou ouvião provocava o riso, como o faz hum bebedo saudoso; ... e ter vontade de comer.”

Não obstante ao irrestrito uso para busca à euforia à época, sendo o cultivo desta, inclusive, adotado pelos nativos. Contudo, há uma hipótese abarcada por alguns historiadores acerca da origem da maconha em populações indígenas na Amazônia, cujo cultivo era destinado à forma medicinal, para o preparo de chás, e pelos pajés em cerimônias religiosas, visando facilitar o contato com as divindades.

No século XVIII, obteve-se, pela Coroa Portuguesa, uma preocupação da utilização da maconha na Colônia. Todavia, em uma extrema quebra de expectativa, o cultura do “banguê” era incentivada pela Metrópole, de modo que o Vice-Rei, em 4 de agosto de 1875, redigira cartas ao Capitão General, bem como ao Governador da Capitania de São Paulo, determinando o plantio e, outrossim, enviara *dezesseis sacas com 39 alqueires de sementes de Cannabis* (Fonseca, 1980).

Ademais, apesar do Código Penal de 1890 restringir a comercialização de *coisas venenosas*, não era a aludida substância considerada como tanto, atribuindo a esta um importante fator social de fuga aos problemas mundanos.

Cinge-se o consumo da diamba, no aludido cenário histórico remoto, às classes socioeconômicas menos favorecidas, de modo a não atingir uma relevância à camada dominante exploradora. Em exceção, têm-se a declaração da Rainha Carlota Joaquina, cônjuge do Rei D. João VI, que afirmou o exótico hábito diário de tomar chá de maconha. Saliente-se, porém, que trata-se de uma usuária incomum ao público-alvo do período.

Entretanto, as acepções contrárias ao uso da *Cannabis* obtiveram crescimento em meados do século XIX, a partir, em especial, do estudo realizado pelo Professor Jean Jacques Moreau (Faculdade de Medicina da Tour, na França), juntamente à vários escritores e poetas franceses, cujos efeitos hedonísticos da utilização da planta eram precauriosamente descritos.

Noutro giro, apesar do grande preconceito às substâncias psicoativas presentes na maconha, em face aos efetivos resultados medicinais apresentados por essas, fora a utilização do cânhamo amplamente adotado pela classe média. Assim era descrito o formulário médico no Brasil (1888), cujo tratamento da bronquite crônica em crianças, ressalte-se, era tratado pelo fumo de maconha, vejamos:

“Contra a bronchite chronica das crianças (...) fumam-se (cigarrilhas Grimault) na asthma, na tísica laryngea, e em todas (...) Debaixo de sua influência o espírito tem uma tendência às idéias risonhas. Um dos seus efeitos mais ordinários é provocar gargalhadas (...) Mas os indivíduos que fazem uso contínuo do haschich vivem num estado de marasmo e imbecilidade” (Chernoviz, 1888).

Manteve-se no período moderno, portanto, a prevalência da utilização da maconha sob o compêndio medicinal, sendo objeto, inclusive, de anúncios em jornais brasileiros, tal como pela marca Grimault, a qual enfocava-se a relevância do consumo no tratamento de certos problemas de saúde, aduzindo, inclusive, ser a droga recomendada por autoridades médicas para doenças pulmonares, febre do feno,

laringite, entre outros. Ademais, Araújo e Lucas, em 1930, descrevem os atributos do fluído da *Cannabis*:

“Hypnótico e sedativo de acção variada, já conhecido de Dioscórides e de Plínio, o seu emprego requer cautela, cujo resultado será o bom proveito da valiosa preparação como calmante e anti-spasmódico; a sua má administração dá às vezes em resultados, franco delírio e allucinações. É empregado nas dyspepsias (...), no cancro e úlcera gástrica (...) na isonomia, nevralgias, nas perturbações mentais... dysenteria chronica, asthma, etc.”.

Todavia, no mesmo período, iniciou-se no ano de 1930, a repressão ao proveito da maconha, a mando das esparsas posturas da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, que em legislação própria, determinou pelo preconizado no §7º, vejamos:

“É proibida a venda e o uso do pito do pango, bem como a conservação dele em casas públicas. Os contraventores serão multados, a saber: o vendedor em 20\$000, e os escravos e mais pessoas, que dele usarem, em três dias de cadeia.” (Mott in Henman e Pessoa Jr., 1986).

Tal movimento proibicionista, por sua vez, intensificou-se, majoradamente em resposta à declaração do Delegado brasileiro, Pernambuco Filho, na II Conferência Internacional do Ópio, de 1924, em Genebra (pela Antiga Liga das Nações). Nesta, objetivava-se discutir apenas acerca do ópio e da coca. Contudo, o referido representante, acompanhado do Delegado egípcio, forçaram a inclusão do debate acerca da *Cannabis*, vez que consideravam-na mais periculosa que os demais entorpecentes supracitados.

Destarte, o processo de condenação ao uso do banguê aperfeiçoou-se, consolidando-se na seguinte publicação científica brasileira:

“já dispomos de legislação penal referente aos contraventores, consumidores ou contrabandistas de tóxico. Aludimos à Lei nº 4.296 de 06 de Julho de 1921 que menciona o haschich. No Congresso do Ópio, da Liga das Nações Pernambuco Filho e Gotuzzo conseguiram a proibição da venda de maconha. **Partindo daí deve-se começar por dar cumprimento aos dispositivos do referido Decreto nos casos especiais dos fumadores e contrabandistas de maconha.**” (Lucena, 1934) - grifo nosso.

Ora, saliente-se que a declaração exposta pelo Delegado em Genebra é contraditória, porquanto alude o documento oficial do governo brasileiro (Ministério das Relações Exteriores, 1959), vejamos:

“Ora, como acentuam Pernambuco Filho e Heitor Peres, entre outros, essa dependência de ordem física nunca se verifica nos indivíduos que se servem da maconha. Em centenas de observações clínicas, desde 1915, não há uma só referência de morte em pessoa submetida à privação do elemento intoxicante, no caso a resina canábica. No canabismo não se registra a tremenda e clássica crise de falta, acesso de privação (sevrage), tão bem descrita nos viciados pela

morfina, pela heroína e outros entorpecentes, fator este indispensável na definição oficial de OMS para que uma droga seja considerada e tida como tóxicomanógena”.

Neste diapasão, conclui-se que a referida busca ao extermínio do uso do entorpecente em comento, ainda que no âmbito medicinal, é originado por uma ação política arbitrária e mais, quedada de fundamentação científica para tanto.

Com efeito, foram as diretrizes oriundas da referida Convenção adotadas pelo *Codex Penal Brasileiro*, que, em redação de 1940, constituía o seguinte tipo penal:

Art. 281. Importar ou exportar, produzir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ministrar ou entregar de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Pena - reclusão, de 1 (um) a 6 (seis) anos e multa de 50 (cinquenta) a 100 (cem) vezes o maior Salário-mínimo vigente no País.

Neste ínterim, foram registradas as primeiras segregações em consequência da mercância de maconha, em 1933 e em 1940, no Rio de Janeiro e na Bahia, respectivamente. No ano de 1961, em apoio da Convenção Única de Entorpecentes, da Organização das Nações Unidas (ONU), a qual o Brasil é signatário, fora a *Cannabis* considerada um entorpecente extremamente prejudicial à saúde e à coletividade, dando ensejo à atuação do *Shore Patrol* (marinha norte-americana) nas costas brasileiras, em combate ao comércio marítimo da referida substância.

Deve-se notar, por sua vez, que a proibição completa do plantio/cultura/colheita/exploração da maconha por particulares no território brasileiro ocorreu em razão do Decreto-Lei nº 891, em 25 de novembro de 1938.

Todavia, impende salientar que não se verificou, até o presente momento histórico em comento, a proibição quanto ao consumo da maconha. Isto pois, tal norma somente fora introduzida pela revogada Lei nº 6.836/76, pelo que se afere a seguir:

Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

Sucedida pela vigente norma nº 11.343/06, inovaram ao abordar o uso da maconha (atrelada ao rol de entorpecentes) como “crime”, ainda que para destinação própria, sob os mesmos núcleos verbais àqueles trazidos pelo tipo penal do tráfico. E

mais, equiparou-se o consumo da planta, ao de demais drogas, tal como observa-se pelo art. 2^a do referido diploma legal:

Art. 2º Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.

Parágrafo único. Pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas.

Todavia, informe-se que, abstendo-se de qualquer influência social que o tema possui, a *Cannabis* não é uma substância narcótica, tal como é classificada pelos órgãos oficiais. Com efeito ao exposto, observa-se extrema resistência ao almejo da permissão desta no tratamento complementar de diversas enfermidades, tal qual o temido câncer, visto que o Δ^9 -tetraidrocannabinol (princípio ativo da maconha) possui efeito antiemético em casos de vômitos induzidos pela quimioterapia, bem como constitui em um orexígeno útil para os casos de caquexia adéctica e a produzida novamente pelo câncer. Tal princípio, inclusive, é registrado como medicamento em vários países, ante a sua relevância e efetividade, tais como Estados Unidos (“Marinol”) e Holanda.

A *contrario sensu* à orientação mundial quanto a esta substância, em 20 de julho de 1995, durante evento denominado *Tetraidrocannabinol como medicamento?* presidido pelo Ministro da Saúde e pelo Conselho Federal de Entorpecentes (CONFEN), apresentou-se diversas reservas ao derivado do antigo fumo d’Angola.

Contudo, versa de um tema de extrema urgência ao debate na atualidade, posto o expressivo índice de usuários, mesmo perante à proibição legal para tanto, brasileiros, no qual alcançou a taxa de 6,9% da população total em 2002. Neste sentido, inclusive, afere-se do Levantamento Domiciliar sobre Consumo de Drogas no Brasil de 2002, que, durante os antecedentes 15 anos estudados, o número de internações hospitalares resultantes de intoxicações agudas ou de dependências à maconha não ultrapassou o valor de 300 (trezentos) por ano, enquanto as submissões hospitalares por álcool (“droga” aprovada) atingiu preocupantes 119.906 no mesmo período.

Dessarte, para finalizar, imperioso transcrever o editorial do respeitado Jornal Brasileiro de Psiquiatria (29:353-4, 1980):

A falta de discriminação entre viciados em drogas pesadas e simples fumantes de maconha tem resultados altamente inconvenientes do ponto de vista social. Se os estabelecimentos especiais viessem a ser construídos para internar

usuários de maconha, com toda a probabilidade, iríamos ressuscitar o famoso dilema do Simão Bacamarte de Machado de Assis. Talvez fosse melhor internar a população sadia para defendê-la dos supostos perigos dos cada vez mais numerosos adictos de maconha.

O perigo maior do uso da maconha é expor os jovens a consequências de ordem policial sumamente traumáticas. Não há dúvida de que cinco dias de detenção em qualquer estabelecimento policial são mais nocivos à saúde física e mental que cinco anos de uso continuado de maconha.

Finalmente, em 1987, a Associação Brasileira de Psiquiatria (ABP) também faz um editorial em que comenta o assunto (A dupla penalização do usuário de drogas ou duas vezes vítima. Revista ABP/APAL, 1987).

‘Ninguém como os psiquiatras conhece melhor a miséria humana que acomete os drogados. Eles são mais vítimas do sistema de produção e tráfico - e de si mesmos- que delinquentes. Neste sentido, julgamos oportuno trazer à discussão, sob a égide deste momento Constituinte, este polêmico tema que tem desencadeado tão graves consequências.

O problema das drogas em nosso país tem sofrido um julgamento apaixonado, permeado por atitudes moralistas e um tratamento policial.

O próprio ‘tratamento’ compulsório dos dependentes de drogas mostra baixa eficácia, quando não absoluta inutilidade, e serve muitas vezes de artifício para beneficiar apenas os mais abastados. Ressalte-se que a particular questão do tratamento e da recuperação dos drogados deve estar integrada à rede de cuidados gerais à saúde e ao bem-estar social.

(...)

Finalmente, deve-se considerar com seriedade a necessidade de se promover a descriminalização do uso da maconha, estipulando a quantidade considerada porte, sem promover a liberação da droga. Esta medida ampliaria as possibilidades de recuperação do usuário, isolando-o do traficante e evitando a dupla penalização: a pena social de ser um drogado e a pena legal por ser um drogado, esta última muitas vezes mais danosa que a primeira.

Deste modo, levanta-se o seguinte questionamento: tendo em vista o reconhecimento expresso dos potenciais medicinais da maconha pelo Governo, autor da recriminação normativa desta, porque o uso desses benefícios, ainda que para um almejo medicinal, é proibida?

Para tanto, recorreremos à perspectiva crítica da criminologia jurídica, a seguir descrita. Não obstante, em adiantamento, ressalte-se que não há uma justificativa sólida para o proibicionismo da Cannabis quanto aos fins medicinais. Há, contudo, um efeito social ensejador da criminalização: a rejeição cultural ante ao remoto acesso desta por classes menos favorecidas, o qual denota-lhe um caráter de preconceito. Ademais, enfrenta o Brasil uma guerra às drogas em geral, promovida pelo Estado e endossada por parte da população, o qual são investidos elevados recursos para o fortalecimento do combate, sem preocupar-se, a primeiro plano, nos motivos pelo qual fora constituído este cenário, isto é uma motivação moral e arbitrária, em contrapartida à valorização biológica da planta.

3. AS TEORIAS CRIMINOLÓGICAS:

Definir criminologia é um grande desafio do direito penal moderno. Esse conflito é oriundo da inexistência de uma ciência criminológica, não sendo possível compará-la com outros ramos das ciências, como, por exemplo, as ciências naturais. Isso ocorre pois, diferente do que ocorre com as ciências, não é possível analisar a criminologia como um aglomerado de conhecimentos sistematizados, tendo em vista que é construída por meio de pontos de vista muitas vezes contraditórios, sustentados por questões ideológicas que vão interferir tanto na teoria científica quanto na definição de um objeto e do seu método de estudo. Assim, não é possível falar da existência de uma ciência criminológica, mas de muitas teorias criminológicas distintas.

É possível, a título de simplificação, distribuir as teorias criminológicas em duas categorias diferentes. A primeira é chamada de teoria criminológica convencional, e busca assumir os valores sociais dominantes na sociedade estudada como premissa para o trabalho teórico. Essa teoria não tem como objetivo discutir o mérito desses valores sociais, se trata, portanto, uma análise de esfera dogmática desses valores. A segunda teoria é conhecida como teoria criminológica crítica, sua finalidade é conduzir uma análise zetética sobre os valores sociais dominantes na sociedade estudada. Isto é, busca refletir, com uma ótica criminal, sobre os motivos que levam esses valores a serem valorizados na sociedade em questão, a sua legitimidade e os efeitos dos mesmos nas políticas e sistema criminal.

O estudo da pluralidade de teorias que abarcam a criminologia é orientado pelo objetivo social que elas visam ter, possuindo uma base experimental indispensável. É por meio da análise dos fatos concretos, da aplicação do direito penal e da realidade do sistema criminal que as teorias criminológicas irão surgir e se orientar. A criminologia pretende observar as formas de exercício do Poder pelo Estado, o viés político-ideológico que se evidencia por trás dessa forma de aplicação, a opinião e posicionamento de camadas relevantes da sociedade, assim como o impacto de políticas econômicas e sociais nos índices de criminalidade de um determinado lugar. É, em síntese, um estudo sobre todas as motivações exteriores ao indivíduo, ou seja, as condições materiais da vida social que podem influenciar no surgimento de um comportamento criminoso. Há, dessa maneira, uma vinculação necessária entre a

criminologia e a ciência social, de modo que seja defendido por muitos autores que a primeira seja uma integrante da segunda.

Desse modo, a criminologia visa discutir e entender a razão de certos comportamentos serem considerados criminosos no Brasil, enquanto podem ser perfeitamente aceitos em outros países. O seu campo de estudo é justamente analisar os valores que sustentam a sociedade e os seus impactos na criminalidade, assim como buscar compreender até que ponto as práticas e mentalidade atuais têm produzido resultados favoráveis para o interesse final da população e do Estado.

3.1. A CRIMINOLOGIA SOB O ÂMBITO DA PROIBIÇÃO DA MACONHA

Entender os pressupostos da criminologia deve ser o ponto inicial da análise da criminalização do comércio da maconha no Brasil. Tendo em vista que há um grande estigma das propriedades psicoativas da planta entre determinadas camadas da sociedade brasileira. Atualmente, a sociedade recrimina esse tipo de conduta, colocando os efeitos da maconha em nível de paridade com os efeitos de outras drogas ilícitas, recriminando os usuários da mesma e punindo aqueles que a cultivam e comercializam, como presente no artigo 2º da Lei 11.343/2006:

Art. 2º Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.

Parágrafo único. Pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas.

Após analisar o artigo acima, evidencia-se um ponto de atenção: os legisladores reconhecem o potencial medicinal e científico, tornando possível que a União utilize desses recursos caso entenda como necessário. De modo que é levantado o seguinte questionamento: tendo em vista o reconhecimento expresso dos potenciais medicinais da maconha pelo Governo, porque o uso desses recursos ainda é recriminado e a sua mercantilização proibida?

Ora, recorreremos a perspectiva crítica da criminologia jurídica para solucionar a questão. Não há uma justificativa jurídica sólida o suficiente para a criminalização da maconha e de seu uso para fins medicinais. Há, contudo, uma questão social latente:

camadas expressivas da sociedade não aprovam o consumo da mesma, desejando que haja sim uma punição e segregação daqueles que utilizam da maconha. O Brasil vive atualmente uma guerra às drogas promovida pelo Estado e endossada por parte da população, de modo que gasta-se muitos recursos para a militarização da polícia, operações policiais em favelas e demais pontos de tráfico, encarceramento de traficantes e, até mesmo, de usuários. Assim, é na análise criminológica que torna-se possível compreender que os motivos que resultam na criminalização da maconha medicinal na sociedade brasileira não são unicamente jurídicos, mas oriundos de uma moral baseada nos costumes da sociedade brasileira.

Movimentos sociais como a “Marcha da Maconha” surgem, portanto, a partir de uma mobilização da própria população brasileira, com o objetivo de conscientizar e mobilizar mais pessoas e chamar a atenção para os órgãos públicos, revelando que há camadas sociais que discordam dos posicionamentos jurídicos atuais, que há legitimidade popular para uma transformação normativa tendendo para a descriminalização e legalização da maconha medicina.

3.2. A TRANSFORMAÇÃO DA MORAL SOB UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA

O filósofo Jurgen Habermas aponta como um dos marcos da modernidade a passagem da visão de mundo católica, predominante no período feudal, para as sociedades de cosmovisão pluralista, que têm seu início no movimento iluminista. Essa passagem é responsável por uma grande transformação das sociedades, sobretudo no ponto de vista da moral e do direito. Os mandamentos morais, que creditavam a justiça e bondade à um Deus Salvador, não podem mais ser explicados por um ponto de vista divino e transcendente. Assim, a passagem para o pluralismo ideológico nas sociedades modernas promove uma decomposição da religião e do *ethos* enquanto fundamento público de validação de uma moral que é partilhada por todos. Isto é, as regras morais que regem a sociedade não podem mais ser sustentadas pela existência de um Deus, mas por aspectos empíricos, para que sejam válidas e aplicáveis para todos. Assim, ocorre um deslocamento da autoridade epistêmica, que antes era pautada nas doutrinas religiosas e passa a ser fruto das ciências empíricas.

A teoria kantiana da razão explica essa nova autoridade epistêmica, de modo que a vontade racional é uma exteriorização da razão pura, sem influência dos desejos

provocados pelos sentidos. De modo que a razão está diretamente ligada com a liberdade do homem. A vontade racional, para Kant, é o conteúdo cognitivo que constitui motivos racionais para os atos. É essa vontade racional que deve ser pautada pelas ciências empíricas.

Dessa maneira, Habermas aponta os dois principais enfoques clássicos de empirismo, de modo a demonstrar dois entendimentos distintos da moral nas sociedades modernas. O primeiro enfoque é a filosofia moral escocesa, que baseia-se nos entendimentos morais, compreendendo como moral aquilo que funda a coerência solidária de uma sociedade. Já o segundo enfoque é o contratualismo, este pauta-se nos interesses individuais e coletivos e entende como moral aquilo que garante justiça à um trânsito social normativamente regulado. Ambas, na visão de Habermas, apresentam uma falha em comum, não sendo capazes de explicar racionalmente a obrigatoriedade dos deveres morais. Não há uma explicação racional para os sentimentos de reprovação e aprovação gerados pelo cumprimento ou descumprimento dos deveres morais. Desse modo, o filósofo critica tanto a moral sob a visão jusnaturalista do direito, que entende direito e moral como conceitos imutáveis e transcendentais, quanto a moral sob a visão positivista, que é fruto de uma construção positiva. Para J. Habermas, ambas as teorias falham na captação do vínculo entre direito, moral e legitimidade.

3.3. As concepções de Habermas para Direito e Moral

Habermas enxerga o Direito a partir do direito moderno, sendo positivado e dotado de coerção e fruto de um processo legislativo. Assim, o Direito é positivado por ser um conjunto de normas dotadas de mutabilidade, é elaborado por meio de legisladores políticos e é sustentado pela existência de uma sanção para o seu descumprimento, sendo este o seu aspecto coercitivo. O Direito é, portanto, um processo democrático de formação de opiniões.

A compreensão da moral sob a visão de Habermas está intrinsecamente ligada às teorias do agir comunicativo e do discurso, que visam explicar a construção da legitimação racional das normas jurídicas nas sociedades modernas. A moral, sob esse ponto de vista, é construída socialmente. Os indivíduos apresentam suas opiniões e julgamentos de valores por meio de seus discernimentos éticos. Os discernimentos éticos devem-se à explicação daquele saber que os indivíduos comunicativamente

socializados adquiriram na medida em que cresceram para dentro de sua cultura (Habermas, 2002). De modo que esse saber intuitivo só existe devido a existência de uma perspectiva social. Para Habermas, a teoria do agir comunicativo existe em contextos sociais cujas relações de poder não existem ou não exercem poder coercitivo nas opiniões individuais, possibilitando a liberdade para o debate e divergências ideológicas. Esse contexto social é chamado por Habermas de “mundo da vida”.

A validade da lei, sob uma perspectiva moral, ocorre quando essa pode ser aceita por todos, a partir da perspectiva de cada um. Essa capacidade de generalização dos interesses, de acordo com Habermas, é o que faz a lei valer. O processo de elaboração das leis gerais em uma sociedade devem ser fruto da atuação dos co-legisladores, isto é, os indivíduos que compõem a sociedade. Os co-legisladores são chamados dessa maneira pois cada pessoa participa de um processo cooperativo, a partir do qual se pode examinar se uma norma que é objeto de discussão pode ser considerada generalizável segundo o ponto de vista de todos os participantes. Assim se dá o agir comunicativo de Habermas, é um processo que considera a autoconsciência de cada pessoa individual cujas contribuições epistêmicas de um discurso de exame das normas visam o mútuo entendimento.

Em síntese, o paradigma proposto por Habermas é uma recondução da teoria kantiana, que separa os conceitos de Moral e Direito, colocando-as em uma relação de independência. Habermas, contudo, não os considera totalmente independentes, apontando uma relação de complementariedade entre os dois conceitos. Nessa perspectiva, entende-se que a legitimação da criminalização da maconha no Brasil deve ser analisada tendo em vista os preceitos morais da sociedade brasileira que estão sendo defendidos com essa proibição, conduzindo a reflexão se esses preceitos continuam condizentes com as novas gerações de brasileiros e as transformações sociais delas oriundas.

4. MOVIMENTOS SOCIAIS E A BUSCA PELA LEGALIZAÇÃO DA MACONHA EM BELO HORIZONTE

Até agora, analisou-se o movimento histórico da maconha tanto na esfera mundial e quanto na esfera brasileira, porém, é preciso fazer uma alusão aos desdobramentos sociais que a criminalização da maconha provoca na coletividade.

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, gerou expectativas quanto a como seus efeitos atingiriam o sistema das relações sociais, haja vista os diversos direitos sociais assegurados, assim como princípios importantíssimos. Em seu primeiro Artigo, inciso II, revela que:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
II – a cidadania

Ou seja, a CR/88 explicita seu paradigma de criação – o Estado Democrático de Direito – e um de seus fundamentos primordiais, fruto de análise por Jürgen Habermas: a cidadania. Para este filósofo alemão, a democracia com a devida participação dos interessados legitima a atuação do Estado, de forma que aqueles e este construam a sociedade juntos por meio de um discurso integrativo.

A deliberação e fundamentação entre sociedade e Estado promovem a democracia e a legitimidade do direito. O discurso realizado pelos cidadãos para com seus representantes é capaz de fazer surgir o sentimento de pertencimento social daqueles enquanto sujeitos político e jurídicos, assim como a sensação de que, para quem integra a sociedade, existe um local de fala ideal, o qual pode ser igualmente exercido por todos. Isto proporciona a legitimidade do direito, pois o exercício da democracia via exercício da cidadania, do pluralismo e da igualdade torna lícita e permitida à aplicação do direito por meio do Estado.

Porém, um dos principais problemas da contemporaneidade reside no multiculturalismo e na ignorância dos princípios garantidos, sendo que as diferenças não estão sendo contempladas pelos representantes do povo; pelo contrário, hoje se tem uma função legislativa muito mais pautada no retrocesso social, prezando pela resolução dos problemas que lhe dizem respeito e, além disto, suprimindo a vontade das minorias assim como de seus direitos.

No art. 205 da Constituição Brasileira de 1988 se vê a dicção:

“A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

Ora, percebe-se aqui um pedido do Estado para que as pessoas participem de sua construção, mas não passa de um pedido formal, uma vez que ele parece não se atentar para as demandas sociais, pois ignora tanto o interesse das maiorias quanto

das minorias, não conseguindo balancear as vontades. Para o sociólogo francês, Alain Touraine, esta é a semente dos movimentos sociais: o embate entre classes e vontades políticas porque problemas vistos na sociedade fazem parte da forma como um Estado é governado, permeado por vontades privadas e pelas desigualdades sociais. Assim, aqueles que deveriam representar a vontade do povo, de fato, lutam por suas próprias convicções, deixando de lado aqueles que os colocaram no poder, legitimando sua atuação.

Surge, a partir disto, um levante, movido pela indignação de pessoas partilhantes da mesma ideologia, as quais constroem grupos para reivindicar, mediante participação efetiva, o que lhes é de direito: os movimentos sociais.

Assegurados pelo Artigo 5º, XVI, da CR/88, movimentos sociais são dinâmicas, protestos, encontros que visam confrontar assuntos polêmicos, discutidos nos três âmbitos sistemáticos – político, econômico e social –, objetivando, além de propiciar um debate acerca de o porquê acontecer, também a subsistência da democracia participativa e a inclusão daqueles os quais são figuram como minoria prejudicada perante a sociedade.

Conforme ressalta Celso Fernandes Campilongo,

Os movimentos sociais fazem a crítica da sociedade. Logo, seus alvos são as lacunas, as inconsistências, as perversões, o mau funcionamento e os efeitos do próprio funcionamento dos sistemas de função. A sociedade que provoca a mobilização dos movimentos sociais é uma sociedade diferenciada funcionalmente. É nesse ambiente que os protestos são construídos.

Em meio à insatisfação do funcionamento do sistema legislativo brasileiro, pessoas de todas as classes sociais, cores, culturas, opção e orientação sexual unem-se em prol de um objetivo, aquele a ser tratado por este artigo: a legalização da maconha. Em Belo Horizonte, o principal movimento social a favor da legalização é intitulado “Marcha da Maconha”, promovido por um grupo de pessoas envolvidas por uma organização horizontal, na qual se dividem das tarefas.

De acordo com o artigo 5º, XVI, “todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”, por isto, os organizadores apenas comunicam à prefeitura a ocorrência da marcha e, para atribuírem maior visibilidade ao movimento, elaboram panfletos, criam eventos nas mídias sociais, alugam carros de som etc.

Seguindo ainda a lógica de Touraine, compõem um movimento social três princípios fundamentais: o princípio de identidade, o princípio de oposição e o princípio de totalidade, sendo que, juntos, são capazes de gerar certo tipo de consciência coletiva. De acordo com o movimento “Marcha da Maconha”, e com relação ao primeiro princípio, o movimento é composto por diversos tipos de pessoas, como aquelas que necessitam de extratos da droga para seu uso medicinal, religioso, recreativo, bem como as pessoas que não fazem uso da droga, mas, mesmo assim, percebem mais prós do que contras no ato de sua legalização, tanto no âmbito nacional quanto no internacional.

Em se tratando do segundo princípio (oposição), o movimento acredita que seus maiores adversários são, em sua grande maioria, políticos e religiosos e leigos no assunto, os quais desconhecem “os milhares de usos da planta e os malefícios de sua proibição”. Finalmente, tem-se o fundamento da totalidade (terceiro princípio): “Por que lutar para legalizar?”

Para A Marcha da Maconha de Belo Horizonte, primeiramente, a droga é vista como uma otimização no tratamento de muitas doenças, em muitos casos graves, as quais atingem diversas pessoas. A planta, também, para o Movimento, “é a fibra vegetal mais resistente conhecida, um dos motivos pelo qual pode originar milhares de produtos industriais, até mesmo casas, carros e bicomustíveis ecológicos”. Além disto, acredita em seu poder medicinal/industrial: países como Canadá, Israel, Inglaterra e Estados Unidos utilizam-na neste sentido.

Em outra esfera, expõe que, no Brasil, tem-se uma população carcerária composta por mais de seiscentas mil pessoas, das quais cerca de cem mil são prisioneiras devido ao consumo e/ou trafico de maconha, “uma planta com nível de toxicidade amplamente inferior ao do álcool”. Além disto, os organizadores acreditam na famosa “cultura carcerária”, na qual, mesmo sendo previstas leis para isto não ocorrer, vide Artigo 33º ao 36º do Código Penal, indivíduos que cometem crimes, como o consumo de maconha, são encarcerados com traficantes, homicidas, estupradores, por exemplo, sendo praticamente obrigados a conviverem e submeterem-se às regras impostas a eles, sob risco de morte. Desta forma, vislumbram a proibição da maconha como uma “tragédia humanitária”, pois tem como consequência a superlotação dos presídios assim como do judiciário.

Assim, o movimento em prol da legalização da maconha é realizado e sistematizado em Belo Horizonte pela organização intitulada de “Marcha da

Maconha”, a qual não vê o porquê da droga, em pelo século XXI, ser ainda criminalizada.

5. O USO MEDICINAL DA MACONHA, O DIREITO À SAÚDE E O POSICIONAMENTO DA ANVISA (AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA)

5.1. O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE E A RESPONSABILIDADE ESTATAL

Ante à vigência do Estado Democrático de Direito, preconizado pela sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, impende-se, em qualquer debate jurídico, uma análise da temática sob o crivo da Lei Maior, tal qual a Constituição Federal de 1988.

A ela, evidencia-se o marco da redemocratização do regime político no Brasil, que ao superar mais de 20 (vinte) anos de regime militar ditatorial, fora a responsável pela institucionalização dos direitos humanos no país, dando-lhes força de aplicabilidade intermitente e imediata. Neste sentido, objetivou-se estabelecer garantias constitucionais gerais cujo zelo proporciona condições mínimas aos indivíduos ao alcance de uma igualdade formal e material. Com isso, em histórica 2ª onda de direitos fundamentais, insurgiram os sociais, tais quais: à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados.

Consequentemente, aduz Canotilho (2008, p. 97), os direitos sociais, “*na qualidade de direitos fundamentais, devem regressar ao espaço jurídico-constitucional, e ser considerados como elementos constitucionais essenciais de uma comunidade jurídica bem ordenada*”. A partir do exposto, verifica-se que ao adotar os direitos sociais à Constituição, atrelou o legislador uma função política do Estado em resguardá-los, de modo a legitimar aos cidadãos a exigência para tanto. Outro não é o entendimento do respeitado doutrinador Bontempo (2005, p. 75), o qual elucida que: “os direitos sociais são, por conseguinte, sobretudo, endereçados ao Estado, para quem surgem, na maioria das vezes, certos deveres de prestações positivas, visando à melhoria das condições de vida e à promoção da igualdade material”.

Diante desse contexto, saliente-se que o mesmo diploma legal supracitado, além de descrever os bem jurídicos a serem protegidos em âmbito constitucional,

apresentou, em seu artigo 6º, um amplo rol de normas que orientam à necessidade de criação de diretrizes e políticas a serem adotados pelos entes públicos e pela coletividade em geral, objetivando-se a eficácia de tais garantias.

Feitas essas considerações, fora a prestação de serviços à saúde adotada pelo constituinte como dever estatal a ser zelado. Dessarte, não estaria este serviço público restrito aos trabalhadores inseridos no mercado formal, mas é concedido à todos os brasileiros, independentemente do vínculo empregatício. E mais, em admirável inovação normativa, a Constituição, sob égide dos artigos 196, 197 e 198, II, determinou o acesso indiscriminado dos cidadãos ao sistema de saúde, de modo a estipular uma atividade integral e preventiva.

Com efeito, Ladeira (2009, p. 110) esclarece que o “*direito à saúde configura-se como direito social prestacional que objetiva assegurar à pessoa humana condições de bem-estar e de desenvolvimento mental e social livre de doenças físicas e psíquicas*”.

Nesse entendimento, Paranhos (2007) leciona que:

“Extrai-se do art. 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Logo, não há como recusar que um dos requisitos para a existência dessa dignidade de que trata a Constituição Federal, é a saúde pública” (PARANHOS, 2007, p. 155).

Todavia, para aferir as possíveis políticas a serem adotadas à garantia da saúde à população, deve-se, *a priori*, determinar o conceito deste direito.

Em uma análise doutrinária a respeito, extrai-se um duplo efeito do direito à saúde, são eles: a uma, tem-se como um direito de defesa, de modo que a tutela prevê uma proteção à integridade fisiológica das pessoas contra agressões de terceiros; a duas, como um direito positivo, o qual determina-se ao Estado a efetivação de atendimento médico e hospitalar.

Considerando-o como uma resguarda prescindível ao direito à vida e à integridade física do homem, aduziu o Ministro Celso de Mello, vejamos:

“Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, “caput”, e art. 196), ou **fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental um interesse financeiro e secundário do Estado**, entendo – uma vez configurado esse dilema – que as razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana.” (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 393175-0/RS, Segunda Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Celso de Mello. Julgado

em 12/12/2006, publicado 02/02/2007). - grifo nosso.

Neste diapasão, verifica-se como responsabilidade do Estado a concessão de uma estrutura ora preventiva, como repressiva à potenciais enfermidades. A exemplo, como corolário à saúde, encontra-se a promoção a uma alimentação saudável, em uma política preventiva.

In casu à obra, a repressão estatal contra a concessão ao uso descomedido das drogas, em geral, justificaria-se pela prevenção à perda do discernimento do indivíduo, ante ao abuso do consumo, de modo a apresentar um potencial lesivo não só a si, como a outrem. Ademais, constituir-se-á em uma atuação omissa estatal, ante a degradação fisiológica própria pelo uso permitido dos entorpecentes.

Contudo, saliente-se que tal temática não incumbe no objeto do presente estudo. O que se objetiva nesta dissertação refere-se à conciliação entre o dever à saúde pelo Estado e uma eventual permissão deste na concessão do consumo medicinal da maconha. Pois bem, tratando-se de um ato supervisionado por um técnico (tal qual o médico), o abuso do consumo, portanto, é afastado, visto que não só o *quantum*, bem como a periodicidade deste uso será regulamentada por um perito, de modo a não acarretar numa dependência, mantendo-se, então, a integridade mental do usuário.

Ademais, cinge-se do dever à saúde, a concessão pelo governo de uma estrutura apta à repressão de enfermidades. Logo, impende ao Estado não só constituir estruturas físicas para receber e tratar os acometidos, bem como a fornecer um corpo técnico qualificado para tanto e, ainda, garantir o acesso aos medicamentos mais adequados à terapia. Deste modo, ante às inúmeras já descritas qualidades que a Cannabis possui na repressão de determinadas doenças, inclui como responsabilidade dos entes públicos, inclusive, a fomentação à pesquisa e ao melhoramento dos fármacos por esta fornecidos.

5.2. A ACEPÇÃO DO USO DA MACONHA MEDICINAL PELA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA):

Os direitos fundamentais, por sua vez, abordam certas questões quanto à burocracia normativa, bem como quanto à expansivas pretensões sociais como satisfações desta garantia. Alude Bobbio, 1992, que perante um contexto de constante progresso tecnocientífico, o fácil acesso a tais informações acarretam em uma exponente ampliação das pretensões acerca destes direitos fundamentais. “Novos

direitos são reivindicados conforme se aumenta a percepção de que sempre algo melhor está por vir” (BOBBIO, 1992). Na medicina, por denotar uma ciência natural, patente a manifestação supramencionada.

Conseqüentemente, instaurou-se comissões públicas destinadas a isso: a CONITEC (Comissão Nacional de Incorporação de Novas Tecnologias), a ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar) e a Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária). A estas, é delegada a prerrogativa de deliberação acerca de permissão, consumo, comercialização e fornecimento de substâncias e tecnologias no Brasil. Portanto, o caminho entre uma reivindicação social e sua concretização perpassa por tais órgãos, não tratando-se de um feito automático.

“Finalmente, descendo do plano ideal ao plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva.” (BOBBIO, 1992, p. 32).

Portanto, ante aos diversos movimentos sociais já explanados no estudo, foram assegurados as reivindicações sociais por tais normas, porém, conforme aduzido, em um lento processo burocrático.

Contudo, observando-se os diversos benefícios trazidos pela maconha, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), por meio da portaria n.º 344/98, incluiu derivados da canabidiol na lista de substância psicotrópicas vendidas no Brasil, perante a receita do tipo A específica para entorpecentes. A norma concede o registro no Brasil por empresas acerca da produção de mercadorias com canabidiol e tetrahydrocannabinol como princípio ativo, em concentração de no máximo 30mg por mililitro.

“Atualizamos a portaria exatamente para que, se o registro for concedido, os médicos saibam como esse medicamento será prescrito”, alegou o diretor-presidente da Anvisa, Jarbas Barbosa. “Assim, o medicamento será prescrito da mesma forma que outros medicamentos psicotrópicos já em uso no Brasil. Ou seja, terá a tarja preta e só poderá ser vendido com prescrição médica especial, que é aquele formulário que o médico tem, numerado. Quando vendido, a farmácia terá a obrigação de registrá-lo no Sistema Nacional de Controle de Medicamentos, que é gerenciado pela Anvisa, para que possamos monitorar se há está havendo algum desvio ou abuso na sua prescrição”, concluiu.

Outrossim, fora publicada uma nova Resolução da Diretoria Colegiada (RDC), atualizando o Anexo I, da RDC n.º 17/2015, o qual amplia-se o rol de produtos à base de Canabidiol. A importação desses produtos poderá ser realizada por pacientes com prescrição médica, atrelada à avaliação e aprovação prévia do órgão responsável. A lista totaliza 11 produtos à base de canabinóides que passam a constar no Anexo I da RDC 17/2015.

5.3. A ATUAÇÃO DO ESTADO NA TEMÁTICA: PROIBICIONISMO E ALTERNATIVAS

Ante ao exposto, verifica-se como propulsor do combate ao consumo de determinadas substâncias psicoativas as resoluções da Primeira Convenção Internacional do Ópio, de 1912, cujas diretrizes foram amplamente herdadas pela já mencionada Convenção Única sobre Entorpecentes, em 1961, o qual implantou-se o paradigma proibicionista a ser seguido pelos membros signatários da ONU, de modo a punir quem vendesse, produzisse ou consumisse as então denominadas drogas.

Este proibicionismo, por sua vez, modulou o entendimento social contemporâneo acerca das substâncias psicoativas, sob um critério arbitrário para a classificação das drogas como legais ou positivas e como ilegais ou negativas. Ademais, observa-se uma luta, inclusive adotada por experimentos científicos, visando-se expor esta discricionariedade. Deste modo, a política proibicionista não esgota a temática, porém, ressalte-se, a determina.

Cumpre-nos salientar, todavia, que não fora um único evento histórico apto a demarcar a adoção de tais restrições, isto é, a Convenção de 1961 em apartado não é hábil à ensejar no excessivo proibicionismo às drogas. Trata-se de um processo histórico cultural, no qual incluem a radicalização do puritanismo norte-americano, o interesse pela monopolização da produção de drogas pela indústria médico-farmacêutica, os recentes conflitos geopolíticos do século XX e o efeito social do temor das elites ante à desordem urbana. Ademais, atrelado a tais influentes fenômenos, constata-se grande ativismo pioneiro norte-americano em orientação à expansão do proibicionismo no âmbito global. *In casu*, este influxo é claramente verificado, visto que os atos normativistas proibitivos acerca do consumo de drogas eram promulgados *pari passo* aos norte-americanos.

Retomemos, contudo, ao conceito de droga, cujo amplo significado se segue: “*substância que, quando administrada ou consumida por um ser vivo, modifica uma ou mais de suas funções, com exceção daquelas substâncias necessárias para a manutenção da saúde normal*”. Portanto, pugna-se, para a análise crítica acerca das normas proibitivas adotadas pelo Brasil, o afastamento à conotação social do termo “droga”, de modo a abordá-lo em seu sentido farmacológico, mormente às substâncias psicoativas.

Ainda sob um prisma conceitual, a Convenção Internacional de 1961 determinou um modelo que se mantém vigente, no qual dividem-se as drogas e suas origens em listas, por meio de um critério quanto ao potencial de abuso em comparação às aplicações médicas. Em assombroso resultado, encontra-se a maconha como altamente abusiva e ausente de uso medicinal, a *contrario sensu* de toda a análise histórica por aqui descrito. Destarte, atribui-se à maconha, um consumo prescindível e intrinsecamente danoso, de modo a culminar em uma forte intervenção estatal à perseguir qualquer relação a ela.

Afere-se conquanto à maior justificativa à restrição normativa, a capacidade em causar dependência. Primeiramente, por gerar efeitos prazerosos, cujo consumo estimulam a reiteração, perdendo-se o interesse em demais atividades, o qual atribuem a tal fenômeno, a perda da capacidade de escolha. Posteriormente, argumentam à proibição em face aos efeitos sociais do uso crônico, tal qual a perda de laços familiares e a tendência ao desenvolvimento de demais patologias mentais.

Não obstante, todas as atividades humanas incumbem em potencial risco ou dano. A exemplo, cita-se as cotidianas, como locomoção, esporte e sexo. Noutra giro, a ingestão, ainda que involuntária, de determinadas substâncias, como a poluição ou o consumo abusivo de determinados alimentos, são considerados atualmente como os mais graves problemas à saúde pública do planeta. Tais drogas, contudo, não são objeto de normatização estatal, vez que ora são intrínsecas à vida humana ou ora possuem efeitos colaterais previsíveis, o que não se expõe dos entorpecentes ilícitos. Reconhece-se, inclusive, complicações graves e até letais do uso da maconha. Porém, observa-se demais tóxicos que podem acometer os mesmos resultados, contudo de uso gerais, no qual o Estado se limita a regular somente a produção e a comercialização, quedando-se de intervir no consumo, cabendo a este, a discricionariedade do indivíduo. Há, ainda, estimulantes semelhantes que perecem de receituário médico, mas de livre comercialização. São, em suma, os analgésicos (relacionados a milhares de mortes

anuais), ansiolíticos, antidepressivos, bem como as usuais bebidas alcóolicas, as estimulantes (café, chá e energéticos) e o tabaco. Todas essas citadas drogas possuem efetivo potencial de dano, provocando não só a dependência, como também um grande índice de óbitos acidentais anuais.

Outrossim, cabe à supremacia estatal o tratamento normativo às drogas proscritas documentadas pela ONU. Quanto às psicoativas, consideradas excessivamente ilegais, empiricamente, verifica-se o maciço consumo, no qual a mera restrição não o impedirá, porém, somente afastará o cidadão da tutela estatal, expondo-o a consequências mais gravames que o próprio consumo.

E mais, não se trata de uma utilização completamente prescindível. Isto pois, por um simples exame das atribuições da *Cannabis* na história, conforme já asseverado, indubitável é a sua relevância perante a humanidade, mormente a sua atuação no combate à doenças e infecções, alívio da dor, redução da ansiedade, melhoria do desempenho e intervenção na sociabilidade do usuário. Logo, equivocadamente, *data venia*, se encontra a classificação desta droga pela Convenção de 1961.

O excessivo proibicionismo impede o exercício fundamental da disposição própria do corpo, sob zelo ao direito de liberdade de escolha. Ainda, se encontra como um obstáculo a maiores estudos acerca dos efeitos da *Cannabis*, bem como alcançar os inúmeros benefícios obtidos por suas substâncias. Todavia, não é consagrada ao indivíduo a autossuficiência abstrata, de modo que a interdição restritiva não se justifica perante casos individuais sob tutela médica e judicial, como são as regulamentações acerca de algumas substâncias proscritas. Sugere-se a extensão do consumo da maconha medicinal ao campo geral das drogas, alimentos e até determinadas práticas consideradas perigosas, de modo que regulamenta-se a produção, a comercialização e a exigência à prescrição por autoridade competente, contudo, não se pode intervir no consumo. Ainda conquanto ao potencial compulsório do entorpecente, visto que busca-se a ministração sob orientação médica, isto é, envolve uma utilização técnica e científica da substância, a abuso capaz de culminar na dependência é afastado.

Noutro giro, ao proibir a produção, o comércio e o consumo da *Cannabis*, em efeito contrário, potencializa-se um mercado clandestino produtor de problemas mais gravames. Visto que, cediço é o entendimento de que a mercancia de drogas, juntamente ao comércio de armas de fogo, lideram o mercado criminoso global. Ausente de qualquer regulamentação a respeito, desencadeiam em exploração do

trabalho, inclusive infantil; poluição ecológica; bem como corrupção de agentes públicos e, o efeito mais preocupante, a decorrente violência na disputa pelo domínio da comercialização. Importante, nesta oportunidade, destacar que diversamente à corrente proibitiva, os dados empíricos não são relacionados ao consumo de drogas, mesmo ante a dinâmica acima descrita. Em países da Europa Ocidental, cuja utilização da maconha também é ilegal, porém o consumo ocorrem em maior escala, os níveis de violência são extremamente inferiores. Isto é, a violência vigente do comércio de drogas responde aos contextos em que este ocorre, não se tratando de uma característica geral da mercancia.

6. CONCLUSÃO

No ponto de vista sociológico, é inquestionável o fortalecimento dos movimentos sociais em prol da descriminalização da maconha no Brasil. Esses movimentos, amparados pelos avanços de pesquisas que comprovam os efeitos medicinais da maconha, ganham força justamente por trazer em debate uma questão muito importante sobre o tema: a existência de um estigma entre os usuários da erva e o preconceito de camadas mais conservadoras da população. Esses dois pontos precisam ser abordados por serem os principais pilares da sustentação da criminalização da maconha no Brasil. A guerra à maconha conduzida pelo Estado brasileiro é responsável pelo desperdício de consideráveis recursos financeiros em armamento, prisões e disputas que não refletem na redução da criminalidade e tampouco possuem significados favoráveis. Isso ocorre justamente porque a maconha não é uma droga com efeitos tão nocivos à saúde quanto diversas outras, mesmo legalizadas pelo Estado.

Do ponto de vista do Direito, os movimentos sociais em prol da descriminalização da maconha têm reconhecida a sua legitimidade em torno dos direitos assegurados pela Constituição Federal de liberdade de expressão e liberdade de associação (CR/88, art. 5º XVI). Além disso, é mister ressaltar princípios penais como o da lesividade, subsidiariedade e intervenção mínima, que muitas vezes parecem ser minimizados quando tratamos da maconha medicinal no Brasil, em face de um preconceito existente na sociedade. Ocorre também, que a negação do Estado brasileiro em reconhecer e estudar os efeitos medicinais da *Cannabis sativa* é uma

medida que dificulta e afasta muitos cidadãos do acesso à uma saúde de qualidade, de modo que atenta contra a proteção do Estado ao direito à saúde.

Assim, conclui-se que do ponto de vista jurídico, há embasamento jurisprudencial e principiológica para a legalização da maconha em seu uso medicinal. Desse modo, a insistência de sua criminalização pelo Estado não está sustentada no ponto de vista jurídico, mas social.

REFERÊNCIAS:

ANGELELLI, Gustavo. **Movimentos sociais e o Direito**. São Paulo 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbedu/v16n47/v16n47a05.pdf>>. Acesso em: 13 de jan de 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Pena: parte geral, volume 1**. – 8. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. Senado, 1988.

CARDOSO, Evorah Lusci; FANTI, Fabiola. **Movimentos sociais e o direito: o Poder Judiciário em disputa**. Disponível em: <http://www.academia.edu/14692457/Movimentos_sociais_e_direito_o_Poder_Judici%C3%A1rio_em_disputa>. Acesso em: 20 de dezem de 2017.

CARLINI, Elisaldo Araújo. *Cannabis Sativa* L.e substâncias canabinóides em medicina. Capítulo: **A história da maconha no Brasil**. São Paulo: CEBRID, 2005.

GOHN, Maria da Glória. **Movimentos sociais na contemporaneidade. Universidade Estadual de Campinas Universidade Nove de Julho**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbedu/v16n47/v16n47a05.pdf>>. Acesso em: 20 de jan de 2018.

GONTIÈS, Bernardo e ARAÚJO, Ludgleydson Fernandes de. **Maconha: uma perspectiva histórica, farmacológica e antropológica**. Mnome: Revista de Humanidades. Publicação do Departamento de História e Geografia da Universidade Federal do Rio Grande do Norte Centro de Ensino Superior do Seridó – Campus de Caicó. V.4 - N.7 - fev./mar. de 2003– Semestral.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

MALFATTI, Selvino Antonio. **Os Movimentos Sociais em Alain Touraine**. Instituto de Filosofia Luso-Brasileira – Lisboa – Portugal. Disponível em: <https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art13_rev6.pdf>. Acesso em: 17 de dezem de 2017.

MARTINI, Alexandre Jaenisch; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **A TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO DE JÜRGEN HABERMAS: considerações acerca**

das suas insuficiências à luz do substancialismo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação strictu sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica-ISSN1980-7791> Acesso em: 13 de dez 2017.

OLIVEIRA, Monique Batista, 1985- **O medicamento proibido : como um derivado da maconha foi regulamentado no Brasil** / Monique Batista de Oliveira. – Campinas, SP : [s.n.], 2016.

PINTO, José Marcelino de Rezende. **A teoria da ação comunicativa de Jurgen Habermas: Conceitos básicos e possibilidades de aplicação à administração escolar.** Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/paideia/n8-9/07.pdf>> Acesso em: 27 de março de 2018.

PORTAL BRASIL, Governo do Brasil. **Anvisa define regras para venda de medicamento à base de canabidiol.** Publicação em 23 de novembro de 2016. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/saude/2016/11/anvisa-define-regras-para-venda-de-medicamentos-a-base-de-canabidiol/@@nitf_galleria>.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia da repressão.** Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **O direito à diferença.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

REFUGIADOS NO BRASIL: UMA DISSERTAÇÃO ACERCA DA ATUAÇÃO ASSINCRONICA NA DEFESA DE SEUS DIREITOS

Ana Carolina Baracho⁸¹

1. INTRODUÇÃO

A migração, movimento de entrada (imigração) e saída (emigração) de um grupo de indivíduos em um espaço geográfico, teve início em 1530 no Brasil com a chegada e estabilização de alguns colonos com o objetivo de explorar e ocupar as terras recém descobertas. Ao decurso desse processo de colonização houve uma enorme mistura de raças, no que formariam o povo brasileiro.

Porém, foi no século XIX que a imigração no Brasil começou a se intensificar. Com a Lei Eusébio de Queiroz⁸² em 1850, que proibiu o tráfico de escravos, o governo resolveu facilitar a vinda de imigrantes, sob o argumento de que precisavam de mão de obra com o fim da escravidão. Essa época foi marcada pela chegada de muitos imigrantes Europeus, como os suíços, os alemães, os eslavos, e os italianos. Vale ressaltar que nessa época o Brasil era visto na Europa e na Ásia como um país de muitas oportunidades, já que estava em plena expansão as atividades urbanas e industriais e havia facilidade para aquisição de terras, além disso, com a política de abolição da escravidão muitos fazendeiros não concordaram em empregar e pagar salários aos seus antigos escravos, preferindo a mão de obra europeia.

Em 1890 o presidente Deodoro da Fonseca assinou o decreto nº 528⁸³ que regularizava a questão da migração no território Brasileiro. Esse decreto exprimia que

⁸¹ Graduanda em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas)

⁸² Brasil. Lei n. 581, de 4 de Setembro de 1850 (Lei Eusébio de Queiroz). Estabelece medidas para a repressão do trafico de africanos neste Império. Publicada na Secretaria d'Estado dos Negócios da Justiça em 5 de Setembro de 1850.

⁸³ Brasil. Decreto n. 528 de 28 de Junho de 1890.

a entrada era livre para trabalhadores, com exceção de africanos e asiáticos que necessitariam de autorização do Congresso Nacional.

Seguindo a lógica de uma política de migração marcada pelo racismo e restrições, na Assembleia Nacional Constituinte do ano de 1933 houve forte defesa, principalmente pelos deputados Miguel Couto, Artur Neiva e Antônio Xavier de Oliveira, sobre a ideia do branqueamento da população brasileira e temor sobre a ideia de que as colônias isoladas pudessem se desenvolver paralelamente.

Nesse sentido, a Constituição do ano de 1937 dispôs em seu artigo nº 151⁸⁴ que a entrada e a fixação de imigrantes estavam sujeitas às exigências e condições estipuladas em lei, bem como a uma cota de 2% como limite anual, sobre o total dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os últimos cinquenta anos. Já em sede de legislação infraconstitucional foi editado o Decreto-lei nº 406/38⁸⁵, que possuía um capítulo específico denominado “Concentração e Assimilação”, em que se estabeleceu que nenhum núcleo colonial seria composto por estrangeiros de uma só nacionalidade, fixando uma porcentagem específica de brasileiros e estrangeiros que deveriam ter.

Porém, apesar da constituição de 1937 ter sido uma Constituição intolerante, as que a sucederam não tiveram maiores restrições contra os imigrantes visto que, com a ocorrência de diversas crises econômicas que assolaram nosso país, o Brasil foi deixando de ser um país atraente e teve uma diminuição brusca no fluxo migratório, necessitando então de leis mais brandas para contornar a situação.

Logo, em razão da ausência de regulamentação específicas sobre questões migratórias, inúmeras leis passaram a ser editadas com esse fim, as quais serão estudadas a seguir.

⁸⁴ Art 151 - A entrada, distribuição e fixação de imigrantes no território nacional estará sujeita às exigências e condições que a lei determinar, não podendo, porém, a corrente imigratória de cada país exceder, anualmente, o limite de dois por cento sobre o número total dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os últimos cinquenta anos.

⁸⁵ Brasil. Decreto n. 406 de 4 de Maio de 1938

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. LEI Nº 6.815 DE 1980 – ESTATUTO DO ESTRANGEIRO

O Estatuto do Estrangeiro foi elaborado ainda na época da Ditadura Militar e sofreu várias críticas por ser visto como uma afronta aos Direitos Humanos e colocar o migrante numa posição de ameaça nacional.

Um dos pontos críticos deste Estatuto era de que a competência, principalmente, para autorizar, regularizar e deportar o estrangeiro ficava por conta da Polícia Federal. Ao estrangeiro também era cerceado alguns direitos básicos, especialmente os de cunho político, como participar de manifestações políticas e sindicatos, fazer transmissão radiofônica, ser proprietário de empresa jornalística de qualquer espécie, de televisão ou radiodifusão, e até mesmo ser dono de aeronave.

Assim, fica claro que o imigrante, quando da vigência dessa lei, enfrentava um problema em relação a manifestar suas ideologias, convicções e auto-organização, visto a época e o contexto político em que foi criado esse regulamento.

Noutro giro, necessário salientar que também havia lacunas no presente instrumento normativo, como exemplo disso foi o ocorrido na migração haitiana no país em 2010. Os haitianos, vítimas do desastre natural após um terremoto que atingiu o país em fevereiro daquele ano, vieram para as terras brasileiras em busca de melhores condições de vida, mas a nossa legislação, em razão da ausência de visto específico para esses casos, não estava preparada para atendê-los, motivo pelo qual foi feita a época concessão de visto humanitário.

Por fim, em maio do ano de 2017, a Lei nº 6.815/80 foi revogada para entrar em vigor a Lei 13.445/17, conhecida como Nova Lei de Migração.

2.2. LEI DE MIGRAÇÃO

Em 24 de Maio do ano de 2017 foi sancionada a Lei nº 13.445/17, denominada “Nova Lei de Migração”.

A presente lei, ao ser sancionada pelo Presidente Michel Temer, sofreu 18 vetos, sendo um dos vetos mais importantes o relativo à anistia de imigrantes que entraram no Brasil até julho de 2016 e que fizeram o pedido até um ano após o início de vigência da lei, seja qual for a situação migratória anterior. Esse pedido de anistia havia sido

feito pela Associação Nacional dos Estrangeiros e aprovado pelo Senado. Outro veto importante foi relativo ao artigo que possibilitava ao imigrante exercer cargo, emprego ou função pública no país, ao fundamento de que tal possibilidade seria uma afronta à Constituição e ao interesse Nacional.

De acordo com a nova legislação, o imigrante está mais equiparado ao cidadão brasileiro, vez que o enfoque deixa de ser a segurança nacional e passa a ser o tratamento humanizado e o combate a xenofobia. Nossa lei, apesar de alguns pontos críticos, está em consonância com as exigências internacionais. Há de se destacar que na atualidade a Defensoria Pública terá atuação obrigatória em caso de detenção de imigrantes na fronteira, impossibilitando a deportação imediata pela Polícia Federal e atendendo aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, garantido o acesso à justiça gratuita.

Com a Lei de Migração, está proibido também a expulsão, repatriação e deportação em caráter coletivo. Quanto maior a gravidade da situação irregular mais garantia a lei prevê. No dispositivo aprovado, os impedimentos para ingresso no território nacional podem se dar por atos contrários aos princípios e objetivos da constituição, dentre outras hipóteses, e deve acontecer por meio de entrevista individual com o imigrante e ser devidamente fundamentado.

A lei regulamentou o visto humanitário e ampliação de visto temporário e reunião familiar. Ao contrário do que dispunha o Estatuto do Estrangeiro, a lei em vigor permite manifestações políticas pelos imigrantes.

Por todo o exposto, a nova lei que regulariza a migração no país oferece mais garantias para o imigrante e possibilita maior atuação do Judiciário para lidar com estrangeiros em situações irregulares. Destarte, o desafio para a inserção do imigrante na sociedade, permitindo sua atuação no mercado de trabalho, garantindo a sua atuação política e demais direitos fundamentais, não será tarefa apenas do Judiciário, que por vezes se vê sem estrutura para atender as demandas, mas também de toda a sociedade.

2.3. DIREITOS HUMANOS E OS IMIGRANTES

“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.” (Art. 1, Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948)

Em 1948, após o mundo assistir uma das maiores barbáries já proporcionadas pela espécie humana na Segunda Guerra Mundial, foi realizada uma Assembleia Geral na Organização das Nações Unidas (ONU) em que foi proclamada a “Declaração Universal dos Direitos Humanos”. Esta declaração expressa que todo ser humano tem direito a liberdade, a vida e a segurança; que todos nascem livres e iguais em dignidade e direitos; que todos são iguais perante a lei sem distinção; e mais inúmeros outros Direitos.

Sendo a “Declaração Universal dos Direitos Humanos” um documento que serve de base para nortear as diretrizes do tratamento dado ao ser humano, vemos que os refugiados ainda são um desafio ao direito internacional, uma vez que pela simples razão da qualidade de refugiados, estes vêm tendo seus direitos diuturnamente violados, em que pese o disposto no art. 2º da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.

Em antítese ao que prega a Declaração constituída em 1948, que expressamente diz que qualquer ser humano pode invocar os seus direitos e liberdade sem distinção, muitos países vêm fechando as suas fronteiras elevando a onda de xenofobia, que está cada vez mais crescente.

Ocorre que, como dito no tópico anterior, ao contrário do que está ocorrendo nos outros países, principalmente na Europa e nos Estados Unidos, o Brasil sancionou uma lei que abre as portas aos imigrantes e refugiados.

Em 2015, o projeto “Pensando o Direito”⁸⁶ do Ministério da Justiça com apoio do IPEA realizou uma pesquisa com imigrantes, publicando dados relevantes sobre as dificuldades que os estrangeiros encontram ao chegar no país.

Primeiramente, ao serem questionados sobre o conhecimento de iniciativas para aprimorar o atendimento à população migrante, 72% dos entrevistados desconheciam, cabe ressaltar que 18% destes afirmaram já ter sofrido alguma violação

⁸⁶ IPEA. Migrantes, apátridas e refugiados: subsídios para o aperfeiçoamento de acesso a serviços, direitos e políticas públicas no Brasil. Série pensando o direito, nº 58, 2015.

aos direitos humanos no Brasil. Ao serem questionados sobre os maiores obstáculos para acesso a direitos, os dois mais citados foram a informação (13,87%) e a documentação (10,98%). Essa pesquisa também serviu para quebrar o mito de que no Brasil não há racismo ou xenofobia, vez que 74% dos imigrantes ouvidos pelo pesquisador afirmaram que já se sentiram discriminados no acesso aos serviços públicos pelo motivo de serem estrangeiros.

Além do reconhecimento de que no Brasil há discriminação, essa pesquisa aponta diversas falhas nas políticas públicas voltadas para os imigrantes. Entre as falhas estruturais, é bastante citado a questão da inexistência ou inadequação das moradias e questões relacionadas a trabalho, como a discriminação, exploração e trabalho escravo.

Há ainda a barreira do idioma e a falta de recursos humanos, que prejudica a qualidade do atendimento aos imigrantes, e a falta de capacitação, que prejudica um mapeamento dos imigrantes e suas peculiaridades, vez que isso melhoraria o atendimento a estes. Em frente a estes problemas, é necessário que o Brasil estabeleça políticas públicas específicas para os imigrantes, quando suas peculiaridades exigirem, e que também faça funcionar as políticas públicas já existentes.

Por fim, em relação aos compromissos do Brasil com os direitos humanos, verifica-se que nosso país ainda está em falta com a implementação de alguns destes, com por exemplo o fato de ainda não ter assinado a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias, que encontra-se sem tramitação no Congresso Nacional há seis anos.

2.4. ESTATUTO DOS REFUGIADOS

A Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, conhecida com Estatuto dos Refugiados, criou o Comitê Nacional para Refugiados (CONARE) bem como constituiu critérios e procedimentos para reconhecer a situação de refúgio. Sob o prisma do direito comparado, sobressai a regulação brasileira sobre o instituto do refúgio, eis que a edição de legislação específica sobre a temática não é comum, sendo geralmente abarcada por legislação geral sobre migração⁸⁷.

⁸⁷ JUBILUT, Liliana Lyra. O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro. . 190/191 p. São Paulo: Método, 2007.

No Estatuto dos Refugiados está disposta uma gama de previsões acerca da situação dos refugiados, motivo pelo qual a presente dissertação limitar-se-á à citar os principais pontos da mencionada lei, aprofundando-se em alguns que possuem maior relevância para o recorte teórico escolhido para a presente abordagem.

Inicialmente, necessário salientar que no ano de 1951 houve a realização da Convenção de Genebra com o objetivo de criar uma Convenção Regulatória do status legal dos refugiados. O resultado foi a elaboração da Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto do Refugiado, que em seu art. 1º buscou definir o que seria o refugiado, nos seguintes termos:

Que, em consequência dos acontecimentos ocorrido antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, 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. (Convenção relativa ao estatuto dos refugiados, 1951)

A *Convenção de 51* foi reproduzida em vários momentos na Lei 9.474/97⁸⁸, como nos critérios do reconhecimento da condição de refugiados (art. 1º, I e II), na abrangência desse reconhecimento à família do refugiado e nas hipóteses perda e cessação da referida condição. Há, todavia, inovações como a consideração de graves violações de direitos humanos (art. 1º, III) como situação para concessão de refúgio e também o não consentimento de refúgio aos que cometeram tráfico de drogas, conforme o art. 3º da referida Lei⁸⁹.

A entrada irregular no Brasil não impede que se faça o pedido de refugio (art. 8º), o qual poderá ser feito a qualquer tempo (art.7º, *caput*), de forma gratuita e com tramitação urgente (art. 47), suspendendo eventual processo de extradição pendente (art. 33), conforme o Estatuto dos Refugiados. Ademais, a Lei 13.445/2017⁹⁰ em seu artigo 82, inciso IX, determina a impossibilidade de extradição quando o afetado for beneficiário de refugio nos termos do supracitado Estatuto. Excepciona-se a impossibilidade de extradição de refugiados nas situações de risco à segurança nacional ou ameaça a ordem pública, casos em que a extradição não se dará para Estado que não ofereça proteção ao extraditado (art. 37 da Lei 9.474/97).

⁸⁸ Brasil. Lei n. 9.474 de 22 de julho de 1997 (Lei Nacional sobre Refugiados).

⁸⁹ JUBILUT, Liliana Lyra. O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro. 190/191 p. São Paulo: Método, 2007.

⁹⁰ Brasil. Lei n. 13.445 de 24 de maio de 2017 (Lei de Migração).

Dessa forma, o Estatuto dos Refugiados inovou ao instituir o CONARE, conforme ensina Jubilut⁹¹, o qual possui estrutura cooperativa entre a sociedade civil, o governo brasileiro e a ONU, competindo a ele tratar assuntos tangentes ao refúgio. Entretanto, a atuação cooperativa por vezes acontece de forma assíncrona, prejudicando a implementação dos direitos dos refugiados e solicitantes de refúgio e eventualmente sobrecarregando um ou outro agente. A fim de demonstrar essa assincronia, a presente dissertação tem como finalidade fazer uma crítica sobre a atuação do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), do governo brasileiro e, principalmente, da sociedade civil.

2.5. ATUAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL

A sociedade civil, com destaque para a Cáritas Arquidiocesana, na maioria das vezes acaba sendo o primeiro órgão no qual os refugiados recorrem quando chegam ao Brasil. A Cáritas é uma entidade que trabalha na defesa de direitos humanos e acaba exercendo um papel de acolhida aos refugiados, já que grande parte destes, por desconhecimento ou medo de procurar a Polícia, visto que muitos fogem de países em guerra, recorrem inicialmente a entidades solidárias. A instituição é ligada a Igreja Católica e tem instalações em São Paulo e no Rio de Janeiro.

Ao fazer o papel de acolhida dos refugiados, a Cáritas exerce papel de mandatária da ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados), que é o órgão responsável pelo exilado em esfera internacional, em território nacional. Isto decorre da necessidade de que todas as instituições que acolhem refugiados adotem uma linha de conduta ao menos semelhante internacionalmente.

A Cáritas tem seu trabalho fiscalizado e supervisionado pela ACNUR e, portanto, deve seguir as determinações desta. Em contrapartida, a ACNUR repassa uma verba anual para a Cáritas, custeando suas despesas, em razão da existência de um convênio celebrado entre estes órgãos.

A Cáritas conta também com o apoio de outras instituições, estabelecendo várias parcerias afim de garantir a proteção, assistência e integração de pessoas em situação de refúgio, sendo uma delas a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

⁹¹ JUBILUT, Liliana Lyra. O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro.

195 p. São Paulo: Método, 2007

A OAB indica profissionais habilitados para atuarem na organização como se fossem advogados deste órgão. Os advogados, no exercício de sua profissão, entrevistam o solicitante do pedido de refúgio para apurar se é cabível a solicitação e elaboram parecer jurídico contendo as informações necessárias para a instrução do processo de refúgio.

Por fim, com o objetivo de integrar o refugiado na sociedade, a Cáritas oferece aulas de português e inserção no mercado de trabalho por meio do CEAT (Centro Arquidiocesano do Trabalhador), afim de garantir sua subsistência e combater a ociosidade.

2.6. ATUAÇÃO DO GOVERNO BRASILEIRO

António Gueterres, nono Secretário Geral das Organizações das Nações Unidas, em visita ao Brasil, afirmou “O Brasil é um país de asilo e exemplo de comportamento generoso e solidário” (2015) ⁹².

Ao promulgar o Estatuto dos Refugiados (1967)⁹³, o governo brasileiro demonstrou claro interesse de ser inserido na ordem internacional no que se refere à proteção da pessoa humana. Além disso, o Brasil é um dos países signatários da convenção de 1951, um dos principais documentos a tratar sobre refugiados, e um dos primeiros países a integrar o Comitê Executivo do ACNUR.

Estima-se que haja, atualmente, mais de 8 mil refugiados em território brasileiro, segundo dados da Conare⁹⁴.

A atuação do governo brasileiro referente a políticas de refúgio pode ser dividida em dois tópicos, a seguir.

⁹² Gueterres, António. Disponível em: < <http://www.acnur.org/portugues/informacao-geral/o-acnur-no-brasil/?L=irzvszzgfb> > Acesso em: 05 de nov. 2017

⁹³ BRASIL. Lei nº 9.474 de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm> Acesso em: 01 nov. 2017

⁹⁴ ACNUR: Brasil abriga mais de 8 mil refugiados e 28 mil solicitantes de asilo, destaca governo. Nações Unidas no Brasil. 11 de maio de 2016. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acnur-brasil-abriga-mais-de-8-mil-refugiados-e-28-mil-solicitantes-de-asilo-destaca-governo/>> Acesso em: 01 nov 2017

2.6.1. DA ATUAÇÃO DA POLÍCIA FEDERAL

A luz da Constituição da República/88⁹⁵, a Polícia Federal é o órgão responsável pela polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras e, pois, também pela primeira fase do procedimento de solicitação de refúgio, eis que dispõe o art. 7º do Estatuto dos Refugiados que o imigrante, ao chegar ao território brasileiro, deve se dirigir a autoridade migratória que se encontre na fronteira⁹⁶.

Neste sentido, a primeira fase do procedimento de refúgio se dá após o estrangeiro se apresentar à autoridade competente e exprimir seu interesse em solicitar o refúgio, quando a autoridade notifica o estrangeiro a prestar declarações e comunica a ACNUR sobre o pedido de refúgio.

Assim, compete a Polícia Federal produzir o Termo de Declaração com os dados pessoais, circunstâncias sobre a entrada no Brasil e a saída do país originário relativas ao solicitante de refúgio. Tal termo dá o início formal ao procedimento de refúgio e serve de documento até que se disponibilize o Protocolo Provisório.

Ocorre que, na prática, como explanado no tópico anterior, o primeiro contato pelo estrangeiro ao adentrar às fronteiras brasileiras acaba se realizando nas instituições da sociedade civil, a qual encaminhará o referido solicitante à Polícia Federal.⁹⁷

2.6.2. DA ATUAÇÃO DO COMITÊ NACIONAL PARA OS REFUGIADOS (CONARE)

O artigo 11 da Lei 9.474/97⁹⁸ estabelece a criação do CONARE, “órgão de deliberação coletiva, no âmbito do Ministério da Justiça” Segundo Renato Zerbini R. Leão,⁹⁹ o CONARE possui estrutura chamada tripartite constituída por “instituições religiosas, que representam a sociedade civil brasileira (Cáritas e IMDH), organização internacional (ACNUR), e governo brasileiro (representado por seus órgãos burocráticos e presidindo o CONARE)”.

⁹⁵ BRASIL. Constituição Federal. 1988.

⁹⁶ Brasil. Lei n. 9.474 de 22 de julho de 1997 (Lei Nacional sobre Refugiados)

⁹⁷ JUBILUT, Liliana Lyra. O Procedimento de Concessão de Refúgio no Brasil. ed Ministério da Justiça.

⁹⁸ Brasil. Lei n. 9.474 de 22 de julho de 1997 (Lei Nacional sobre Refugiados).

⁹⁹ LEÃO, Renato Zerbini R. apud Moreira, J. B. (2010). Redemocratização e direitos humanos: a política para refugiados no Brasil. Revista Brasileira de Política Internacional, 53(1), 120p.

O Estatuto dos Refugiados inovou ao instituir o CONARE, conforme ensina Jubilut¹⁰⁰, ao qual compete analisar o pedido, reconhecer, determinar a perda ou cessação da condição de refugiado, além de editar instruções normativas nos limites da Lei e orientar coordenar ações a fim de proteger, assistir e apoiar juridicamente os refugiados, conforme dispõe o art. 12 do Estatuto dos Refugiados¹⁰¹.

Compete ao CONARE expedir o Protocolo Provisório nos termos do artigo 21 da Lei 9.474/97, autorizando a permanência do solicitante de refúgio e seus familiares, desde que se encontrem em território nacional, até a decisão que definirá a concessão ou não do pedido de refúgio.

Após, os solicitantes de refúgio passam por entrevista perante instituições da sociedade civil, a Cáritas. Como o governo tem competência exclusiva na concessão de refúgio, o solicitante de refúgio fará outra entrevista com um representante do CONARE¹⁰², como pode se ver através da seguinte passagem:

Após essa segunda entrevista, o representante do CONARE relata a mesma a um grupo de estudos prévios, formado por representantes do CONARE, do ACNUR, e da sociedade civil. Estes dois últimos baseiam seu posicionamento no parecer elaborado pelos advogados que atuam no convênio Cáritas/ACNUR/OAB. Esse grupo elabora um parecer recomendando ou não a aceitação da solicitação de refúgio. O parecer é, então, encaminhado ao plenário do CONARE, quando será discutido e terá o seu mérito apreciado.¹⁰³ (JUBILUT, Liliana Lyra. O Procedimento de Concessão de Refúgio no Brasil. ed Ministério da Justiça.)

Se a decisão de conceder refúgio for positiva, o refugiado será registrado na Delegacia de Polícia Federal, onde assinara termo de responsabilidade, solicitará a Carteira de Identidade de Estrangeiro, receberá carteira de trabalho e documento de viagem. Caso queira solicitar permanência no país de acolhida, o refugiado deverá esperar um prazo de seis anos para tal.

Mas, se a decisão de conceder refúgio for negativa, o solicitante tem um prazo de até quinze dias para interpor recurso, a ser contado da notificação da decisão, e dirigido ao Ministério da Justiça

Por fim, tem lugar a última fase: a decisão final, proferida pelo Ministro da Justiça, que é irrecorrível. Se for mantida a decisão desfavorável ao refúgio, o solicitante ainda poderá permanecer no país, não devendo ser transferido ao

¹⁰⁰ JUBILUT, Liliana Lyra. O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro.

195 p. São Paulo: Método, 2007

¹⁰¹ Brasil. Lei n. 9.474 de 22 de julho de 1997 (Lei Nacional sobre Refugiados).

¹⁰² JUBILUT, Liliana Lyra. O Procedimento de Concessão de Refúgio no Brasil. ed Ministério da Justiça.

¹⁰³ JUBILUT, Liliana Lyra. O Procedimento de Concessão de Refúgio no Brasil. ed Ministério da Justiça. 9 p.

seu país de origem, no caso em que sua vida, liberdade e integridade física estejam em perigo. Se este não existir, o indivíduo deverá ser deportado ao seu país. (Moreira, Julia Bertino: O acolhimento dos refugiados no Brasil: políticas, frente de atuação e os atores envolvidos, 2007)

Dessa forma, o governo brasileiro tenta ter uma atuação justa e criteriosa, já que, mesmo com um instrumento administrativo, se faz necessário fundamentação e possibilita recurso, se esforçando para cumprir com uma missão humanitária.

2.7. DA ATUAÇÃO DA ONU (ACNUR)

O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados é um órgão da ONU que tem como missão proteger os refugiados e as populações deslocadas por motivos de guerra, conflitos e perseguição.

No território brasileiro, a ACNUR auxilia na criação de políticas assistencialistas para refugiados, assim, ajudando a integrá-los na sociedade.

No Brasil, a exemplo de alguma das políticas humanitárias prestadas pela ACNUR, temos as políticas de reassentamento, compreendidas como a transferência do refugiado para um terceiro país onde este será inserido. Quando o país destino do reassentamento é o Brasil, este envia missões ao primeiro país de refugio para avaliar se seria viável os refugiados serem reassentados em território nacional.

Por fim, necessário esclarecer que a realização e execução desses reassentamentos depende da disponibilidade de recursos financeiros deste órgão.

3. CONCLUSÃO

O Brasil tem sua identidade cultural formada através de séculos de migração e miscigenação de raças. Em relação á uma visão histórico-jurídica, vemos uma evolução das leis e uma melhor promoção da proteção dos direitos humanos.

Esse empenho na proteção de garantias humanitárias o fez seguir as recomendações do Comitê Executivo da ACNUR criando uma lei própria para regulamentar o procedimento de solicitação de refúgio, o Estatuto dos Refugiados, tendo esta sido elaborada por representantes do governo brasileiro e do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. Diante disso, Juan Carlos Murillo Gonzáles esclarece que:

O instituto da proteção internacional de refugiados possui natureza humanitária e não deve ser um simples instrumento da política exterior, da política migratória, nem da política criminal de um Estado. Seu alcance deve refletir um processo justo, eficiente, rigoroso e técnico de reconhecimento, ou não, da condição de refugiado. As disposições essenciais da Lei brasileira garantem esse procedimento e são compatíveis com o parâmetro internacional de proteção de refugiados e refugiadas, inaugurado pela Convenção de 1951 Relativa ao Estatuto dos Refugiados e ampliado pelo seu Protocolo de 1967 (GONZÁLEZ, p.56, 2010).

A Lei nº 9.474/97 é abrangente quando define o “refugiado”, portanto, viabiliza o amparo a um maior número de pessoas, e, apesar de ser um procedimento administrativo, trás consigo normas do devido processo legal, sendo necessária a fundamentação da decisão e possibilitando ao estrangeiro a interposição de recurso. Portanto, com uma norma própria para regulamentar sobre o refugio, o Brasil dá um salto no avanço na promoção dos direitos humanos. Apesar disso, o Estatuto do Refugiado é uma lei pouco propagada em nosso território, logo, o método de concessão de refúgio também o é, fato que pode prejudicar a efetividade da proteção dos refugiados no Brasil.

No tocante às instituições que realizam o acolhimento dos solicitantes de refugio no Brasil, devem ser citados, principalmente, três atores, o primeiro o governo brasileiro (representado, especialmente, pela CONARE e Polícia Federal), o segundo a ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para refugiados), e o terceiro a sociedade civil (por meio da Cáritas Arquidiocesana), sendo esse modelo conhecido como “estrutura tripartite”.

O governo brasileiro tem uma atuação voltada à proteção, já que realiza a tomada de decisões, como reconhecer ou não ao solicitante o status de refugiado, portanto, concedendo ou negando refugio (CONARE). A política de proteção do governo inclui também o auxílio médico em hospitais públicos e o acesso a moradia em albergues públicos, ou seja, serviços destinados à população aos quais os solicitantes e os refugiados também podem usufruir.

A ACNUR tem uma atuação voltada para a área assistencialista, repassando verbas anuais para a Cáritas, além de fiscalizar seu serviço e financiando programas brasileiros de reassentamento.

Já a Cáritas tem uma atuação geral, se fazendo presente em todo momento, desde a acolhida do solicitante de refugio até o momento em que, o já refugiado, se insere no mercado de trabalho e aprende o idioma local. Portanto, a Cáritas toma a frente, atuando na proteção, assistência e integração do refugiado.

Ocorre que, em que pese toda a produção legislativa bem como o aparato administrativo reservado pelo Estado brasileiro para amparar os estrangeiros que aqui adentram, tem-se, em verdade, certa assincronia quando da atuação dos órgãos em questão, quais sejam, o Governo Brasileiro (Polícia Federal e CONARE), Cáritas Arquidiocesana e ACNUR, uma vez que, em razão da não concentração de de todas essas funções em um mesmo órgão e sede administrativa, estas demandam dos estrangeiros maior dispêndio de tempo, de dinheiro, em que pese seus poucos recursos, além de maior desgaste emocional, quando da realização por estes de todos os atos exigidos pela administração pública.

Ou seja, em função de uma maior burocratização do instituto jurídico reservados aos refugiados, os estrangeiros vêm encontrando enorme dificuldade quando da regularização da sua situação em solo brasileiro, o que vem lhe causando enorme insegurança jurídica.

Em razão de todo exposto, em que pese a grande evolução do direito brasileiro na elaboração de normas protetivas dos refugiados, para melhor implementação do direito positivo necessário se torna sincronizar a atuação dos órgãos supracitados unificando-os, para que, dessa forma, seja racionalizada sua atuação.

REFERÊNCIAS

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro**. 240p. São Paulo: Método, 2007. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/O_Direito_Internacional_dos_Refugiados.pdf> Acesso em: 01/10/2017.

MOREIRA, Julia Bertino: **O acolhimento dos refugiados no Brasil**: políticas, frente de atuação e os atores envolvidos. Projeto de Pesquisa “Condições de vida da População Refugiada no Brasil”. UNICAMP, Campinas, 2007;

DA SILVA, F., DOS SANTOS, T. **Refúgio no Brasil**: Procedimento e Órgãos Responsáveis. Anais do EVINCI - UniBrasil, Local de publicação (editar no plugin de tradução o arquivo da citação ABNT), 2, nov. 2016. Disponível em: <<http://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/anaisvinci/article/view/1410/1106>>. Acesso em: 01 Oct. 2017.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Procedimento de Concessão de Refúgio no Brasil**. ed Ministério da Justiça. 18p. Disponível em:

<<http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team=%7BC728A416-5AA7-476D-B239-CC89FFB36301%7D>> outubro 2017.

BRASIL. **Lei nº 581 de 4 de setembro de 1850.** Estabelece medidas para a repressão do tráfico de africanos neste Império. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim581.htm> Acesso em: 18 out. 2017

BRASIL. **Lei nº 528 de 28 de junho de 1890.** Regularisa o serviço da introdução e localização de imigrantes na Republica dos Estados Unidos do Brazil. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-528-28-junho-1890-506935-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em: 18 out. 2018

BRASIL. **Decreto-Lei nº 406 de 4 de maio de 1938.** Dispõe sobre a entrada de estrangeiros no território nacional. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-406-4-maio-1938-348724-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em: 21 out. 2017

BRASIL. **Constituição de 10 de novembro de 1937.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm> Acesso em: 22 out. 2017

BRASIL. **Lei nº 9.474 de 22 de julho de 1997.** Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm> Acesso em: 01 nov. 2017

BRASIL. **Lei nº 13.445 de 24 de maio de 2017.** Institui a Lei de Migração. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm> Acesso em 02 nov. 2017

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 05 de outubro de 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 02 de nov. 2017

IPEA. **Migrantes, apátridas e refugiados:** subsídios para o aperfeiçoamento de acesso a serviços, direitos e políticas públicas no Brasil. Série pensando o direito, nº 58, 2015. Disponível em <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/12/PoD_57_Liliana_web3.pdf> Acesso em: 20 out 2017

ACNUR: Brasil abriga mais de 8 mil refugiados e 28 mil solicitantes de asilo, destaca governo. Nações Unidas no Brasil. 11 de maio de 2016. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acnur-brasil-abriga-mais-de-8-mil-refugiados-e-28-mil-solicitantes-de-asilo-destaca-governo/>> Acesso em: 01 nov 2017

POVOS INDÍGENAS: O DIREITO À CONSULTA PRÉVIA E ÀS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS

Ana Eliza Alves Silva¹⁰⁴

Gabriela Helena Tassara Calenzani¹⁰⁵

Mariana Gualberto da Silveira¹⁰⁶

1. INTRODUÇÃO

Como sabido, a história dos povos indígenas foi drasticamente mudada com a chegada dos portugueses no Brasil em 1500. As marcas deixadas pela “descoberta” do Brasil nos povos que aqui já estavam são reflexos da dominação, partindo-se da imposição através da força física, perpassando pela imposição cultural, de organização social e até mesmo religiosa.

Ao longo da história do nosso país, os indígenas continuaram subjugados em relação ao restante da sociedade e a cultura dos homens brancos continuou a ser imposta. Os adventos das revoluções, avanços tecnológicos, a urbanização e a globalização trouxeram enorme progresso para a humanidade, entretanto, acabou por quase dizimar os povos indígenas, não apenas em nosso país.

Os movimentos indígenas, a partir do fim do século XX, tornaram emergentes com passar do tempo, principalmente em nosso país, como nos ensina Thais Luzia Colaço¹⁰⁷. Assuntos como invasão de terras, violência e exploração, vieram como uma afronta aos direitos conquistados, que, inclusive, são constitucionalmente protegidos. Ao longo do tempo, essa exclusão social gerou uma negação da autodeterminação desses povos, com a ideia de que os mesmos não são capazes de serem autônomos em suas terras e ao próprio acesso à justiça. Surgiram movimentos sociais em busca do

¹⁰⁴ Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas).

¹⁰⁵ Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas).

¹⁰⁶ Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas).

¹⁰⁷ COLAÇO, Thais Luzia. Os “Novos” Direitos Indígenas. In: Os “novos” direitos no Brasil. Saraiva, São Paulo. 2012.

reconhecimento da identidade indígena historicamente oprimida e excluída, destacando a falta de legitimidade na política e no próprio judiciário para efetivar tal proteção.

A falta de legitimidade política e social dos povos indígenas tem origem, principalmente, na ideia de incapacidade dos mesmos de emancipar a sociedade de modo efetivo, seja de forma econômica ou social, pelo fato do capitalismo ser negado pelos mesmos, que buscam preservar suas origens étnicas e culturais.

2. OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Os direitos garantidos aos indígenas pelo ordenamento jurídico pátrio são historicamente recentes. Tem-se, por exemplo, que, na época da ditadura militar, o primeiro Ato Institucional impôs como bens da União as terras que eram habitadas pelos índios, sendo que a posse era dos povos indígenas de forma permanente, sendo de competência do referido ente político estabelecer como seria o usufruto das riquezas naturais.

O Estatuto do Índio, Lei 6.001/73, de forma expressa, em seu art. 1º, prevê que a referida lei cuida de regular da situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o fito de preservar a sua cultura, mas também para integrá-los de forma progressiva e harmoniosa, à comunhão nacional. Ou seja, até os dias de hoje existe o ímpeto de impor aos povos indígenas a cultura do restante da sociedade como se fosse este o progresso.

Somente com a Constituição Federal de 1988, a partir do seu art. 231, os povos e comunidades indígenas tiveram seus direitos ampliados e assegurados, não tendo somente os direitos dos demais brasileiros, visto que foram reconhecidos a sua cultura, seus costumes, línguas, crenças e organização social, bem como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Em suma, os direitos garantidos aos indígenas perpassam pelos direitos sociais, de auto organização e territoriais. O usufruto, antes regulado pela União, passou a ser exclusivo dos indígenas em relação às riquezas dos rios, lagos e solo existentes em suas terras.

Outro direito importante assegurado é a utilização das línguas indígenas maternas no processo de aprendizagem do ensino fundamental, conforme prevê o art.

210, §2º, da CF/88. Dessa forma, possibilita-se o gozo do conhecimento inerente à sua cultura em uma de suas formas mais remotas que é a linguagem.

Foi assegurada, ainda, a legitimidade dos índios e suas comunidades de ingressar em Juízo a fim de serem efetivados e protegidos os seus direitos e interesses, conforme dispõe o art. 232, da CF/88.

Finalmente, em razão do texto constitucional inspirado pela democracia, passou-se a, de certa forma, aceitar a cultura indígena, visualizando-se, nesse momento, o relativismo cultural inexistente até pouco antes. O multiculturalismo, inegável e em escala global, deve servir como ferramenta de percepção do outro, respeitando-o e assumindo sua posição nas inúmeras culturas contemporâneas.

Ao que se vê, a Constituição Federal acabou por assegurar, ainda que tardiamente, o direito à diferença dos povos indígenas, deixando-se de exigir que seguissem a cultura da maioria da população brasileira.

3. MARCOS LEGAIS INTERNACIONAIS DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

No cenário internacional, os direitos indígenas foram tratados, em 1989, pela Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais, a qual foi promulgada pelo Brasil apenas em 2004, através do Decreto 5.051/04. Tal Convenção levou em consideração a situação dos povos indígenas e tribais em todas as regiões do mundo e reconheceu as aspirações desses povos em assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida, para manter e fortalecer suas identidades. Foi observado, ainda, que esses povos não podem gozar dos direitos humanos fundamentais que o restante da população em diversas partes do mundo.

Um importante destaque feito pela referida Convenção é a contribuição feita pelos povos indígenas e tribais à “*diversidade cultural, à harmonia social e ecológica da humanidade e à cooperação e compreensão internacionais.*”, conforme se extrai do supracitado Decreto.

Em 2007 foi aprovada a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas que reafirmou que os povos indígenas devem estar livres de toda forma de discriminação para o exercício de seus direitos e foi reconhecida a urgente necessidade de “*respeitar e promover os direitos intrínsecos dos povos indígenas*” em

diversos aspectos, incluindo o econômico, político, social, cultural, tradicional, espiritual, religioso, histórico e, em especial, os direitos à terras, territórios e recursos.

Merece atenção o incentivo dado pela referida Declaração aos Estados ao *“cumprimento e aplicação eficazes de todas as suas obrigações, no que se refere aos povos indígenas e que determinam os instrumentos internacionais, em particular os relativos aos Direitos Humanos na consulta e cooperação com os povos interessados.”*

Reconheceu-se internacionalmente que os povos indígenas têm direitos coletivos que são indispensáveis à sua existência e desenvolvimento e que as particularidades de cada povo deve ser levada em consideração.

Entretanto, tais normas internacionais, inseridas no nosso ordenamento jurídico, não vem sendo observadas pelo poder público, por diversas vezes, limitando a própria ação estatal, se tornando na verdade um agente violador de normas que já estão em vigor em nosso país, observando uma flexibilização e omissão de direitos já previstos.

4. O DIREITO À CONSULTA PRÉVIA DOS POVOS INDÍGENAS

A Convenção nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais da Organização Internacional do Trabalho, cujo cumprimento no Brasil foi determinado pelo Decreto Presidencial nº 5.051, de 19 de abril de 2004, no seu artigo 6º garante o direito dos povos e comunidades a serem consultados em relação a qualquer medida que os afete direta ou indiretamente e que tal consulta deve ser realizada de forma a proporcionar a efetiva participação dos afetados. Ainda, no artigo 7º, fica determinado que são os próprios povos que devem decidir o que é ou não importante para eles:

Artigo 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:
 - a) **consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;**
 - b) estabelecer os meios através dos quais **os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;**

Artigo 7º

1. Os **povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades** no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses **povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.**

2. A melhoria das condições de vida e de trabalho e do nível de saúde e educação dos povos interessados, **com a sua participação e cooperação**, deverá ser prioritária nos planos de desenvolvimento econômico global das regiões onde eles moram. Os projetos especiais de desenvolvimento para essas regiões também deverão ser elaborados de forma a promoverem essa melhoria.

3. Os governos deverão zelar para que, sempre que for possível, sejam efetuados estudos **junto aos povos interessados** com o objetivo de se avaliar a incidência social, espiritual e cultural e sobre o meio ambiente que as atividades de desenvolvimento, previstas, possam ter sobre esses povos. Os resultados desses estudos deverão ser considerados como critérios fundamentais para a execução das atividades mencionadas.

4. Os governos deverão adotar medidas **em cooperação** com os povos interessados para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que eles habitam.

Outro dispositivo que trata sobre o direito à participação dos indígenas nas decisões que os afetam é a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas em seus artigos 18 e 19:

Artigo 18 - Os povos indígenas têm o direito de participar da tomada de decisões sobre questões que afetem seus direitos, por meio de representantes por eles eleitos de acordo com seus próprios procedimentos, assim como de manter e desenvolver suas próprias instituições de tomada de decisões.

Artigo 19 - Os Estados consultarão e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem.

O direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado tem base no reconhecimento dos direitos fundamentais de povos e comunidade tradicionais e na garantia da sua livre determinação. Dessa maneira, os indígenas têm o poder de decidir livremente sobre seu presente e futuro na qualidade de sujeitos coletivos de direito, determinando outro tipo de relação, mais simétrica e respeitosa, entre os estados e os referidos povos.

Assim, certa é a necessidade de consulta prévia nas discussões sobre aplicações de convenções, leis e decisões, quando relacionadas a algum direito conferido aos povos indígenas. Ao que se vê, um dos principais objetivos da Convenção é a consulta anterior, principalmente quanto às atividades de exploração de recursos naturais existentes nos territórios por eles habitados.

Nessas consultas, o Estado, além de intermediário, deve atuar como assegurado para que as consultas sejam formais e de boa fé, com representatividade dos povos indígenas, para alcançar o consentimento daquilo que lhes é proposto.

Observa-se que, não obstante a consulta prévia seja exigida, após ratificação da Convenção 169, os acordos geralmente não são realizados com o real respeito à verdade e à justiça na legitimação dos povos indígenas, tendo em vista que o próprio poder que define essa proteção, quem são efetivamente indígenas, sem ter qualquer aprofundamento e conhecimento sobre a cultura ou etnia para ser capaz de realizar tal constatação. São decisões que, muitas vezes, são influenciadas por interesse econômicos, incentivando a oposição da população, visando somente uma emancipação econômica, deixando de lado os interesses de um povo excluído da política brasileira, fato este comprovado, inclusive, pela baixa aceitação social da convenção supracitada.

Válido ressaltar que, no ano de 2010, através da Central Única dos Trabalhadores, o Estado brasileiro foi denunciado à Organização Internacional do Trabalho por descumprir, sistematicamente, a obrigação de consultar. No ano de 2012, o Brasil constituiu um Grupo de Trabalho Interministerial para elaborar uma proposta de regulamentação do direito à consulta prévia, o que não trouxe grandes repercussões para os povos indígenas.¹⁰⁸

O direito à consulta é tão desrespeitado que as denúncias internacionais e a judicialização são crescentes. Tem-se, por exemplo, a Medida Cautelar nº 382/2010, outorgada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a favor dos membros das comunidades indígenas da bacia do Rio Xingu, no Pará, sendo solicitado ao Estado brasileiro que suspendesse o processo de licenciamento do projeto da Usina Hidrelétrica de Belo Monte e impedisse a realização de qualquer obra sem que antes realizasse a consulta prévia, livre, informada e de boa fé dos povos indígenas afetados.

5. O DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS ÀS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS

A Constituição Federal prevê, em seu art. 231, §1º, que são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios “as por eles habitadas em caráter permanente,

¹⁰⁸ GARZÓN, Biviany Rojas; OLIVEIRA, Rodrigo; YAMANDA, Érika M. Direito à consulta e consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais.

as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.”

O texto constitucional dispõe, ainda no artigo 231, que são reconhecidas as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são destinadas a sua posse permanente, sendo que o aproveitamento dos recursos hídricos dessas terras só pode ser feito com autorização do Congresso Nacional, após a consulta das comunidades afetadas. Os povos só podem ser removidos em casos específicos de catástrofe, epidemia ou interesse da soberania do país.

Segundo leciona José Afonso da Silva¹⁰⁹, o fato de indígenas possuírem as terras em que vivem não se confunde com a ocupação da posse de determinado território, mas sim um direito originário que detêm desde o nascimento, como uma fonte primária, que não pode ser adquirida de forma posterior, distinguindo-se, portanto, da conhecida posse civil. O que se observa é uma constante tentativa de enquadrar o direito dos indígenas às terras, no bojo da posse propriamente dita, visando uma discussão de interesses particulares dos interessados, sem priorizar a ideia de que a área indígena compreende uma cultura tradicional e histórica, pouco valorizada na prática, ignorando o fato de que, na realidade, eles são detentores de uma posse por imposição jurídica.

Uma das questões mais polêmicas quando se trata dos povos indígenas na atualidade é a demarcação das suas terras. O procedimento para a identificação, delimitação, demarcação física, homologação e registro das terras indígenas encontra-se previsto no Decreto 1.775/96.

Da leitura do referido Decreto, extrai-se que o processo se inicia com a identificação e delimitação, sendo constituído um grupo técnico de trabalho designado e composto, preferencialmente, por servidores da FUNAI – Fundação Nacional do Índio. O grupo indígena envolvido deve participar de todas as fases do procedimento.

Após o levantamento de informações e estudos em centros de documentação, órgãos fundiários dos entes federados, em cartórios de registros, é elaborado relatório circunstanciado de identificação e delimitação da área objeto. São levados em consideração estudos antropológicos e de natureza histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário. Em seguida, o relatório é publicado

¹⁰⁹ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo, RT, 5ª edição.

no Diário Oficial da União e no da unidade federada em que se localiza a área, com memorial descritivo e mapa da área.

Por ato do Ministro da Justiça, reconhece-se o direito originário sobre determinada área, competindo ao Presidente da República homologar, através de Decreto, a demarcação realizada. Por fim, procede-se ao registro.

Em que pese o direito às terras e a previsão do procedimento de demarcação, os conflitos em relação à demarcação das terras indígenas são expressivos. Isso porque a questão bate de frente com os interesses de grandes produtores agrícolas e pecuaristas. Ao longo do tempo, as terras foram ganhando novos donos, sendo difícil identificar e reconhecer as terras dos povos indígenas.

Um caso que merece atenção é o que vem gerando repercussão desde 2005, quando houve a demarcação da área conhecida como Terra Indígena Raposa Serra do Sol, localizada em Roraima. Trata-se de uma área que abriga 194 comunidades com uma população de cerca de 19 mil índios, composta pelos povos Wapichana Taurepang, Patamona, Macuxi e Ingaricó. A discussão acerca do caso é o marco temporal para definição de terras indígenas, bem como a declaração da FUNAI da posse permanente de terras e a pertinência ou não do entendimento de que as terras demarcadas não podem ser ampliadas.

No ano de **2007**, o STF determinou a desocupação da reserva indígena Raposa Serra do Sol por parte de povos não indígenas. A referida decisão foi suspensa pelo próprio Supremo em 2008, sendo determinado que não fossem mais retirados os povos não-índios da Raposa Serra do Sol. O STF acabou por reconhecer a legalidade da demarcação da terra indígena em sua totalidade e a nulidade dos títulos incidentes na área. Entretanto, o referido tribunal relativizou o direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais disponíveis no referido território, impondo uma série de salvaguardas.

Ainda no mesmo caso, surgiu o questionamento de que se tais salvaguardas possuem efeitos vinculantes *erga omnes* ou se seriam aplicáveis apenas ao caso em discussão. Em sede de embargos de declaração, o STF decidiu que as condições seriam aplicáveis apenas ao caso em apreço.¹¹⁰ Entretanto, a discussão continua pertinente posto que, em 2017, o presidente interino, Michel Temer, aprovou parecer da Advocacia-Geral da União, nº 001/2017/GAB/CGU/AGU, que determina que sejam

¹¹⁰ STF. Petição nº 3.388/RR. Relator: Min. Roberto Barroso.

seguidas as salvaguardas institucionais estabelecidas pelo STF no caso Raposa Serra do Sol.

Ou seja, a demarcação de terras ainda é um procedimento moroso, não sendo seguro afirmar que os direitos dos povos indígenas, ou de qualquer comunidade tradicional, estão sendo assegurados. Ao que se vê, o que vem acontecendo é a relativização de alguns direitos para assegurar outros.

6. CONCLUSÃO

Pode-se dizer que uma das razões da necessidade de se elaborar ações afirmativas é a existência da discriminação na sociedade brasileira, a discriminação pode ser entendida como, segundo nos ensina Álvaro Ricardo de Souza Cruz¹¹¹:

Toda e qualquer forma, meio, instrumento ou instituição de promoção da distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em critérios como a raça, com da pele, descendência, origem nacional ou étnica, gênero, opção sexual, idade, religião, deficiência física, mental ou patogênica que tenha o propósito ou efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer atividade no âmbito da autonomia pública ou privada (CRUZ, 2009, p. 15).

Para o professor Cruz a discriminação nem sempre é algo ruim, como no caso da chamada discriminação lícita. Essa discriminação ocorre quando “*estabelecer uma diferença, distinguir e separar é necessário e indispensável para a garantia do próprio princípio da isonomia (...)*”. (CRUZ, 2009, p. 15)

Nesse sentido, para o professor, as ações afirmativas seriam “*medidas públicas e privadas, coercitivas ou não, para a integração de todas as pessoas, independente de raça, religião, opção sexual, deficiências físicas ou mentais*” devendo ser analisadas como “*uma discriminação lícita e necessária à existência de ação comunicativa da sociedade*”. (CRUZ, 2009, p. 136).

As ações afirmativas são normalmente vistas como uma forma de defesa dos Direitos Humanos. Em uma perspectiva ocidental/moderna tais ações teriam surgido na chamada segunda fase dos direitos humanos. A chamada primeira fase dos direitos humanos foi marcada por uma aversão à diferença e uma tentativa de tratar todos de maneira “igual”. Tal aversão foi fruto de traumas deixados por acontecimentos históricos como o nazismo. Assim, o que prevaleceu nessa fase foi o tratamento formal,

¹¹¹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Direito à diferença. Belo Horizonte, Arraes. 2009.

geral e abstrato ao indivíduo. Em seguida, percebeu-se “a necessidade de conferir a determinados grupos uma proteção especial e particularizada, em face de sua própria vulnerabilidade.” (PIOVESAN, 2008, p. 888)¹¹²

Segundo Piovesan, a justiça tem um caráter bidimensional:

Redistribuição somada ao reconhecimento. O direito à redistribuição requer medidas de enfrentamento da injustiça econômica, da marginalização e da desigualdade econômica, por meio da transformação nas estruturas socioeconômicas e da adoção de uma política de redistribuição. De igual modo, o direito ao reconhecimento requer medidas de enfrentamento da injustiça cultural, dos preconceitos e dos padrões discriminatórios, por meio da transformação cultural e da adoção de uma política de reconhecimento (PIOVESAN, 2008, p. 889).

Ainda, segundo Piovesan, para enfrentar o problema da discriminação: “faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto como processo.” (PIOVESAN, 2005, p. 49).

Nesse sentido, as ações afirmativas seriam um poderoso instrumento de inclusão social e não devem ser entendidas apenas “pelo prisma retrospectivo - no sentido de aliviar a carga de um passado discriminatório -, mas também prospectivo - no sentido de fomentar a transformação social, criando uma nova realidade”. (PIOVESAN, 2008, p. 890).

Dessa maneira, as ações afirmativas são, pois, “discriminações lícitas que podem amparar/resgatar fatia considerável da sociedade que se vê tolhida no direito fundamental de participação na vida pública e privada.” (CRUZ, 2009, p. 141)

Além da clara necessidade de concretização de ações afirmativas em relação aos povos indígenas, certo é que a consulta e o consentimento prévio devem ser medidas a se tomar ao se formular tais ações afirmativas, vez que eles têm autonomia para decidirem sobre questões relativas ao seu próprio modo de vida. Assegurar tal direito é de extrema importância para que se evite a existência de um viés colonizador das mesmas.

Assim, a decisão sobre quais os tipos de ações afirmativas, quais seus critérios e formas de acesso deve ser tomada em conjunto com os povos tradicionais. Promover-se-ia, dessa forma o reconhecimento os povos indígenas como sujeitos de direitos e o respeito de suas subjetividades.

¹¹² PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. Rev. Estud. Fem., Florianópolis, 2008 .

É preciso, ainda, que o Estado promova a normatização de regras a fim de assegurar o direito à consulta em todas as obras e projetos antes mesmo que as decisões sejam tomadas, bem como não ignore tal direito. Deve haver, ainda, maior destaque para os casos de desrespeito a tal direito, devendo os infratores serem devidamente responsabilizados e os ofendidos indenizados.

Em relação ao direito às terras tradicionalmente ocupadas, verifica-se a necessidade de o Estado promover, de forma eficaz e mais rápida, as demarcações das áreas, sem que haja a relativização de outros direitos. Além de outros fatores, a morosidade dos procedimentos acaba por prejudicar o reconhecimento de um dos direitos mais fundamentais à existência dos povos indígenas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988.

BRASIL. **Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996**. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1775.htm. Acesso em 23 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Diário Oficial da União, Brasília, 21 dez. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm

CABRAL, Maria Walkíria de Faro Coelho G. e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza Cruz. **Ações afirmativas no Brasil: O trabalho do Ministério Público para torná-las possíveis**. 2014. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/1211>. Acesso em 19 mar. 2018.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Direito à diferença**. Belo Horizonte, Arraes. 2009.

COELHO, Elizabeteh Maria Beserra Coelho. **Ações afirmativas e povos indígenas: o princípio da diversidade em questão**. Disponível em <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/rppublica/article/viewFile/3802/1910>. Acesso em 27 mar. 2018.

COLAÇO, Thais Luzia. **Os “Novos” Direitos Indígenas**. In: Os “novos” direitos no Brasil. Saraiva, São Paulo. 2012.

Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. 13 de setembro de 2007. Disponível em

https://pib.socioambiental.org/files/file/PIB_institucional/DECLARACAO_DAS_NACOES_UNIDAS_SOBRE_OS_DIREITOS_DOS_POVOS_INDIGENAS.pdf.

GARZÓN, Biviany Rojas; OLIVEIRA, Rodrigo; YAMANDA, Érika M. **Direito à consulta e consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais.** Disponível em

http://www.dplf.org/sites/default/files/direito_a_consultaprevia_no_brasil_dplf-rca-3.pdf. Acesso em 19 jan. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas.** Rev. Estud. Fem., Florianópolis, 2008 .

PIOVESAN, Flavia. **Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos.** Cad. Pesqui., São Paulo , 2005 .

Parecer nº 001/2017/GAB/CGU/AGU. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-agu-raposa-serra-sol.pdf>.

ROMANO, Rogério Tadeu. **O marco temporal só beneficia os ruralistas.** *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5196, 22 set. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59816>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

SANTILLI, Juliana. **A proteção aos direitos intelectuais coletivos das comunidades indígenas brasileiras,** 1997. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo06.html>> Acesso em 10 de mar. 2018.
SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo, RT, 5ª edição.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da Silva. **A Constituição de 88 não é o marco caracterizador da posse indígena.** Paulo Thadeu Gomes da Silva. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/artigo-marcotemporal-ocupacaoindigena.pdf
Acesso em: 09 mar. 2018.

STF. **Petição nº 3.388/RR.** Relator: Min. Roberto Barroso.

OIT. **Convenção nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais,** 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em 19 fev. 2018.

MEDIDAS cautelares outorgadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/medidas/2011.port.htm>. Acesso em 02 mar. 2018.

ENCARCERAMENTO FEMININO:**UMA ANÁLISE DO AUMENTO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA DE MULHERES BRASILEIRAS COM A PROMULGAÇÃO DA LEI Nº 11.343/06**

Letícia Mariano Borges de Figueiredo ¹¹³

Thais Guedes Yasuda ¹¹⁴

1. INTRODUÇÃO

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN MULHERES/ JUNHO 2014¹¹⁵, publicado em 2015, 58% das mulheres encarceradas estão presas por crimes ligados ao tráfico de drogas. Ao analisarmos os dados referentes ao ano de 2005¹¹⁶, ano anterior à promulgação da Lei de Tóxicos de nº, 11.343/06, nota-se que o número de mulheres no sistema prisional era de 12.925 e em apenas um ano aumentou 34%, totalizando 17.216 em 2006. Se tal aumento da população carcerária já causa preocupação, hoje os números que refletem o encarceramento feminino são alarmantes. Enquanto a taxa total de aprisionamento de homens aumentou, aproximadamente, 190% entre 2005 e 2014, a taxa de aprisionamento de mulheres aumentou 300% no mesmo período¹¹⁷. Em 2014, eram 37.380 mulheres presas. Sendo assim, o presente artigo objetiva verificar as razões que culminaram nesse exponencial aumento.

Diante de um cenário significativamente preocupante, busca-se entender como o papel da mulher na sociedade e as transformações que esta sofreu ao longo dos anos foram determinantes para a atual situação carcerária. Para tanto, o estudo abordará a

¹¹³ Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Membro do Núcleo Acadêmico de Pesquisa: Cidadania e Inclusão Social.

¹¹⁴ Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Membro do Núcleo Acadêmico de Pesquisa: Cidadania e Inclusão Social.

¹¹⁵ LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS. Infopen Mulheres.[S.l]. INFOPEN, 2014.

¹¹⁶ LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS. Infopen Mulheres.[S.l]. INFOPEN, 2014.

¹¹⁷ LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS. Infopen Mulheres.[S.l]. INFOPEN, 2014.

força do movimento feminista, que luta por igualdade de direitos e visa romper com o estigma da mulher subordinada, inferior e oprimida. A incessante batalha por direitos iguais fez com que a mulher passasse a ocupar uma posição de visibilidade na sociedade, tanto no seio familiar, como no ambiente profissional. A mulher, antes submissa, dependente e incapaz, tem hoje seu papel redefinido, assumindo novas roupagens, dentre essas a de chefe de família. Com a nova estrutura, a mulher passou a exercer, além do papel de mãe, a função de provedora do sustento econômico do lar, o que justifica a sua necessidade por uma fonte de renda.

Todavia, empregos com uma boa remuneração requerem uma boa qualificação. Se antes as mulheres apenas cuidavam de sua casa e de seus filhos, resta evidente que a sociedade não tinha como preocupação a formação profissional destas. Além da barreira educacional, as mulheres buscam se inserir em um mercado de trabalho tradicionalmente machista, em que raras mulheres desempenham funções de poder e quase não há políticas públicas para minimizar essa desigualdade. Diante desse cenário, que faz a entrada para o mundo do crime um convite quase que irrecusável, resta evidente as dificuldades da mulher para obtenção de seu sustento. A difícil efetivação das garantias constitucionais previstas na Carta Magna de 1988 sustenta o fenômeno da “feminização da pobreza”. A pesquisa demonstrará as circunstâncias que levam as mulheres a serem mais pobres que os homens e como isto está ligado ao aumento exponencial da população de condenadas pelo tráfico de drogas.

Ao apresentarmos o contexto social que a mulher se encontra, bem como as razões determinantes para a criminalidade feminina, deixa claro a necessidade de abordamos o tratamento que o direito confere a elas. Para tanto, será realizado uma análise crítica da Lei nº 11.343/06, pontuando os artigos de maior importância, observando o tipo legal e a pena aplicada. Visa-se auferir se o legislador se mostrou omissos ao não considerar as circunstâncias que as infratoras se encontravam ao estipular a punibilidade dos delitos, bem como averiguar como os diversos membros de uma estrutura criminosas são penalizados.

Por fim, o artigo tem como escopo demonstrar o fracasso da política adotada que não conseguiu cumprir seu objetivo de repressão à venda de narcóticos e ainda superlotou o sistema prisional brasileiro e a necessidade da aplicação do Direito Penal Mínimo sob pena de violação do princípio constitucional da individualização da pena.

2. O PAPEL DA MULHER NA SOCIEDADE

O INFOPEN MULHERES ¹¹⁸, datado de junho de 2014, traçou o perfil das mulheres encarceradas no Brasil. Por meio da análise dos dados, foi possível traçar um perfil fidedigno das encarceradas, qual seja: jovem, solteira, negra e de baixa escolaridade. Os dados constataam que, em 2014, 27% das presas tinham entre 18 e 24 anos e 23% entre 25 e 29 anos; 57% eram solteiras; 68% eram negras; e, por fim, 86% não completaram o ensino médio. Para entendermos como esse perfil foi concebido, é necessário realizar uma retrospectiva da história da mulher na sociedade.

Ainda hoje, em pleno século XXI, mais precisamente ano de 2018, a mulher permanece em posição de inferioridade em relação aos homens. Tal posição é resquício de uma cultura enraizada que perpassa por todas as épocas históricas. Seja na Antiguidade greco-romana, com a objetificação da mulher como propriedade do homem; seja na Idade Média, com a ascensão dos dogmas da Igreja Católica e consequente proliferação da mistificação da mulher como bruxa. Destaca-se que no Absolutismo, a insignificância da mulher era tamanha que o Estado não mais se preocupava com a punição dos crimes que havia praticado¹¹⁹.

Destarte, percebe-se que o local da mulher na sociedade sempre foi secundário comparado aos homens. Tanto as mulheres brancas, criadas para serem esposas e mães, que exerciam a função predeterminada de dedicar-se ao lar, marido e a criação dos filhos¹²⁰, quanto as mulheres negras, que exerciam atividades laborais braçais como escravas nas lavouras ou nas ruas, ou ainda, como vendedoras, quituteiras, prostitutas, etc¹²¹, eram subjugadas. Apesar da notória distinção de realidades, a desigualdade de gêneros se mostrava presente em ambas.

É inegável que os direitos e garantias fundamentais inerentes a todo e qualquer cidadão sempre foram negados às mulheres da forma mais cruel possível e nos dias de hoje não é diferente. Não obstante a existência de legislações internacionais e nacionais que visam assegurar direitos iguais para ambos os sexos, essas são totalmente

¹¹⁸ LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS. Infopen Mulheres.[S.l.]. INFOPEN, 2014.

¹¹⁹ ENEGRECER o Feminismo: A Situação da Mulher Negra na América Latina a partir de uma perspectiva de gênero. [S.l.: s.n.], [Copyright © 2018].

¹²⁰ LOBATO, Aline, et al. Mulheres criminosas: analisando a relação entre a desestruturação familiar e criminalidade. p. 3

¹²¹ ENEGRECER o Feminismo: A Situação da Mulher Negra na América Latina a partir de uma perspectiva de gênero. [S.l.: s.n.], [Copyright © 2018].

esquecidas na maioria das situações. Cita-se a predominância de homens em cargos de chefia no mercado de trabalho, a diferenciação de salários, os abusos sexuais no ambiente profissional, entre outros.

Objetivando a prestação efetiva dos direitos tutelados apenas no papel, surgiram os movimentos feministas que, após diversas batalhas, romperam com o modelo predeterminado do que a mulher poderia e deveria fazer. Nesse sentido Rodrigues¹²², nos ensina que “se há um Brasil que caminha célere para as trevas, é ali mesmo onde há cinzas que, a cada vez, os movimentos feministas atuam, resistem e existem.”

2.1. A QUEBRA DO MODELO TRADICIONAL DA MULHER

No Brasil, as primeiras manifestações feministas iniciaram durante o Regime Militar, na década de 70. Segundo Pinto¹²³, o regime militar via com grande desconfiança qualquer manifestação de mulheres, por entendê-las como política e moralmente perigosas. Antes disso, as mulheres já haviam se insurgido contra a posição inferior que ocupavam perante os homens.

Na primeira onda do feminismo, na década de 1910¹²⁴, houve a luta das sufragistas em busca do direito civil de serem eleitas e elegíveis, bem como a luta do movimento das operárias de ideologia anarquista, que denunciavam a situação da mulher nas fábricas e oficinas¹²⁵.

Durante a ditadura militar, enquanto a Europa já se avançava na batalha pela igualdade de gênero e discutia, não só o espaço da mulher na vida pública, trabalho e educação, como a relação de poder existente entre homens e mulheres, o Brasil estava no começo de sua trajetória de manifestações feministas, se organizando contra a repressão do Governo Militar. Com o início do regime democrático, a luta feminista ampliou-se, abrangendo vários outros temas como violência, sexualidade, direito ao trabalho, igualdade no casamento, direito à terra, direito à saúde materno-infantil, racismo, opções sexuais, etc¹²⁶.

¹²² RODRIGUES, Carla. 2017, o ano das bruxas em ação. **Le Monde Diplomatique Brasil**, [S.l.], 23 jan. 2018. 126, p. 4-5.

¹²³ PINTO, Céli Regina Jardim. FEMINISMO, HISTÓRIA E PODER. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 18, n. 36, p. 15-23, jun. 2010.

¹²⁴ RODRIGUES, Carla. 2017, o ano das bruxas em ação. **Le Monde Diplomatique Brasil**, [S.l.], 23 jan. 2018. 126, p. 4-5.

¹²⁵ PINTO, Céli Regina Jardim. FEMINISMO, HISTÓRIA E PODER. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 18, n. 36, p. 15-23, jun. 2010.

¹²⁶ PINTO, Céli Regina Jardim. FEMINISMO, HISTÓRIA E PODER. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 18, n. 36, p. 15-23, jun. 2010.

Hoje, acredita-se que a luta feminista tem como base a retirada da mulher da posição de inferioridade no qual ela sempre foi colocada. A luta é única, e deve abranger todas e todos, independentemente da raça, cor, etnia, opção sexual, etc. Nesse aspecto, Pinto¹²⁷ assinala:

Ninguém melhor que o oprimido está habilitado a lutar contra a sua opressão. Somente nós mulheres organizadas autonomamente podemos estar na vanguarda dessa luta, levantando nossas reivindicações e problemas específicos. Nosso objetivo ao defender a organização independente das mulheres não é separar, dividir, diferenciar nossas lutas das lutas que conjuntamente homens e mulheres travam pela destruição de todas as relações de dominação da sociedade capitalista

Se hoje há a quebra diversos padrões que à nos eram impostos, isto se dá em virtude do movimento feminista. A busca por igualdade de direitos, pela ocupação dos espaços e pela liberdade não pode parar. Apesar de relevante avanço, os vestígios de uma sociedade formada por homens e seus ideais permanece, afetando e oprimindo nos mais diversos ambientes, as mais diversas mulheres, inclusive, a encarcerada.

3. A FEMINIZAÇÃO DA POBREZA

Conforme dito anteriormente, durante séculos a mulher brasileira teve seu papel bem definido na sociedade, marcado pela inegável inferioridade. Apesar de haver uma nítida mudança nos paradigmas sociais de gênero, a cultura tradicionalmente machista e conservadora do brasileiro ainda reflete em inúmeros campos.

Incontáveis são as lutas diárias que cada mulher brasileira precisa travar em busca de uma efetiva igualdade de gêneros. A árdua batalha por um ensino de qualidade, por oportunidades iguais no mercado de trabalho, por salários equiparados e pelo respeito da sociedade só afasta a realidade do que a Constituição Federal de 1988 preceitua em seu art. 5º.¹²⁸ Se todos fossem iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, sendo homens e mulheres iguais em direitos e obrigações, nada haveria que se falar sobre o fenômeno da “feminização da pobreza”.

Conforme o dicionário Aurélio¹²⁹, pobreza é a falta do necessário à vida; escassez, indigência, penúria, enquanto a feminização¹³⁰ é ação ou efeito de feminizar,

¹²⁷ PINTO, Céli Regina Jardim. FEMINISMO, HISTÓRIA E PODER. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 18, n. 36, p. 15-23, jun. 2010.

¹²⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. Senado**, 1988.

¹²⁹ **DICIONÁRIO Online de Português**. [S.l.: s.n.], [2009 - 2018 ©].

¹³⁰ **DICIONÁRIO Online de Português**. [S.l.: s.n.], [2009 - 2018 ©].

de atribuir um aspecto, gênero ou caráter feminino a algo ou alguém. Dessa forma, pode se conceituar o referido fenômeno como a prevalência dos níveis de pobreza do sexo feminino em detrimento do masculino em razão das condições desfavoráveis que as mulheres estão submetidas pela simples razão de serem mulheres. Esse estado de pobreza se torna mais discrepante quando se trata de mãe solteira e/ou da única responsável pelo sustento das famílias monoparentais.

De acordo com Rohde¹³¹:

Essas desigualdades interrelacionadas e acopladas a modelos instáveis do casamento, da fecundidade e do emprego, contribuíram para uma crescente feminização da pobreza. Apesar das imperfeições dos índices oficiais da pobreza, eles permitem avaliar um status relativo. Segundo eles, as mulheres de todas as idades têm duas vezes mais chances do que os homens de serem pobres e as mães solteiras, cinco vezes mais chances. Dois terços de todos os adultos indigentes são mulheres e dois terços daqueles que são permanentemente pobres vivem em lares onde a subsistência é garantida pela mulher. Quase noventa por cento das famílias de progenitores solteiros são mantidas por mulheres e metade dessas famílias vivem abaixo da linha de pobreza.

Segundo o Censo do IBGE¹³², em 2010, 8.088.625 famílias monoparentais brasileiras eram chefiadas por mulheres, enquanto apenas 1.165.312 eram monoparentais masculinas. Acredita-se ser o número atual seja muito maior. As mulheres passam então a ser a única fonte de renda de suas famílias, já que na maioria dos casos não contam com a corresponsabilidade dos pais de seus filhos.

Responsáveis pelo sustento familiar, as mulheres têm suas expectativas de labor frustradas ao se depararem com um mercado de trabalho seletivo e competitivo. Além de lidarem com o preconceito enraizado na sociedade, estas se deparam com uma série de requisitos que as impossibilitam de obter um emprego fixo e bem remunerado. A crise econômica mundial que se alastra pelos países, principalmente, subdesenvolvidos, como é o caso do Brasil, aumentou as taxas de desemprego de forma que as poucas vagas de trabalho ofertadas são preenchidas por aqueles melhores qualificados.

Considerando que 50% das infratoras brasileiras não possuem o ensino fundamental completo ¹³³ verifica-se que a qualificação profissional é uma sólida

¹³¹ HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia Volume II**: entre facticidade e validade. Ed. 2. [S.I]: Tempo Brasileiro, 2003. V.102

¹³² INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo demográfico 2010**. Rio de Janeiro: IBGE, 2010.

¹³³ LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS. Infopen Mulheres.[S.I]. INFOPEN, 2014.

barreira para a entrada no mercado de trabalho lícito e formal. Nessa seara, Macedo¹³⁴ assevera:

Portanto, a desigualdade de gênero não é fictícia, pois as mulheres chefes de família enfrentam dificuldades suplementares, ao teres de administrar a dupla participação nas esferas de produção e reprodução, em condições desfavoráveis quando comparadas aos homens que também são chefes de domicílio [...]

Demonstra-se se tratar de um círculo vicioso: as precárias condições financeiras, a maternidade precoce, entre outros fatores, obstam um alto grau de escolaridade e, uma educação de baixa qualidade e a necessidade de cuidar de filhos menores obstam a obtenção de um emprego bem remunerado. Além de impor uma série de restrições para a obtenção de uma fonte de renda considerável, a mão de obra desqualificada a impossibilita ainda de adquirir experiência em qualquer ramo, outro requisito muito solicitado pelos empregadores.

Diante da ausência de perspectivas, a mulher acaba sendo atraída pela criminalidade. O mundo do crime, por não requerer escolaridade, tão pouco experiências ou referencias, e não estabelecer faixa etária, se mostra um caminho viável para a auferir lucro e assim conseguir prover o sustento de seus familiares. Muitas ainda conseguem trabalhar em horários flexíveis, o que facilita no exercício da maternidade.

3.1. A INSERÇÃO DA MULHER NO TRÁFICO DE DROGAS

Ao traçar o perfil da mulher presa, Ribeiro ¹³⁵ assinala que:

A maioria das mulheres que praticam crimes encontram-se em idade economicamente ativa, possuem procedência urbana, têm filhos, são solteiras, sua escolaridade média não ultrapassa o primeiro grau, encontravam-se em ocupações informais quando da prática do delito que, em regra, é associado a produção, comércio e uso de entorpecentes [...].

Os dados do encarceramento brasileiro corroboram o autor e apontam que mais da metade das mulheres presas aguardam julgamento ou foram condenadas por crime ligados ao tráfico de drogas. Tais estatísticas podem ser justificadas por se tratar de

¹³⁴ MACEDO, Márcia dos Santos . Mulheres chefes de família e a perspectiva de gênero: trajetória de um tema e a crítica sobre a feminização da pobreza. **Revista de Sociologia e Política**, Salvador, v. 21, n. 53, p. 385-399, ago. 2008.

¹³⁵ RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes; ROCHA, Rafael Lacerda Silveira; ASSIS, Vinícius Assis. Nas malhas da justiça:: uma análise dos dados oficiais de indiciados por drogas em Belo Horizonte (2008-2015). **Revista de Sociologia e Política**, Campinas, v. 23, n. 2, p. 397-428 , ago. 2017.

delitos de fácil e rápido retorno financeiro, ou ainda pelo perfil que esta agrega em uma estrutura criminosa. Ribeiro assinala da seguinte forma: “*uma explicação possível para esse fenômeno é a facilidade que a mulher possui para circular com a droga pela sociedade, por não constituir em foco principal da ação policial.*”

Da mesma forma entende Mizon¹³⁶ ao acreditar ser evidente:

[..] que a relação de gênero é determinante nas práticas criminais, pois a maioria dos crimes cometidos por mulheres estariam associados ao modelo de socialização das meninas, nos quais estas são vistas como mais frágeis perante aos homens, devido suas diferenças físicas e psíquicas. Daí a origem da participação subalterna das mulheres e a dificuldade de aceitação social das mesmas nas práticas de seus crimes. Por esse motivo, as mulheres são vistas como alvos fáceis pelos traficantes, pois a sociedade em geral tende a não desconfiar das mesmas.

Assim como no mercado de trabalho formal, as mulheres exercem atividades secundárias na estrutura criminosa, quase nunca em funções de poder. Nesse sentido denota-se que a mulher acaba por ocupar uma posição coadjuvante e subordinada nesse tipo de crime, “realizando serviços de transporte de drogas e pequeno comércio; muitas são usuárias, sendo poucas as que exercem atividades de gerência do tráfico”¹³⁷

O ingresso das mulheres no tráfico de drogas é apontado como um efeito da feminização da pobreza, ou seja, da consideração estatística e social de que a pobreza tem atingido de forma significativa as mulheres orientando suas escolhas de vida.¹³⁸

Resta demonstrado a relação da inserção da mulher no tráfico de drogas às questões econômicas, porém há outros fatores que influenciam tal situação. A mulheres que cometem as infrações elencadas na Lei 11.343/06 podem estar ligadas a tais práticas por relações de afeto, ao sofrerem influência de maridos, companheiros, irmãos, parentes e amigos. A situação de vulnerabilidade aliados a impulsos emotivos podem ser outras questões determinantes para a criminalidade feminina, mas tal perspectiva não é tema do presente artigo.

¹³⁶ MINZON, Camila Valéria Minzon, DANNER; Gláucia Karina; BARRETO, Danielle Jardim Barreto. Sistema prisional: conhecendo as vivências da mulher inserida neste contexto. Curitiba, 2009. *Akrópolis*, Umuarama, v. 18, n. 1, p. 71-81, jan./mar. 2010.

¹³⁷ LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS. Infopen Mulheres.[S.l]. INFOPEN, 2014.

¹³⁸ CORTINA, Monica Ovinski de Camargo. Mulheres e tráfico de drogas: aprisionamento e criminologia feminista. **Revista de Sociologia e Política**, Florianópolis, p. 761-778, dez. 2015.

4. A LEI DE TÓXICOS

No Brasil, vigora a Lei 11.343/06, chamada mais comumente de Lei de Drogas ou Lei de Tóxicos, que teve sua publicação no Diário Oficial da União no dia 24 de agosto de 2006 e substituiu a antiga Lei 6.368/76, trazendo alterações significativas na sociedade por meio de uma forte política de repressão ao tráfico.

Inicialmente, insta salientar que o legislador teve como escopo diferenciar o traficante do usuário, reduzindo o número de prisões, aplicando o princípio da seletividade da penal. Para tanto, modificou o disposto na Lei nº6.368/76 que criminalizava o usuário com uma pena de detenção de seis meses a dois anos, além de multa e o traficante, com uma pena de reclusão de três a quinze anos, acrescida de multa. Todavia, como se restou demonstrado, a quantidade de detenções não diminuiu.

Com o advento da Lei de Tóxicos, pretendeu-se a despenalização daquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo droga sem autorização para consumo pessoal. Este não está mais sujeito à pena privativa de liberdade, e sim à uma das penas a seguir: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo¹³⁹. Se por um lado, objetivou-se atenuar a punibilidade dos usuários, por outro, o legislador visou agravar a situação penal dos traficantes e dos agentes responsáveis pela disseminação de drogas, aumentando a pena mínima, indo de três anos de reclusão para quinze anos de reclusão.

Diante da nova redação, esperava-se uma redução no número de prisões. Por que essa não aconteceu? Essa situação pode ser justificada por um fator determinante: a inexistência de parâmetros concretos e explícitos na legislação que permita um fácil e enquadramento do tipo penal¹⁴⁰. Essa difícil distinção do agente na categoria de usuário e traficante pode ser demonstrada através de análise do artigo 28, § 2º da Lei 11.343/06 que determina os critérios que devem ser utilizados pelo operador do direito no momento em que for enquadrar o agente. Vejamos:

Para determinar se a droga se destina a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em

¹³⁹ BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad... **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 ago. 2006..

¹⁴⁰ RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes; ROCHA, Rafael Lacerda Silveira; ASSIS, Vinícius Assis. Nas malhas da justiça:: uma análise dos dados oficiais de indiciados por drogas em Belo Horizonte (2008-2015). **Revista de Sociologia e Política**, Campinas, v. 23, n. 2, p. 397-428 , ago. 2017.

que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Atesta-se que o legislador deixou a definição de qual categoria o infrator será enquadrado à mercê do julgamento subjetivo do operador do direito. A falta de critérios objetivos, possibilita que o julgador decida, de forma arbitrária, quem ele quer que seja severamente punido e quem ele quer despenalizar.

Posto isso, resta evidente a importância do estudo acerca do tratamento que a Lei nº11.343/06 concedeu aos crimes relacionados ao tráfico de drogas, e posteriormente analisar como a referida legislação foi determinante para o exponencial aumento de encarceradas.

4.1. UMA POLÍTICA DE REPRESSÃO AO TRÁFICO DE DROGAS

O tráfico de drogas na Lei 11.343/06 é disposto no artigo 33¹⁴¹ e caracteriza-se pela incidência de dezoito verbos, ou seja, há dezoito núcleos do tipo. Vejamos:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, **ainda que gratuitamente**, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. (Grifos nossos).

Dessa maneira, o agente, ao praticar qualquer um dos verbos descritos no artigo acima, incorrerá na prática do crime de tráfico de drogas. A pena privativa de liberdade aplicada ao crime de tráfico é de 5 a 15 anos de reclusão, enquanto que na lei anterior a pena mínima era de três anos. O aumento da pena pode ser justificado pelo fato de se tratar de um crime de extrema reprovação social, sendo equiparado aos crimes hediondos¹⁴².

A força da política de repressão desses crimes pode ser vista ao analisarmos a referida lei, sob a ótica da aplicabilidade do Código Penal. A Lei 9.714/98¹⁴³ prevê a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, podendo ser aplicada quando a pena privativa de liberdade não for superior a quatro anos e o crime não tiver sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. Resta evidente,

¹⁴¹ BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad... **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 ago. 2006.

¹⁴² FILHO, Euro Bento Maciel. **A questão do tráfico de drogas como crime hediondo**: Tráfico de entorpecentes, na forma privilegiada, não tem natureza hedionda. [S.I]: Escala, 2017.

¹⁴³ BRASIL. Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 nov. 1998.

que tal substituição não mais pode ser aplicada para aqueles que praticaram algum núcleo do tipo penal previsto no art. 33. Apesar de ser vedada a substituição, em 15 de fevereiro de 2012, o Senado Federal autorizou a conversão. Ademais, a rigidez ainda se faz presente no art. 44 ao determinar que os crimes praticados nos art. 33, *caput* e §1º e arts. 34 a 37 são inafiançáveis e insuscetíveis de *susis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória.

O legislador ainda buscou vedar a concessão da liberdade provisória, bem como determinou o cumprimento da pena em regime fechado. Entretanto, ambos ditames foram declarados inconstitucionais. Em relação à liberdade provisória, a jurisprudência resta pacificada ao considerar a não concessão violaria diretamente vários princípios constitucionais, a saber: princípio da presunção de inocência; princípio do devido processo legal; e, princípio da fundamentação do juízo, todos dispostos na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, incisos LVII; LIV e LXI, respectivamente. Não obstante, foi declarado também inconstitucional o artigo 2º¹⁴⁴, § 1º da Lei de Tóxicos que determinava que o início da pena pelo tráfico de drogas seria cumprida em regime fechado. Em junho de 2012, o Supremo Tribunal Federal entendeu que tal dispositivo feria diretamente o princípio da individualização da pena, constante no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal de 1988.

Tais inconstitucionalidades demonstram claramente a intenção do legislador em aplicar ao agente que pratica o crime de tráfico de drogas uma punição tão severa a ponto de ultrapassar os limites dos princípios e normas constitucionais.

As consequências desse empenho em combater o tráfico de drogas com leis mais rígidas refletem diretamente na atual conjuntura do sistema penitenciário brasileiro, principalmente quando se discute o aumento alarmante do encarceramento feminino em virtude da vigência da Lei de Drogas.

4.2. OS REFLEXOS DA LEGISLAÇÃO NO APRISIONAMENTO FEMININO

Historicamente, sabe-se que as mulheres sempre ocuparam uma posição de inferioridade em relação aos homens e no tráfico de drogas, não é diferente. Uma análise dos dados por gênero do encarceramento brasileiro evidencia essa realidade ao

¹⁴⁴ BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad... **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 ago. 2006.

apurar que as mulheres têm chances 2,3 vezes mais elevadas de serem incriminadas por tráfico do que homens¹⁴⁵. Acerca disso, Chernicharo e Boiteux¹⁴⁶ expõe:

A estrutura do mercado de drogas ilícitas reproduz um padrão muito similar ao do mundo do trabalho legal. Em geral, as mulheres ocupam as posições mais subalternas, como mula, avião, bucha, vendedora, “fogueteira”, vapor, etc. Estas posições são também as mais vulneráveis, pois demandam contato direto com a droga, e como, em geral, estas mulheres são pobres, a margem de negociação (ou “arregos”) com os policiais é muito limitada.

Apesar de exercerem funções secundárias na estrutura do tráfico, estas são enquadradas no mesmo tipo penal daqueles que exercem o comando das operações. Isso porque, quando uma mulher é presa em flagrante delito portando drogas, essa é enquadrada, na maioria das vezes, no crime de tráfico, e quase nunca como usuária. Demonstra-se que, a mulher, sob a ótica do direito, mesmo ocupante de posições subalternas, está em pé de igualdade com o "chefe do morro", ou seja, com o traficante responsável por toda a organização do narcotráfico. O que é totalmente contraditório se pensarmos que para o tráfico de drogas essas mulheres não significam nada. Tal situação, além de esclarecer o aumento expressivo do encarceramento feminino, evidencia o fracasso da política de repressão.

Sendo a mulher acusada de praticar o tipo penal disposto no artigo 33 da Lei 11.343/06, a pena dessa variará de cinco a quinze anos e ainda que esta seja penalizada com a menor pena cominada, haverá um sérias consequências. Como vimos, inexistente a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direito, o que significa que, por mais insignificante que tenha sido a atuação da mulher no tráfico de drogas, ela necessariamente terá sua liberdade privada e estará submetida à uma legislação extremamente repressiva, que concede o benefício da progressão de regime após o cumprimento de 2/5 da pena, se não reincidente específico, e de 3/5 da pena, se reincidente específico¹⁴⁷.

Como se não já não bastasse a condenação pelo crime, a mulher ainda sofre uma outra punição, que é: enquanto os homens recebem visitas de esposas e companheiras, os visitantes das prisões femininas são mães e irmãs, que muitas vezes ainda dependem

¹⁴⁵ RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes; ROCHA, Rafael Lacerda Silveira; ASSIS, Vinícius Assis. Nas malhas da justiça:: uma análise dos dados oficiais de indiciados por drogas em Belo Horizonte (2008-2015). **Revista de Sociologia e Política**, Campinas, v. 23, n. 2, p. 397-428, ago. 2017.

¹⁴⁶ CHERNICHARO, Luciana Peluzio. **Sobre Mulheres e Prisões: Seletividade de Gênero e Crime de Tráfico de Drogas no Brasil**. 2014. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito)- Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

¹⁴⁷ BRASIL. Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 nov. 1998.

do sustento da encarcerada. Acerca dessa dupla condenação, Chernicharo e Boiteux¹⁴⁸ preleciona:

Quando presa, a mulher experimenta maior discriminação por parte da sociedade e maior abandono por parte da família, como demonstram as pequenas filas de visitas em presídios femininos, ao contrário das filas dos presídios masculinos, com mulheres e crianças cheias de sacolas de comida, roupas e produtos de higiene. Elas, nas filas, estão cumprindo seu papel de mulher, esposa, mãe, enquanto as presas que ousaram desafiar as leis do país e da família estão sujeitas a rígidas medidas de observação, vigilância e controle, que visam a reforçar e incentivar a dependência e a passividade.

Percebe-se, com isso, que para as mulheres inseridas na criminalidade, não basta todas as lutas diárias enfrentadas em busca de ensino de qualidade, oportunidades iguais no mercado de trabalho e salários equiparados. É necessário ainda travar uma luta mais árdua, uma luta contra a sociedade, contra seus próprios familiares, contra o Poder Público. É necessário lutar para serem lembradas como seres que possuem direitos, direitos que devem ser respeitados e efetivados. É necessário também lutar por um direito que não é seu, lutar pelos direitos dos seus filhos e filhas, porque quando se prende uma mulher se prende toda a sua família, pois encarcerar mulheres significa, na prática, a desestruturação do núcleo familiar.

5. CONCLUSÃO

Buscou-se analisar neste trabalho a atual situação do sistema carcerário brasileiro e o aumento significativo da população feminina encarcerada, principalmente depois da promulgação da Lei 11.343/06. Para isso, foi realizado um estudo acerca do papel da mulher na sociedade, desde os primórdios até os dias atuais, bem como um aprofundamento acerca dos movimentos feministas, que foram de extrema importância para a conquista de vários direitos das mulheres. Discutiu-se o fenômeno da feminização da pobreza como impulsor para a entrada da mulher no tráfico de drogas e, ao final, e foi analisada a rigidez da Lei de Tóxicos e as consequências que essa traz na vida de uma mulher que é encarcerada pelo crime disposto no artigo 33 da mesma.

Posto isso, conclui-se que a Lei de Drogas é extremamente falha ao equiparar mulheres que exercem atividades subalternas no tráfico com aqueles que são responsáveis por toda a organização dos narcóticos. A rigidez da lei e a falta da

aplicação de fato do princípio da individualização da pena, não traz um combate às drogas efetivo. Muito pelo contrário, essa lei se torna um dos fatores responsáveis pela superlotação do cárcere, especialmente do cárcere feminino.

Portanto, a implementação de políticas públicas para inclusão das mulheres em uma sociedade mais justa e igualitária, onde essas sejam capazes de conseguir um ensino de qualidade, tenham oportunidades iguais no mercado de trabalho e salários equiparados. Dessa forma, é possível afastar o fenômeno da feminização de pobreza e a consequente atração das mulheres para o mundo da criminalidade, principalmente para o tráfico de drogas, onde o dinheiro rápido para o sustento da família e a flexibilidade nos horários para o exercício da maternidade se tornam fatores extremamente atrativos.

Acerca da necessidade de inclusão das mulheres na sociedade para a efetivação dos direitos, Habbermas¹⁴⁹ expõe:

Os direitos só se tornam socialmente eficazes, quando os atingidos são suficientemente informados e capazes de atualizar, em casos específicos, a proteção do direito garantida através de direitos fundamentais de justiça. **A competência de mobilizar o direito depende, em geral, do grau de escolaridade, da procedência social e de outras variáveis (tal como sexo, idade, experiência em processos, tipo de relação sócia envolvida no conflito, etc)** (grifos nossos).

Com isso, não se visa a exclusão de punibilidade dessas mulheres que praticam o delito, mas sim que o legislador reconheça a desproporção existente entre a participação delas na organização do tráfico com a pena na qual são submetidas.

Por fim, a legislação rígida e repressiva, como ficou demonstrado no presente trabalho, só contribuiu para o aumento alarmante de pessoas encarceradas no Brasil, principalmente mulheres. Assim, é necessário que se repense a política de combate às drogas tendo em vista que essa, desde o advento da nova lei, em 2006, não está sendo efetiva.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jaiza Sâmmara de Araújo. Criminalidade Feminina: um estudo descritivo dos dados estatísticos acerca das mulheres detidas no Brasil e na Argentina. **Revista do Direito Humanos e Democracia**, [S.I], v. 5, n. 10, p. 175-212, out. 2017. Disponível

¹⁴⁹HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia Volume II**: entre facticidade e validade. Ed. 2. [S.I]: Tempo Brasileiro, 2003. V.102

em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia>>
Acesso em: 26 mar. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília.** Senado, 1988.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>
Acesso em: 26 mar. 2018.

BRASIL. Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 nov. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>
Acesso em: 26 mar. 2018.

BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad... **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em: 26 mar. 2018.

CHERNICHARO, Luciana Peluzio. **Sobre Mulheres e Prisões: Seletividade de Gênero e Crime de Tráfico de Drogas no Brasil.** 2014. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito)- Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <http://www.neip.info/upd_blob/0001/1565.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2018.

CORTINA, Monica Ovinski de Camargo. Mulheres e tráfico de drogas: aprisionamento e criminologia feminista. **Revista de Sociologia e Política**, Florianópolis, p. 761-778, dez. 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v23n3/0104-026X-ref-23-03-00761.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

DICIONÁRIO Online de Português. [S.l.: s.n.], [2009 - 2018 ©]. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/feminizacao/>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

ENEGRECER o Feminismo: **A Situação da Mulher Negra na América Latina a partir de uma perspectiva de gênero.** [S.l.: s.n.], [Copyright © 2018]. Disponível em: <http://www.unicap.br/neabi/?page_id=137>. Acesso em: 26 mar. 2018

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio de Português Online.** [S.l.: s.n.], 2016. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/pobreza>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

FILHO, Euro Bento Maciel. **A questão do tráfico de drogas como crime hediondo:** Tráfico de entorpecentes, na forma privilegiada, não tem natureza hedionda. [S.I]: Escala, 2017. Disponível em: <<http://www.revistavisaojuridica.com.br/2017/06/06/a-questao-do-trafico-de-drogas-como-crime-hediondo/>> Acesso em: 26 mar. 2018

GOMBATA, Marsílea. **A Lei de Drogas fracassou?**. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/explosao-de-mulheres-presas-por-drogas-em-sao-paulo-mostra-fracasso-da-legislacao-afirma-estudo-5497.html>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

GUIMARÃES, Agnes Sofia. **A dupla punição das mulheres presas por tráfico de drogas.** Disponível em: <<https://ponte.org/a-dupla-punicao-das-mulheres-presas-por-trafico-de-drogas/>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

Por justiça para as mulheres: indulto do dia das mães. Disponível em: <<https://diplomatique.org.br/por-justica-para-as-mulheres-indulto-do-dia-das-maes/>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia Volume II:** entre facticidade e validade. Ed. 2. [S.I]: Tempo Brasileiro, 2003. V.102

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo demográfico 2010.** Rio de Janeiro: IBGE, 2010. Disponível: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/97/cd_2010_familias_domicilios_amostra.pdf> Acesso em: 26 mar. 201

LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS. Infopen Mulheres.[S.I]. **INFOPEN,** 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-mulheres_05-11.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2014>

LOBATO, Aline, et al. **Mulheres criminosas: analisando a relação entre a desestruturação familiar e criminalidade.** p. 3. Disponível em: <http://abrapso.org.br/siteprincipal/images/Anais_XVENABRAPSO/242.%20mulheres%20criminosas.pdf> . Acesso em: 26 mar. 2018.

MACEDO, Márcia dos Santos . Mulheres chefes de família e a perspectiva de gênero: trajetória de um tema e a crítica sobre a feminização da pobreza. **Revista de Sociologia e Política**, Salvador, v. 21, n. 53, p. 385-399, ago. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.phpscript=sci_arttext&pid=S010349792008000200013&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 26 mar. 2018.

MINZON, Camila Valéria Minzon, DANNER; Glaucia Karina; BARRETO, Danielle Jardim Barreto. **Sistema prisional: conhecendo as vivências da mulher**

inserida neste contexto. Curitiba, 2009. Akropolis, Umuarama, v. 18, n. 1, p. 71-81, jan./mar. 2010. Disponível em: <<http://www.revistas.unipar.br/index.php/akropolis/article/viewFile/3118/2212>>. Acesso em; 26 mar. 2018.

NOVELLINO, Maria Salet Ferreira. **Chefia Feminina de Domicílio como indicador de feminização da pobreza de e políticas públicas para mulheres pobres.** Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/239774061_CHEFIA_FEMININA_DE_DOMICILIO_COMO_INDICADOR_DE_FEMINIZACAO_DA_POBREZA_E_POLITICAS_PUBLICAS_PARA_MULHERES_POBRES> Acesso em: 26 mar. 2018.

PINTO, Céli Regina Jardim. FEMINISMO, HISTÓRIA E PODER. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 18, n. 36, p. 15-23, jun. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v18n36/03.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2018

RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes. **Análise da política penitenciária feminina do Estado de Minas Gerais:** o caso da Penitenciária Industrial Estevão Pinto. 2003. 164 f. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) - Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, 2003. Disponível em: <<http://tede.fjp.mg.gov.br/handle/tede/315>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes; ROCHA, Rafael Lacerda Silveira; ASSIS, Vinícius Assis. Nas malhas da justiça:: uma análise dos dados oficiais de indiciados por drogas em Belo Horizonte (2008-2015). **Revista de Sociologia e Política**, Campinas, v. 23, n. 2, p. 397-428, ago. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762017000200397&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 26 mar. 2018.

RODRIGUES, Carla. 2017, o ano das bruxas em ação. **Le Monde Diplomatique Brasil**, [S.l.], 23 jan. 2018. 126, p. 4-5.

MIGRAÇÃO HAITIANA NO BRASIL: ADEQUAÇÃO AO CONCEITO DE REFÚGIO

Rayssa Laleska de Oliveira Costa¹⁵⁰

1. INTRODUÇÃO

Um fluxo crescente de migrantes, de magnitude e características sem precedentes, mostrou a insuficiência do aparato jurídico e operacional em tratar da complexidade do fenômeno migratório no Brasil.

Surgiu, na supracitada situação, a necessidade de adequação das chegadas pessoas em algum dos institutos de proteção ao migrante da legislação internacional e brasileira. Todavia, tal tentativa de subsunção fez com que os órgãos responsáveis pelo tratamento das questões migratórias visitassem os conceitos e tipos de migração a fim de auferir de a proteção do refúgio poderia seria cabível. Ademais, caso concluíssem que não se tratava de refugiados, qual seria o instituto no ordenamento jurídico aplicável.

Neste trabalho buscamos expor a solução dada pelas instituições brasileiras para lidar com a supra referida questão e analisar, a partir de pesquisa documental jurídica, a coerência das decisões tomadas e da classificação dada no caso concreto aos migrantes em solo brasileiro.

2. CONCEITO DE MIGRANTE

Não havendo no cenário internacional um significado pacífico para o termo migrante, neste trabalho utilizaremos migrante como um termo genérico, o qual abrange o movimento de migrantes econômicos, pessoas deslocadas e refugiadas no amplo conceito de migração. Tal conceito é usado nos estudos relativos à população,

¹⁵⁰ Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

demografia e movimento de pessoas e analisa a migração com um processo que ocorre de forma voluntária ou forçada¹⁵¹.

3. PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS MIGRANTES

A partir da Primeira Guerra Mundial passou-se a estabelecer mais intensamente restrições à livre circulação entre os países e à liberdade de residência¹⁵². Com a Segunda Guerra Mundial, um enorme contingente de pessoas deslocadas e apátridas restou impossibilitado de retornar ao seu local de origem. Para promover apoio a essas pessoas, elaboraram-se a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 bem como as convenções de 1954 e 1961, essas últimas buscando proteger os apátridas¹⁵³.

Inicialmente, a Convenção de 1951 protegia quem receasse com razão perseguição - por motivos de raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas -, que estivesse fora do seu país e não pudesse ou, em virtude de receio, não quisesse a ele retornar. Dava proteção também aos que não tendo nacionalidade estivessem fora do local de residência habitual e não pudessem ou, por receio, não quisessem retornar¹⁵⁴.

Tal Convenção previa a concessão do refúgio para pessoas que migraram em consequência de fatos ocorridos até 1º de janeiro de 1951 e a possibilidade de os signatários considerarem refugiados apenas pessoas advindas da Europa¹⁵⁵. O Protocolo de 1967 retirou a limitação temporal e determinou a impossibilidade de se fazer qualquer restrição geográfica ampliando a proteção do refúgio¹⁵⁶.

¹⁵¹ JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci. O. S.. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 275-294, 2010. p. 280.

¹⁵² JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci. O. S.. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 275-294, 2010. p. 278.

¹⁵³ JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci. O. S. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 275-294, 2010. p.278.

¹⁵⁴ JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro**. 240p. São Paulo: Método, 2007. p. 84.

¹⁵⁵ JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro**. 240p. São Paulo: Método, 2007.p. 84.

¹⁵⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ACNUR. **Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados**. 1967.

A posteriori, a Declaração de Cartagena¹⁵⁷ em 1984 expandiu o conceito da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967 de refúgio e passaram a condição de refugiados também aqueles que tenham fugido do seu país por terem em ameaça sua vida, sua segurança ou sua liberdade pela violação dos seus direitos humanos ou por grave violação da ordem pública.

4. PROTEÇÃO DOMÉSTICA AOS MIGRANTES: ESTATUTO DO ESTRANGEIRO

Durante a Ditadura Militar no Brasil, foi elaborado o Estatuto de Estrangeiro – Lei nº 6.815/80, o qual tem como lógica a manutenção da segurança nacional da época. Buscava-se facilitar a expulsão de estrangeiros que se envolvessem em atividades políticas. O paradigma dessa legislação foi de sustentação da segurança nacional, visando proteger a organização institucional, os interesses políticos, socioeconômicos e culturais do Brasil, além do trabalhador nacional¹⁵⁸.

Na égide dessa lei, estrangeiro era um conceito que se chegava por exclusão. Identificava-se quem era nacional, conforme o artigo 12 da Constituição Federal¹⁵⁹, e todo aquele que não era brasileiro nato ou naturalizado era considerado estrangeiro.¹⁶⁰ Nesse sentido, o Estatuto do Estrangeiro não trazia um conceito de estrangeiro tampouco diferenciava as espécies de migrantes.

¹⁵⁷ **DECLARAÇÃO de Cartagena.** Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários. Cartagena, 1984.

¹⁵⁸ BRASIL. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Diário oficial da União. Brasília: 19 ago. 1980.

¹⁵⁹ Art. 12. São brasileiros:

I - natos:

a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;

b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;

c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira;

II - naturalizados:

a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;

b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira.

¹⁶⁰ GUERRA. Sidney. Alguns aspectos sobre a situação jurídica do não nacional no Brasil: da lei do estrangeiro à nova lei de migração. **Revista Direito em Debate**, Ijuí, v. 26, n. 47, 2017.p.92.

Faz-se conveniente tecer considerações sobre a entrada e saída dos estrangeiros, vez que prepondera no Estatuto do Estrangeiro a manutenção da segurança nacional a despeito do direito de migrar.

4.1. Espécies de Vistos

Nos termos do artigo 1º do Estatuto do Estrangeiro¹⁶¹, a concessão de vistos bem como suas isenções e despesas no Brasil devem observar a reciprocidade de tratamento para brasileiros no país de origem do estrangeiro solicitante de visto.

Ressalta-se que os vistos não podem ser concedidos em território nacional, mas apenas nas Embaixadas, Consulados-Gerais, Consulados e Vice-Consulados do Brasil no exterior, sendo impossível obter visto em qualquer ponto de entrada da fronteira brasileira¹⁶².

O art. 4º do Estatuto do Estrangeiro as espécies de visto que podem ser concedidos aos estrangeiros, quais sejam: de trânsito, de turista, temporário, permanente, de cortesia, oficial e diplomático.

O visto de trânsito é concedido ao estrangeiro que precise passar pelo território brasileiro e tem como destino final outro país. A validade deste visto é de 10 dias improrrogáveis.

O visto de turista, por sua vez, é dado ao estrangeiro que venha ao Brasil para recreação ou visita e possui validade de dez anos, no máximo, permitindo múltiplas estadas de noventa dias, não excedendo 180 dias/ano, o qual pode ser reduzido ou prorrogado por mais noventa dias pelo Ministério da Justiça¹⁶³.

Já o visto temporário é conferido a quem venha ao Brasil para estudar, fazer negócios ou como artista, desportista, cientista, professor, correspondente periódico ou ministro de confissão religiosa, dentre outros. O prazo deste visto varia a depender da atividade exercida pelo estrangeiro (art. 14, Lei 6.815/80).¹⁶⁴

¹⁶¹ BRASIL. Decreto nº 82.307, de 21 de Setembro de 1978. Dispõe sobre concessão de vistos de entrada para estrangeiros com base em reciprocidade. **Diário oficial da União**. Brasília: 21 set. 1978.

¹⁶² ITAMARATY. **Vistos para viajar ao Brasil**. [S. l.]: Itamaraty, 2017.

¹⁶³ DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Curso de direito internacional privado**. 12. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2017.p. 127.

¹⁶⁴ BRASIL. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. **Diário oficial da União**. Brasília: 19 ago. 1980.

O visto permanente é para o estrangeiro que queira morar no Brasil e pode estar condicionado a alguns requisitos legais como o exercício de atividade e fixação em região do território nacional, não superior a cinco anos (art. 18, Lei 6.815/80)¹⁶⁵.

Dispõe o art. 19 do Estatuto do Estrangeiro¹⁶⁶ que os vistos de cortesia, oficial e diplomático são concedidos pelo Ministério das Relações exteriores o qual definirá os casos em que serão adequados tais vistos.

A Lei 6.815/80 (art.7º) veda que se concedam vistos a menores de dezoito anos (desacompanhados do responsável legal ou sem a sua autorização expressa), a quem for considerado pernicioso à ordem pública ou aos interesses nacionais, a quem já tiver sido expulso do País, salvo se a expulsão tiver sido revogada, a aquele condenado ou processado em outro país por crime doloso, passível de extradição segundo a lei brasileira; ou que não atenda às condições de saúde estabelecidas¹⁶⁷.

Em qualquer das espécies de visto, o Ministério da Justiça poderá sempre obstar a entrada, estada ou registro do estrangeiro, havendo vedação para a concessão do visto ou inconveniência da presença do mesmo, conforme o artigo 26 do Estatuto do Estrangeiro¹⁶⁸.

5. MIGRAÇÃO FORÇADA OU VOLUNTÁRIA

Faz-se necessário distinguir a migração forçada da voluntária uma vez que a proteção dispensada a cada um desses casos acontece de maneira diversa¹⁶⁹. Deve-se analisar aqueles que podem ou não contar com a proteção do seu país de origem ou residência a fim de aperfeiçoar a proteção despendida a eles¹⁷⁰.

As migrações voluntárias são os casos em que o indivíduo decide migrar livremente sem interferência de um fator externo, por conveniência pessoal. Como

¹⁶⁵ BRASIL. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. **Diário oficial da União**. Brasília: 19 ago. 1980.

¹⁶⁶ BRASIL. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. **Diário oficial da União**. Brasília: 19 ago. 1980.

¹⁶⁷ BRASIL. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. **Diário oficial da União**. Brasília: 19 ago. 1980.

¹⁶⁸ BRASIL. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. **Diário oficial da União**. Brasília: 19 ago. 1980.

¹⁶⁹JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci. O. S.. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 275-294, 2010. p. 281.

¹⁷⁰ JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci. O. S.. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 275-294, 2010. p. 282.

exemplo, pessoas, em busca de melhores condições materiais para si e seus familiares, mudam para outro país. Já as migrações forçadas abrangem os casos em que a vontade do indivíduo ao migrar é inexistente ou minimizada em face de fatores externos¹⁷¹.

O refúgio é a situação clássica de migração forçada, prevalentemente conforme o conceito já visto dado pela Convenção de 1951 e pelo Protocolo de 1967 e, no caso da América Latina também nas hipóteses da Declaração de Cartagena.

Existem também os deslocados internamente, migrantes forçados por questões de conflitos armados, desastres ambientais ou graves violações dos direitos humanos. Como tais pessoas ainda são protegidas pelo seu Estado, é peculiar a proteção internacional dos mesmos¹⁷².

Mudanças ambientais, mormente climáticas, têm provocado o intenso deslocamento de pessoas, fenômeno cada vez mais agravado. Esses deslocados ambientais por vezes cruzam as fronteiras nacionais e discute-se o enquadramento dos mesmos como refugiados ambientais, o que segundo Jubilit¹⁷³ parece inadequado por não haver perseguição, elemento básico do refúgio.

Por fim, há também migrantes forçados que se deslocam em função de situações relativas a seus direitos econômicos, sociais e culturais, podendo existir em tais casos não efetivação grave dos referidos direitos¹⁷⁴. Nesse sentido, tais migrantes econômicos são migrantes forçados.

6. MIGRAÇÃO HAITIANA NO BRASIL

No Brasil, quanto a proteção aos refugiados e solicitantes de refúgio, a *Convenção de 1951* foi reproduzida em vários momentos na Lei 9.474/97¹⁷⁵ como, por exemplo, nos critérios do reconhecimento da condição de refugiados (art. 1º, I e II).

¹⁷¹ JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci. O. S.. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 275-294, 2010. p. 281.

¹⁷² JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci. O. S.. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 275-294, 2010. p. 282.

¹⁷³ JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci. O. S.. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 275-294, 2010. p. 282.

¹⁷⁴ JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci. O. S.. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 275-294, 2010. p. 282.

¹⁷⁵ BRASIL. Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. **Diário oficial da União**. Brasília: 23 jun. 1997.

Há, todavia, inovações como a consideração de graves violações aos direitos humanos como situação para concessão de refúgio, conforme o art. 1º, III da referida Lei¹⁷⁶.

Tem direito ao refúgio, conforme previsão do artigo 1º da Lei n. 9.474/1997¹⁷⁷, aqueles que:

- I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;
- II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;
- III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

O inédito fluxo migratório de haitianos para o Brasil, tanto pela magnitude quanto pelos impactos causados, quando em 2010 um terremoto alcançou o Haiti, fez analisar os institutos jurídicos aplicáveis à situação em voga e, nesse sentido, o tipo de migração ocorrente. Dessa forma, buscou-se definir se os então chegados migrantes adequavam-se como refugiados ou qual seria o status legal dos mesmos.

Cabe ressaltar que os migrantes nessa ocasião experimentaram extrema vulnerabilidade, como fome, falta de acesso à água potável e condições precárias de moradia, em decorrência da indefinição de sua situação jurídica¹⁷⁸. Os haitianos não possuíam condições necessárias para entrar legalmente no Brasil, eis que lhes faltavam os requisitos para concessão do visto. Após ingressarem sem visto no Brasil, apenas poderiam requerer refúgio. Enquanto solicitantes de refúgio, não seriam deportados e poderiam ser beneficiários dos serviços públicos¹⁷⁹.

Nesse sentido, os haitianos não recebiam nenhuma assistência estatal sem o protocolo de solicitação de refúgio. A feitura deste protocolo poderia demorar meses,

¹⁷⁶ JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro**. 240p. São Paulo: Método, 2007. p.190/191.

¹⁷⁷ BRASIL. Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. **Diário oficial da União**. Brasília: 23 jun. 1997.

¹⁷⁸ VÉRAN, Jean-François; NOAL, Débora da Silva; FAINSTAT, Tyler. Nem Refugiados, nem Migrantes: A Chegada dos Haitianos à Cidade de Tabatinga (Amazonas). **Dados**, Rio de Janeiro, v. 57, n. 4, p. 1007-1041, 2014.

¹⁷⁹ VERAN, Jean-François; NOAL, Débora da Silva; FAINSTAT, Tyler. Nem Refugiados, nem Migrantes: A Chegada dos Haitianos à Cidade de Tabatinga (Amazonas). **Dados**, Rio de Janeiro, v. 57, n. 4, p. 1007-1041, 2014. p.1012.

eis que lista de espera só fazia crescer decorrente fluxo ininterrupto de migrantes e da insuficiência de estrutural dos órgãos responsáveis pelo procedimento¹⁸⁰.

O CONARE concluiu que os haitianos não correspondiam aos critérios legais para concessão de refúgio vez eis que o elemento ‘perseguição’ é imprescindível para adquirir o status de refugiado¹⁸¹. Por conseguinte, foram indeferidos os pedidos de refúgio pelo CONARE que remeteu a questão ao CNIg com fulcro na Resolução Normativa nº 27¹⁸².

A Resolução Normativa nº 27 prevê que casos omissos e situações especiais serão submetidas ao CNIg, a partir de análise individual, a fim de permitir que os considerados coletivamente como “não refugiados” sejam amparados como migrantes em “situações especiais”.¹⁸³ Portanto, o CNIg analisava individualmente os casos dos migrantes e fornecia vistos especiais conforme o caso, sendo um processo moroso e, pelo fluxo cada vez maior de migração, a previsão de análise era cada vez mais longa.

O CNIg editou a Resolução Normativa nº 97, a fim de dar rumos ao tratamento da migração haitiana, dispondo sobre a concessão de visto permanente aos nacionais do Haiti por razões humanitárias. A determinação do que seriam os vistos humanitários foi dada pelo artigo 1º da supracitada resolução normativa¹⁸⁴, vejamos:

Artigo 1º Ao nacional do Haiti poderá ser concedido o visto permanente previsto no art. 16 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, por razões humanitárias, condicionado ao prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 18 da mesma Lei, circunstância que constará da Cédula de Identidade do Estrangeiro.

Parágrafo único. Consideram-se razões humanitárias, para efeito desta Resolução Normativa, aquelas resultantes do agravamento das condições de vida da população haitiana em decorrência do terremoto ocorrido naquele país em 12 de janeiro de 2010.

¹⁸⁰ VERAN, Jean-François; NOAL, Débora da Silva; FAINSTAT, Tyler. Nem Refugiados, nem Migrantes: A Chegada dos Haitianos à Cidade de Tabatinga (Amazonas). **Dados**, Rio de Janeiro, v. 57, n. 4, p. 1007-1041, 2014. p.1027.

¹⁸¹ TERREMOTO e crise levaram à migração. **Revista em discussão! Revista de audiências públicas do Senado Federal**. Ano 3 – Nº 10 – março de 2012.

¹⁸² VERAN, Jean-François; NOAL, Débora da Silva; FAINSTAT, Tyler. Nem Refugiados, nem Migrantes: A Chegada dos Haitianos à Cidade de Tabatinga (Amazonas). **Dados**, Rio de Janeiro, v. 57, n. 4, p. 1007-1041, 2014. p. 1029.

¹⁸³ VERAN, Jean-François; NOAL, Débora da Silva; FAINSTAT, Tyler. Nem Refugiados, nem Migrantes: A Chegada dos Haitianos à Cidade de Tabatinga (Amazonas). **Dados**, Rio de Janeiro, v. 57, n. 4, p. 1007-1041, 2014p.1030

¹⁸⁴ ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS. Coletânea de Instrumentos de Proteção Nacional e Internacional de Refugiados e Apátridas. [S.l.]: ACNUR, 2017.

7. ANÁLISE DO ENQUADRAMENTO LEGAL DOS MIGRANTES HAITIANOS

Como visto, o CONARE decidiu por não considerar refugiados os migrantes haitianos no evento discutido vez que não estava presente o requisito ‘perseguição’ necessário para configurar situação de refúgio. Para analisar a coerência desse posicionamento, é imprescindível observar as motivações dadas pelos migrantes.

Considerando o estudo feito por Veran¹⁸⁵ e observando análises feitas sobre os motivos que ocasionaram os movimentos migratórios tem-se que a procura por trabalho, pobreza e insegurança são os principais, ainda que associadas a outros fatores:

Boa parte dos migrantes (70%) declararam ter sido afetados pelo terremoto: 33% perderam um membro da família e 51% tiveram suas casas destruídas. Ressalta-se que a importância das perdas familiares reforça a responsabilidade dos membros sobreviventes e que a relevância da destruição da casa aponta para uma situação de pouca autonomia no país de origem. Essa observação é reforçada pela percepção dos migrantes: 56% referiram-se ao terremoto como uma motivação para a migração. É notável que a falta de trabalho é, de longe, o principal fator alegado (84%), mas esse fator não é independente, uma vez que estava relacionado com o terremoto, a pobreza (40%) e a insegurança/medo (41%).

Quando se refere à violação de direitos econômicos, sociais e culturais, não é fácil diferenciar a situação de migrante econômico e o *status* de refugiado. Deve-se analisar a possibilidade de alguém deslocado, a fim de garantir os direitos supramencionados, poder solicitar refúgio ou outro tipo de proteção¹⁸⁶.

Se a violação dos direitos econômicos, sociais e culturais decorre da negligência em provê-los, e não por atos persecutórios do Estado, fica prejudicado o enquadramento como refúgio vez que deve haver fundado temor de perseguição para tanto. Dessa forma, caso opiniões políticas, etnia, pertencimento a algum grupo social, motivam Estado ou outra entidade com poder suficiente a privar alguém de trabalhar,

¹⁸⁵ VERAN, Jean-François; NOAL, Débora da Silva; FAINSTAT, Tyler. Nem Refugiados, nem Migrantes: A Chegada dos Haitianos à Cidade de Tabatinga (Amazonas). **Dados**, Rio de Janeiro, v. 57, n. 4, p. 1007-1041, 2014. p. 1014.

¹⁸⁶ JUBILUT, Líliliana Lyra; APOLINARIO, Silvia Menicucci. O. S.. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 275-294, 2010. p. 289.

de receber educação ou tratamento de saúde, faz-se possível à proteção pelo refúgio. Portanto, deve haver ação do Estado ou outro agente em perseguição ao indivíduo¹⁸⁷.

Nesse sentido, ensina Jubilut e Apolinário ¹⁸⁸ que

A análise que poderia ser feita é a seguinte: se o Estado de origem tentou e tentado melhorar a implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais da sua população, sem discriminação, não haveria fundamentos para alegar perseguição. Entretanto, se o Estado falha nessa tarefa, discriminando parte da população na provisão dos serviços voltados à realização desses direitos, existe argumento fundado em discriminação a determinado grupo social, motivo este previsto originalmente na Convenção de 1951 e que atendeu, por exemplo, aos ciganos vitimados durante o regime nazista.

Portanto, aqueles migrantes que se deslocaram devido a desastres ambientais ou pela falência estatal em prover as mínimas condições de sobrevivência e à situação extrema de miserabilidade não tem amparo do refúgio, nos termos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, incorporados pelo ordenamento brasileiro.

Assim, a proteção das pessoas nessa condição realiza-se de forma diversa, como de fato aconteceu no Brasil em que foram negados os pedidos de refúgio e concedidos vistos permanentes por razões humanitárias. Concordamos com tal posicionamento, não estando na condição de refugiados os migrantes haitianos haja vista a ausência de perseguição na maioria dos casos. No entanto, a negativa não poderia significar o desamparo dessas pessoas que estavam em condições de miserabilidade no Haiti e também ao chegar no Brasil, enquanto perdurou a indefinição do seu status legal.

A Resolução Normativa nº 97, para solucionar a questão, determinou que fossem concedidos vistos permanentes por motivos humanitários aos haitianos regularizando sua situação jurídica. Posteriormente, foi aprovada a Lei de Migração, já em vigor, que deu status legal a esse tipo de visto.

8. CONCLUSÃO

O arcabouço jurídico e institucional deparou-se com intensificação imigratória de características não previstas, seja por sua magnitude seja por suas motivações quando da chegada dos imigrantes haitianos no Brasil. O aparato estatal, baseado no

¹⁸⁷ JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci. O. S.. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 275-294, 2010. p. 289.

¹⁸⁸ JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci. O. S.. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 275-294, 2010. p. 290.

Estatuto do Estrangeiro, fundamentado no paradigma da segurança nacional, mostrou-se insuficiente para a complexidade das questões migratórias suscitadas. Demandou-se a reorganização das instituições a fim de suprir a situação de anomia e garantir direitos básicos aos envolvidos.

Neste trabalho, objetivando delimitar a legislação aplicável ao questão em estudo, fez-se breve exposição da legislação internacional tangente ao caso e constatamos que a categoria de migrantes para qual é despendida maior proteção são os refugiados. Buscou-se também analisar a legislação interna, que preponderantemente reconhecia proteção aos refugiados por meio do Estatuto dos Refugiados que em muitos aspectos reproduziu a legislação internacional. Em continuidade ao estudo da legislação doméstica, contextualizamos o Estatuto do estrangeiro como uma lei baseada no paradigma de manutenção da segurança nacional e incapaz de abarcar a complexidade do fenômeno migratório.

Ademais, destacamos as diferentes espécies de migrantes podendo ser eles forçados ou voluntários, sendo os primeiros compelidos a migrarem por fatores externos a vontade e os últimos, migrantes por conveniência pessoal. Tal exposição teve por objetivo enquadrar os migrantes haitianos como migrantes forçados.

Foi exposto que os migrantes do caso em estudo são migrantes forçados vez que se deslocaram devido à falência estatal em prover as mínimas condições de sobrevivência e à situação extrema de miserabilidade. Não se enquadrando como refugiados por não estarem submetidos à perseguição, não havia previsão de concessão de visto que os permitisse permanecer no Brasil legalmente, dadas as peculiaridades fáticas.

Nesse contexto, o CONARE corretamente negou refúgio aos migrantes conforme o exposto neste trabalho, remetendo a questão ao CNIG com fulcro na Resolução Normativa nº 27 a qual dispôs que casos omissos e situações especiais serão submetidas ao CNI, para análise individual. A fim de solucionar questões emergenciais, e não havendo instituto jurídico adequado à época, foi criado por meio de resolução o visto humanitário que representou a possibilidade dos haitianos imigrar legalmente para o Brasil.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto, concluiu-se corretamente que os haitianos não correspondiam aos critérios legais para concessão de refúgio por não constatar-se o elemento necessário ‘perseguição’. Inexistente outro meio adequado no ordenamento jurídico brasileiro, criou-se infra legalmente a acolhida humanitária a qual posteriormente passou ao status legal vez que a Lei de Migração passou a prevê-la.

REFERÊNCIAS

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Coletânea de Instrumentos de Proteção Nacional e Internacional de Refugiados e Apátridas**. [S.l.]: ACNUR, 2017. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2012/Lei_947_97_e_Coletanea_de_Instrumentos_de_Protecao_Internacional_de_Refugiados_e_Apatridas> Acesso em: 01 ago. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. **Diário oficial da União**. Brasília: 24 maio 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso em: 7 out. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. **Diário oficial da União**. Brasília: 23 jun. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm> Acesso em: 01 out. 2017.

DECLARAÇÃO de Cartagena. **Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários**. Cartagena: 1984. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf> Acesso em: 11 out. 2017.

TERREMOTO e crise levaram à migração. **Revista em discussão! Revista de audiências públicas do Senado Federal**. Ano 3 – Nº 10 – março de 2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/NOTICIAS/JORNAL/EMDISCUSSAO/upload/201201%20-%20marco/pdf/em%20discuss%C3%A3o!_marco_2012_internet.pdf> Acesso em: 1 nov. 2017.

FERNANDES, Duval; FARIA, Andressa Virgínia de. O visto humanitário como resposta ao pedido de refúgio dos haitianos. **Revista Brasileira de Estudos de**

População, São Paulo, v. 34, n. 1, p. 145-161, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-30982017000100145&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 out. 2017.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. 240p. São Paulo: Método, 2007. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/O_Direito_Internacional_dos_Refugiados.pdf?view=1> Acesso em: 23 set. 2017.

JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci. O. S.. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 275-294, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322010000100013&lng=en&nrm=iso>. access on 17 Nov. 2017. <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322010000100013>>. Acesso em: 07 Nov. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ACNUR. **Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados**. 1967. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967> Acesso em: 18 out.2017.

VERAN, Jean-François; NOAL, Débora da Silva; FAINSTAT, Tyler. Nem Refugiados, nem Migrantes: A Chegada dos Haitianos à Cidade de Tabatinga (Amazonas). **Dados**, Rio de Janeiro, v. 57, n. 4, p. 1007-1041, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582014000401007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 08 Nov. 2017.

TÍTULO TERCEIRO

**DIREITO INTERNACIONAL E AS
TRANSFORMAÇÕES NO MUNDO
GLOBALIZADO**

ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS,
NACIONALIDADE, IMIGRAÇÃO E REFUGIADOS

Professora Supervisora do Grupo de Pesquisa:
Profa. Dra. Maria de Lourdes Monteiro Albertini

A GUERRA DA BÓSNIA-HERZEGOVINA E O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL NA EX-IUGOSLÁVIA

*Bárbara Thaís Pinheiro Silva*¹⁸⁹

*Jéssica Batista Barbosa*¹⁹⁰

1. INTRODUÇÃO

Durante quase quatro anos - entre 1992 e 1995 - a população da Bósnia-Herzegovina decaiu 9,3% (THE WORLD BANK, 2017), em decorrência dos diversos conflitos sangrentos deflagrados em sua região. Como em toda batalha, isso decorre do contexto histórico que influenciou consideravelmente a trajetória da Bósnia-Herzegovina, revelando o motivo pelo qual atualmente o país continua passando por incertezas políticas-sociais, alto índice de discriminação e também desemprego. Um dos crimes praticados na guerra da Bósnia foi o crime de genocídio. Este constitui em uma infração de natureza grave no qual o indivíduo que pratica não quer atingir somente uma pessoa – mesmo que o faça fisicamente – mas destruir a totalidade – ou parte – de um grupo específico, seja racial, nacional, étnico ou religioso. E o objetivo de sua tipificação é a punição, a repressão e a prevenção do crime.

A necessidade de tipificar o genocídio foi logo depois da Segunda Guerra Mundial, no Tribunal de Nuremberg, onde não usaram o termo, especificamente, mas deram os primeiros passos na construção do conceito de o crime contra a humanidade. O vocábulo foi utilizado pela primeira vez por Raphael Lemkin (1948), jurista polonês, em seu livro “*Axis rule in occupied europe: laws of occupation, analysis of government, proposals for redress*” de 1944 e, posteriormente, o crime foi tipificado na Convenção para Prevenção e Repressão do Genocídio, de 1948.

¹⁸⁹ Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduanda em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

¹⁹⁰ Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais / *campus* Coração Eucarístico.

No entanto, antes da comunidade internacional chegar a um consenso sobre o que é genocídio, diferentes conceituações foram empregadas para caracterizar eventos históricos injuriosos, que envolveram graves violações as normas de Direito Internacional Humanitário e de Direitos Humanos, tais como a tentativa de eliminação dos judeus por Hitler, sendo denominado de o Holocausto; a expressão “Campos da Morte”, faz menção a matança de milhares de cidadãos de Camboja no período de 1975 – 1979.

Embora alguns doutrinadores consideram o Genocídio o crime dos crimes, frisamos que não há uma hierarquia quanto a gravidade dos crimes internacionais, visto que todos dizem respeito as violações de Direitos Humanos de maneira atroz.

Destarte, o presente trabalho se propõe analisar a atuação do Tribunal Penal Internacional da ex-Iugoslávia, mormente no caso de crime de genocídio perpetrado no conflito da Bósnia-Herzegovina. Tema totalmente relevante é este, haja vista que a definição do termo “genocídio” é imprescindível a partir do prisma legal, além de o seu elemento caracterizador “intenção” ser necessário para o julgamento dos casos que envolve genocídio. Ademais, como veremos, o conflito da Bósnia é considerado o conflito mais sangrento deflagrado no território da ex-Iugoslávia, razão pela qual escolhemos este caso para analisarmos.

Em 1993, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia floresce, com a promulgação da Resolução 827 do Conselho de Segurança da ONU. A Resolução determina que o papel do Tribunal seja executado sem prejuízo do direito das vítimas de buscar indenização por danos incorridos como resultado de violações do Direito Internacional Humanitário. Um dos objetivos principais seria evitar a impunidade dos indivíduos que cometeram crimes, sob a competência do tribunal, na região da ex-Iugoslávia durante a guerra dos anos de 1990.

Um dos fundamentos que legitima a criação do referido Tribunal é o fato das autoridades no âmbito doméstico normalmente não possuírem capacidade para julgar casos de tamanha complexidade como os que são julgados pela justiça penal internacional.

Ademais, salienta-se que, a determinação quanto se uma ação é considerada genocídio ou não é legalmente complexa, dependendo, portanto, de uma análise rígida dos fatos à luz da Convenção sobre Genocídio, de 1948. Poucos casos foram considerados pelos órgãos judicantes internacionais como genocídio. Dentre eles, analisaremos o caso do conflito Bósnia-Herzegovina, julgado pelo Tribunal Penal

Internacional para antiga Iugoslávia. É um caso emblemático, envolvendo questões de “limpeza étnica” e violações drásticas de Direitos Humanos.

Por fim, com as constantes violações às normas de Direito Internacional, especialmente as normas de Direito Penal Internacional, a comunidade internacional decidiu, após o estabelecimento de tribunais *ad hoc* – para a ex-Iugoslávia e para a Ruanda, a implantação de um Tribunal Penal Internacional permanente, visando assegurar a defesa dos Direitos Humanos na esfera jurídica de maneira duradoura.

2. CONTEXTO HISTÓRICO – FORMAÇÃO E DESINTEGRAÇÃO DA EX-IUGOSLÁVIA

A República Federativa da Iugoslávia, no início da década de 1990, era um dos maiores e mais desenvolvidos países dos Balcãs. Era composta por seis repúblicas: Bósnia-Herzegovina, Croácia, Macedônia, Montenegro, Sérvia e Eslovênia. Além das duas regiões separadas - Kosovo e Vojvodina - que eram províncias autônomas na República da Sérvia.

Com o colapso do comunismo e com o ressurgimento do nacionalismo na Europa Oriental, no final da década de 1980 e início da década de 1990, a Iugoslávia sofreu um período de intensa crise política e econômica. O governo central enfraqueceu. O nacionalismo se fortaleceu. Diversos partidos políticos floresceram nesse período. Sendo que alguns partidos defendiam a independência absoluta das repúblicas, enquanto outros pediam apenas maiores poderes para certas repúblicas. Os líderes políticos advogavam a tese do nacionalismo com o fim de erradicar a identidade iugoslava comum e alimentar o medo e a insegurança entre grupos distintos étnicos.

MAPA 1 – República Federal Socialista da Iugoslávia - 1991



Fonte: TPII

A primeira das seis repúblicas a deixar oficialmente a Iugoslávia foi a Eslovênia, declarando a independência em 25 de junho de 1991. No mesmo dia, a Croácia declarou, também, a sua independência. No entanto, diferente da Eslovênia, a retirada da Croácia foi a base de sangue. De 1998 a 1999, Kosovo passou por um período de conflito interno, no qual a comunidade étnica albanesa lutava por sua independência da Sérvia. Em 1991, a antiga República Iugoslava da Macedônia declarou a independência, gozando de uma separação pacífica. No entanto, no início de janeiro de 2001, o grupo militante do exército de libertação nacional albanesa (NLA) entrou em confronto com as forças de segurança da república com o objetivo de obter autonomia ou independência para as áreas albanesas no país. (INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA, 2017).

De todos os conflitos deflagrados na antiga Iugoslávia, o conflito de separação da Bósnia-Herzegovina, iniciado em 1992, é considerado o conflito mais sangrento. O governo da Bósnia-Herzegovina era marcado pela diversidade étnica, uma vez que a população era composta por 43% muçulmanos da Bósnia, 33% sérvios da Bósnia, 17% de croatas da Bósnia e 7% de outras nacionalidades. Além disso, a posição estratégica da república tornou-se objeto de desejo da Sérvia e da Croácia, uma vez que ambas, em uma reunião secreta, em 1991, planejavam dividir a região. Em 1992, em um referendo boicotado pelos sérvios da Bósnia, mais de 60% dos cidadãos votaram pela

independência. Por meio de uma ação militar os sérvios conseguiram controlar mais de 60% do país. Os croatas da Bósnia rejeitaram a autoridade do governo da Bósnia e declararam sua própria república com o apoio da Croácia. O conflito se transformou em uma sangrenta luta, sendo os civis de todas as etnias vítimas de crimes horríveis. Estima-se que mais de 100 mil pessoas foram mortas e 2 milhões de pessoas, mais de metade da população, foram forçados a fugir de suas casas. A pior atrocidade da guerra ocorreu no verão de 1995, quando a cidade bosniana de Srebrenica, uma área segura declarada pela ONU, foi atacada por forças lideradas pelo comandante dos sérvios da Bósnia, Ratko Mladić, que ordenou a morte de mais de oito mil homens e meninos muçulmanos da Bósnia, configurando um ato de genocídio. As mulheres e crianças da cidade foram expulsas. Radovan Karadžić é o ex-presidente da entidade da Sérvia da Bósnia, conhecida como Republika Srpska e comandante supremo do Exército dos Sérvios da Bósnia. Foi acusado de genocídio e muitos outros crimes cometidos contra os não-sérvios na Bósnia-Herzegovina durante a guerra de 1992-1995 (INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA, 2017).

A região dos Bálcãs é marcada por um mosaico étnico, no qual distintos reinos e impérios perpassaram o seu território. No século VII iniciou-se o povoamento eslavo e em 1386 Sarajevo foi governada por turcos, influenciando a região com a sua cultura e religião islâmica. Em 1878, a Bósnia passou a ser ocupada pelo exército austríaco e em 1908 se torna parte do Império Austro-Húngaro. É notável a grande presença de diferentes povos na península balcânica que historicamente passou por variados domínios – bizantinos, otomanos e austríacos – até se unificar e logo depois fragmentar. Por sua característica étnica, a região muitas vezes se tornou palco de conflitos sangrentos e causa, até hoje, tensões políticas e sociais (MELLO; BERCOVICI, 2018).

Atualmente, os grupos étnicos na Bósnia-Herzegovina são Bósnios 50,1%, Sérvios 30,8%, Croatas 15,4%, outros 2,7%, não declarados 1%. Quanta a distribuição dos grupos religiosos, temos muçulmanos (50,7%), ortodoxos (30,7%), católicos (15,2%), ateus (0,8%), agnósticos (0,3%), outros (1,2%) e não declarados (1,1%) (CENTRAL INTELLIGENCE AGENCY, 2017).

MAPA 2 – BÓSNIA-HERZEGOVINA



Fonte: Google Maps

A Iugoslávia deu início ao seu processo de unificação depois da Primeira Guerra Mundial, com o colapso do Império Austro-Húngaro, e constituiu-se em uma monarquia ditatorial em 1918, que, posteriormente, recebeu o nome de Reino da Iugoslávia, sendo controlada por sérvios. O que, de certa forma, estava claro que não teria sucesso eternamente. Durante poucos anos o Reino da Iugoslávia permaneceu em disputas entre sérvios e croatas pelo protagonismo político. Posteriormente, em 1941, foi invadida pela Alemanha Nazista e Itália fascista, o que provocou uma reestruturação do poder político da região e também dos territórios, garantindo a passagem de tropas alemãs pelo país e de recursos importantes para a sua manutenção durante a guerra (MELLO; BERCOVICI, 2017).

Por fim, nasce o Estado Independente da Croácia que, na prática, foi uma independência aparente, pois esta não existia pelo fato de que o Estado era completamente controlado em seus assuntos - principalmente internos - pela Alemanha, e é por isso que também é chamado de *puppet State* (estado fantoche). A partir do *puppet state*, nasce o partido político de extrema direita, a *Ustase*, com uma direção simpatizante com a limpeza étnica contra os sérvios (SILVA, 2018).

Todavia, a população iugoslava não somente tentou resistir o exército nazista, como também iniciou batalhas internas entre suas diferentes etnias para o controle da

região. Havia duas resistências notáveis, os Chetniks que eram nacionalistas sérvios que idealizavam a “Grande Sérvia” e os Partisans, iugoslavos de várias nacionalidades com inclinação comunista liderados por Josip Broz Tito. Foram quatro anos de batalhas e por fim, com o apoio inglês e soviético, os Partisanos venceram e Tito instaurou a República Socialista Federativa da Iugoslávia (1945), que agregava a Sérvia, Croácia, Eslovênia, Montenegro, Macedônia e Bósnia-Herzegovina, e regeu de forma ditatorial até a sua morte (SILVA, 2018).

Josip Broz Tito, além de aderir à política de não alinhamento durante a Guerra Fria, conseguiu conter o antagonismo político interno de diferentes etnias, contudo após sua morte os movimentos nacionalistas cresceram, com destaque para os líderes sérvios, croatas e bósnios - respectivamente Slobodan Milosevic, Franjo Tudman e Alija Izetbegovic. Todavia o fim da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), em 1991, foi o estopim que propulsionou a independência de regiões na antiga Iugoslávia, como a Macedônia, a Eslovênia e a Croácia. Esse cenário propiciou o desejo pela independência da Bósnia-Herzegovina, porém dentro da própria região havia três grupos étnicos com distintas opiniões acerca da política: os sérvios-bósnios que defendiam a anexação do território que continha a maior parte da população sérvia da Bósnia, os bósnios-muçulmanos que defendiam a total independência da Bósnia e os bósnios-croatas que alegavam a anexação total da Bósnia a Croácia (SILVA, 2018).

Em 1992 os bósnios-muçulmanos declararam independência da Bósnia e os sérvios, representados por Karadzic, iniciaram uma guerra civil ao cercarem a cidade de Sarajevo – que durou até 1995 – e atacaram os muçulmanos, além de avançarem, também, pelo território bósnio. Um dos marcos da guerra, por parte dos sérvios, foi a realização da limpeza étnica dos bósnios-muçulmanos e croatas com inúmeros massacres, sendo o mais conhecido o de Srebrenica. A Sérvia apoiou as tropas de Karadzic e Mladic até 1994 quando foi obrigada a retirar-se pelas potências ocidentais. Ao mesmo tempo, o exército bósnio conseguiu suporte de tropas iranianas e de outros países muçulmanos.

A guerra foi finalizada com a negociação de paz chamada Acordo de Dayton, que se tornou a própria Constituição do país, declarando a Bósnia-Herzegovina independente, porém com federações internas controladas, novamente, pelas diversas etnias presentes. Houve a criação da Federação da Bósnia-Herzegovina – comandada por bósnios-muçulmanos e croatas – e a República Sérvia da Bósnia (ou República Sprska) comandada por sérvios-bósnios (PERES, 2013).

O acordo reconhece as nacionalidades e idiomas sérvios, croatas e bósnios. Porém, o mesmo apenas pacificou a região sem resolver o problema de fato, já que pode se dizer que a Bósnia não é uma nação no sentido *lato sensu*, pois sua população em grande parte não se considera bósnios e até mesmo para adquirir uma visibilidade política o indivíduo teria que escolher sua cidadania - entre servo ou croata - pois, segundo Peres (2013), os direitos sociais, culturais e políticos dependem do pertencimento da pessoa a uma das duas entidades e de seu pertencimento aos grupos nacionais. Até mesmo o poder político na Bósnia é dividido entre três nacionalidades, propiciando a existência da “presidência colegiada rotativa” ou triunvirato presidencial.

Ademais, para prevenir o descumprimento do acordo, foi estabelecido um controle político pela ONU através de um representante que possui altos poderes Bonn Powers, sendo maiores, até mesmo, do que os próprios presidentes da Bósnia-Herzegovina (PERES, 2013).

Sendo assim, conclui-se que o Acordo de Dayton construiu uma “ficção legal”, que serviu para preservar a “ficção” do Estado, sem alteração de suas fronteiras, ao mesmo tempo em que o fato de ser um Estado fictício fez com que aqueles que o rejeitaram concordassem com a sua existência, visto que se trata de um Estado no qual o consenso é impossível. Daí o papel do alto representante das Nações Unidas, que possui poderes legislativos e executivos, para não dizer ditatoriais, com o objetivo de garantir a funcionalidade do mesmo (HAYDEN apud PERES, 2013)

3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO CRIME DE GENOCÍDIO

Primeiramente é necessário explicar que o genocídio se constitui juridicamente em crime somente após a Segunda Guerra Mundial, contudo essa prática é existente em vários momentos históricos: durante o período da colonização vários grupos nativos foram exterminados; entre 302 – 304 d.C. os Éditos de Diocleciano foram promulgados com o escopo de perseguir os cristãos – considerada, por alguns, como a perseguição mais sangrenta aos cristãos, no Império Romano; e também durante as Cruzadas, na Idade Média, milhares de pessoas morreram. (CANÊDO, 1998).

A história nos revela que um dos principais fatores que originaram o genocídio foi o conflito entre religiões distintas, já que estas são um instrumento de grande efetividade na tentativa de dominação de povos. No entanto, a compatibilidade de

crenças em uma dada região encadeia menores tensões e hostilidades, e um exemplo de tal assertiva foram as missões dos padres jesuítas no decorrer da colonização do Brasil com a população indígena. Além disso, podemos afirmar que o III Reich se diferenciou dos outros genocídios na história do homem devido a sua característica peculiar ao tratar indivíduos de determinadas raças e etnias com a utilização de campos de concentração, no qual ocorria a execução sumária de milhares de vítimas do sistema hostil e cruel (CANÊDO, 1998).

Com a criação do Tribunal de Nuremberg, em 1945, o seu Estatuto – art. 6º a, b e c – elencou os crimes pelos quais os acusados do Tribunal seriam julgados. Dentre eles foram estabelecidos os crimes contra a paz, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade, este último que, seria o embrião da configuração do crime de genocídio. Em 1946, a Resolução n.96 (I) da Assembleia Geral da ONU reconhece, pela maioria dos Estados, a Carta do Tribunal de Nuremberg e seus princípios.

Os crimes contra a humanidade dizem respeito à proteção de Direitos Humanos fundamentais que, por suas dimensões e amplitude, merecem guarida em nível internacional. [...] Trata-se dos mais graves crimes cometidos contra o indivíduo e grupos humanos, e são punidos pelas legislações internas de todos os povos. E foi em Nuremberg que, pela primeira vez, se buscou agrupá-los em uma só noção de crimes contra a humanidade (CANÊDO, 1998, p.73).

O crime de genocídio foi conceituado juridicamente somente na Convenção para Prevenção e Repressão do Genocídio (1948), em que foi desassociado dos crimes contra a humanidade e integrou sua própria natureza, lançando sua individualização estabelecida no art. 6º do Estatuto de Roma. Neste artigo entende-se por “genocídio” os atos (homicídio; ofensas graves à integridade física ou mental; sujeição intencional a condições de vida com vista a provocar a sua destruição; imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos; transferência, à força, de crianças do grupo para outro) praticados com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso enquanto tal.

4. O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA E A TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE GENOCÍDIO

O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (doravante ICTY ou TPII) foi o primeiro órgão internacional criado pela Organização das Nações Unidas (ONU) logo depois do Tribunal de Nuremberg e o de Tóquio, em 1993, estabelecido pelo

Conselho de Segurança da ONU, à luz do que determina o artigo 7º da Carta das Nações Unidas.

Este tribunal é *ad hoc* criado para julgar os responsáveis pelas violações do Direito Internacional Humanitário praticadas na guerra da antiga Iugoslávia nos anos de 1990. São quatro tipos de crimes julgados pelo tribunal, sendo um deles o genocídio e os outros seriam graves infrações da Convenção de Genebra de 1949, violações de leis e costumes de guerra e ainda crimes contra a humanidade (INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA, 2018).

O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, desde a sua criação em 1993, mudou irreversivelmente a paisagem do Direito Internacional Humanitário e proporcionou às vítimas a oportunidade de expressar os horrores que testemunharam e experimentaram. O Conselho de Segurança das Nações Unidas aprovou, pelas Resoluções 1503 e 1534, a estratégia de conclusão do Tribunal, composto por um plano trifásico, que determina o encerramento das investigações até o final 2004, enquanto que os julgamentos devem ser realizados até o final de 2008 e a conclusão de todo o trabalho deve ocorrer em 2010. No entanto, devido a prisão tardia dos fugitivos, tais como Goran Hadžić, preso em 2011, além da complexidade de certos casos, as estimativas iniciais tiveram que ser revisadas para garantir os mais altos padrões de equidade processual. Frisa-se que o TPII tem por principal escopo julgar os responsáveis por atos cruéis, como assassinatos, tortura, estupro, escravidão, destruição de bens e outros crimes enumerados no Estatuto do Tribunal. Desta forma, o TPII estaria dissuadindo os crimes futuros e estaria prestando socorro as milhares de vítimas e suas famílias, contribuindo para uma paz duradoura. O Tribunal julgou mais de 160 pessoas. Os indiciados incluem chefes de estado, primeiros ministros, militares do exército, ministros do interior e outros líderes políticos e militares. Os casos julgados abordam os crimes perpetrados no período de 1991 a 2001 contra membros de vários grupos étnicos na Croácia, Bósnia-Herzegovina, Sérvia, Kosovo e Antiga República Jugoslava da Macedónia (INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA, 2018).

Em seu último relatório divulgado em 17 de maio de 2016, o Presidente do TPII, Carmel Agius, afirma que o Tribunal já encerrou 151 processos dos 161 indivíduos indiciados. Ademais, afirma que o Tribunal continua a implementar a estratégia de conclusão a todos os esforços para atingir seus objetivos e concluir os demais

juízos nas datas estabelecidas (INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA, 2018).

O trabalho do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (TPII) teve grande importância e inspirou a implementação de dois tribunais temporários: o Tribunal Penal Internacional para Ruanda e o Tribunal Especial para Serra Leoa. A jurisdição do TPII está sob pessoas naturais, somente, e não pode processar grupos políticos, organizações ou Estados por agressões ou crimes contra a paz, sendo estes dois últimos de competência da Corte Internacional de Justiça (CIJ). Até hoje foram 161 pessoas indiciadas e 83 sentenciadas, destas 56 já cumpriram sua sentença e 16 foram transferidas para tribunais nacionais da ex-Iugoslávia. Esse mecanismo de transferência de casos fortalece o poder jurídico da região dos Bálcãs para enfrentar situações de violação que normalmente são corriqueiras em tempos de guerra (INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA, 2018).

No tocante a definição do crime de genocídio, como anteriormente já esclarecido, predomina o elemento subjetivo do Direito Penal, isto é, na análise do crime tem-se que ater na intenção do autor do ato delituoso cometido. Assim sendo, para o ato referente ao art.4º do Estatuto do TPII a intenção do agente seria a de destruir um grupo étnico, religioso, racial ou nacional, e nesse sentido em um dado caso hipotético se o indivíduo comete mil homicídios com intenção apenas de matar não constitui genocídio, porém constituiria se praticasse apenas um homicídio com o desejo de destruir um grupo específico.

Em sua jurisprudência, o TPII contribuiu com o conceito de genocídio através do julgamento do caso de Srebrenica, onde foi adotado o entendimento de “limpeza étnica” como uma das formas estabelecidas para prática do crime (TAQUARY; CORRÊA, 2018)

A atuação do TPII também cooperou para a proteção de grupos étnicos na atualidade, visto que, no início dos julgamentos houve constantemente a discussão da proteção concedida pela IV Convenção de Genebra e se esta se aplicava ao caso dos bósnios muçulmanos e sérvios. A grande questão era se eles poderiam ser vistos como partes distintas diante dos conflitos, porque a Convenção não protegia disputas internas de uma mesma nacionalidade – tinha-se uma interpretação estrita do artigo 4º do tratado, que dispõe:

São protegidas pela Convenção as pessoas que, num dado momento e de qualquer forma, se encontrem, em caso de conflito ou ocupação, em poder de uma Parte, no conflito ou de uma Potência ocupante de que não sejam súbditas. Os súbditos de um Estado que não esteja ligado pela Convenção não são protegidos por ela. Os súbditos de um Estado neutro que se encontrem no território de um Estado beligerante e os súbditos de um Estado co-beligerante não serão considerados como pessoas protegidas enquanto o Estado de que são súbditos tiver representação diplomática normal junto do Estado em poder do qual se encontrem (CONVENÇÃO DE GENEBRA IV, 2017).

Todavia, o sentido do artigo supracitado foi adequada à modernidade e retirada a compreensão literal das pessoas que eram protegidas pela Convenção, pois no caso da guerra da Bósnia as partes do conflito eram da mesma nacionalidade, mas não havia o sentimento de nação entre os povos, os indivíduos possuíam um vínculo mais sólido com suas comunidades étnicas específicas. Em virtude disso, Leonardo Borges (2016) afirma que limitar o âmbito de proteção das vítimas contraria a própria finalidade da Convenção e até mesmo o próprio conceito de Direitos Humanos.

Os julgamentos dos líderes políticos reforçam a ideia de que a posição superior de um indivíduo frente as pessoas subordinadas não o protegem da acusação, sendo assim eles possuem maior responsabilidade pelos delitos praticados no processo de individualização de culpa. A posição oficial de qualquer acusado, seja como Chefe de Estado ou de Governo ou como funcionário responsável do governo, não deve atenuar essa pessoa de responsabilidade criminal nem mitigar punição, como bem determina o art. 7º (2) Estatuto do TPII (AJONU, 2018).

Além disso, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia tem demonstrado imparcialidade com os casos em virtude de julgarem, igualmente, as outras partes do conflito que também cometeram crimes - e não apenas a parte perdedora. Como por exemplo, Rahim Ademi e Mirko Norac, este nascido na Croácia e aquele em Kosovo, participaram da operação militar “Medak Pocket” que matou cerca de 100 sérvios além de capturar e ferir soldados. Outro caso que também pode ser ilustrado é o de Milivoj Petkovic, croata que foi considerado culpado pelos seguintes crimes: contra a humanidade, contra os costumes da guerra e violações graves da Convenção de Genebra. Tal imparcialidade tomada pelo tribunal é de grande valor à situação uma vez que não se compara ao tribunal de Nuremberg, que é repleto de críticas quanto aos seus procedimentos (AJONU, 2018).

5. A MOROSIDADE DO TPI

Alguns autores, legisladores e até mesmo Estados argumentam que o TPII tem sido bastante moroso em seus julgamentos, ineficiente e também com alto custo. Porém esse tipo de alegação está fundado em comparações entre o TPII com tribunais domésticos, sendo que seria mais justo compará-lo com tribunais internacionais por simplesmente possuir casos mais complexos, que conseqüentemente custam mais e exigem mais tempo. Além disso, tem-se que analisar a complexidade de cada tribunal e de cada caso, pois nem todos estão nivelados e cada um possui sua peculiaridade (FORD, 2018).

Outrossim o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia pode ser considerado mais eficiente que o Tribunal Especial para Serra Leoa (SCSL), mesmo que este tenha sido mais barato - pois ele meramente possui menos casos.

Contudo, não é surpreendente que os julgamentos sejam longos ou caros, porque até a relevância dos crimes pequenos julgados pelo TPII possuem natureza grave se comparados com o âmbito doméstico, e ainda poucos casos internos podem ser equiparados aos julgados pelo TPII, como por exemplo os que abrangem atrocidades em massa. De todo modo, segundo Stuart Ford (2018), o TPII é mais eficiente que os julgamentos de casos de atrocidades em massa nos Estados Unidos e na Europa. E completa dizendo que argumentar que os julgamentos do tribunal são longos e caros não passa de senso comum e invenção.

Ademais, frisa-se que o objetivo da justiça penal internacional é a defesa dos Direitos Humanos, e, por conseguinte tem que ser vista de forma complementar às ações internacionais de cunho político ou militar (COELHO, 2009).

6. CONCLUSÃO

Em suma, depreende-se que dado uma observação da situação atual da Bósnia-Herzegovina pode-se concluir que não há certezas em relação ao fim dos seus conflitos. A guerra pode ter acabado pelo Acordo de Dayton, mas ela ainda é muito recente e vive na memória dos bósnios (sérvios, croatas e muçulmanos). Ademais não é surpreendente que a condição do país não tenha sido concluída, visto que seus pesares ao longo da história constataam que a região dos Bálcãs não sobreviveria pacificamente com todas as etnias reunidas e hoje só se pode afirmar tal sentença porque a Bósnia

vive sob o supervisionamento do alto representante das Nações Unidas. Ademais, povos com cultura, língua e religião diferentes podem apenas conviver pacificamente e harmonicamente se houver respeito mútuo.

O TPI para a ex-Iugoslávia possui um grande papel para pôr fim às violações cometidas na guerra civil da Bósnia, a partir de 1991, e restaurar e manter a paz. Sua jurisdição engloba todo o território da antiga Iugoslávia incluindo espaço aéreo e marítimo.

Apesar de seu objetivo contribuir para a preservação da paz julgando os sujeitos que praticaram crime – qualquer das quatro violações de competência do tribunal – sabemos que prevenir outra guerra não cabe somente ao papel dado ao TPII, embora este esteja realizando até então um bom trabalho. O que motiva os indivíduos a praticarem crimes é mais do que uma simples regulamentação ou repressão da comunidade internacional e, com todo o sentimento ainda presente entre os bósnios – que já foi discutido – essa pode não ser a única solução.

A jurisprudência do TPII tem sido bastante efetiva em relação ao desenvolvimento do conceito do crime de genocídio, e um dos motivos de ter essa grande relevância é que o TPII é um dos primeiros tribunais *ad hoc* a julgar crimes internacionais graves e, além disso, estar em conformidade com todos os aspectos processuais e princípios legais, como o devido processo legal e *non bis in idem*, este resguardado no artigo 10 do Estatuto do TPII (SILVA, 2018).

Em maio de 1993, o Tribunal Penal para a ex-Iugoslávia foi criado pelas Nações Unidas em resposta a atrocidades em massa, que ocorrem na Croácia e na Bósnia-Herzegovina. Relatos que descrevem crimes horríveis, em que milhares de civis foram mortos e feridos, torturados e abusados em campos de detenção e centenas de milhares expulsos de suas casas, causaram indignação em todo o mundo e estimularam o Conselho de Segurança da ONU a agir.

As decisões judiciais do TPII estabeleceram precedentes sobre genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, demonstrando que os líderes políticos não estão isentos da justiça, visto que os suspeitos de ter a maior responsabilidade pelas atrocidades cometidas podem ser chamados a conta, bem como que a culpa deve ser individualizada.

O Tribunal estabeleceu as bases para o que é agora a norma aceita para resolução de conflitos e desenvolvimento pós-conflito em todo o mundo, especificamente que líderes suspeitos de crimes em massa enfrentarão a justiça. O

Tribunal provou que é possível uma justiça internacional eficiente e transparente. Ademais, o Tribunal ajudou as comunidades a enfrentar sua história recente. Os crimes em toda a região não podem mais ser negados. Por exemplo, provou-se sem dúvida razoável que o assassinato em massa em Srebrenica foi genocídio.

Enquanto o número mais significativo de casos ouvidos no Tribunal tratou de supostos crimes cometidos por sérvios e sérvios da Bósnia, o Tribunal investigou e apresentou acusações contra pessoas de todas as origens étnicas. As condenações foram garantidas contra os croatas, bem como os dois muçulmanos da Bósnia e os albaneses do Kosovo por crimes cometidos contra os sérvios e outros. Embora os seus julgamentos demonstrem que todas as partes nos conflitos cometeram crimes, o Tribunal considera sua imparcialidade e equidade serem de suma importância. Não leva nenhum lado no conflito e não tenta criar qualquer equilíbrio artificial entre diferentes grupos. A evidência é a base sobre a qual a acusação apresenta um caso.

Sem dúvida, o trabalho do Tribunal tem um grande impacto nos estados da ex-Iugoslávia. Simplesmente removendo alguns dos criminosos mais antigos e notórios e responsabilizando-os. Sendo assim, o Tribunal contribuiu para acabar com a impunidade e abriu caminho para a reconciliação.

REFERÊNCIAS

AJONU. **O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (UN-ICTY)**. Disponível em: <<https://ajonu.org/2012/10/17/o-tribunal-penal-internacional-para-a-ex-iugoslavia-un-icty/>>. Acesso em: 05 fev. 2018

BERCOVICI, Gilberto; MELLO, Cecília Antakly de. **Bósnia-Herzegovina: Uma Análise Geopolítica**. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67249/69859> Acesso em: 05 fev. 2018

BORGES, Leonardo. **O Direito Internacional Humanitário**. 1. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

BRASIL. Decreto nº4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 setembro 2002.

CANÊDO, Carlos. **O genocídio como crime internacional**. 1. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CENTRAL INTELLIGENCE AGENCY. **Bosnia and Herzegovina**. Disponível em: <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/bk.html>. Acesso em: 05 fev. 2018

COMITÉ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **Jurisdicción de los Tribunales ad hoc para ex Yugoslavia y Ruanda por lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad y de genocidio**. Disponível em: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdl7n.htm>. Acesso em: 05 fev. 2018

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 827**. Disponível em:

[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/827\(1993\)&referer=http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/1993.shtml&Lang=E](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/827(1993)&referer=http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/1993.shtml&Lang=E). Acesso em: 05 fev. 2018

CONVENÇÃO de Genebra IV - 21 de outubro de 1950. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Conven%C3%A7%C3%A3o-de-Genebra/convencao-de-genebra-iv.html>. Acesso em: 05 fev. 2018

FORD, Stuart. **Complexity and Efficiency at International Criminal Courts**. Disponível em: <http://law.emory.edu/eilr/content/volume-29/issue-1/articles/complexity-efficiency-international-criminal-courts.html>. Acesso em: 05 fev. 2018

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **About the ICTY**. Disponível em: <http://www.icty.org/en/about>. Acesso em: 05 fev. 2018

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **The Conflicts**. Disponível em: <http://www.icty.org/en/about/what-former-yugoslavia/conflicts>. Acesso em: 05 fev. 2018

MELLO, Cecília Antakly de Mello; BERCOVICI, Gilberto. **Bósnia-Herzegovina: uma análise geopolítica**. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67249/69859>. Acesso em: 20 out. 2017

MOURA, Luiza Diamantino Moura; COELHO, Luiza Tângari. **Tribunal Penal Internacional: uma visão geral da Corte regida pelo Estatuto de Roma através de uma abordagem histórica, principiológica e conceitual**. Disponível em: http://centrodireitointernacional.com.br/static/revistaeletronica/volume5/arquivos_pdf/sumario/luiza_luiza.pdf. Acesso em: 05 fev. 2018

ONU. **International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia**. Disponível em: <http://www.icty.org/>. Acesso em: 05 fev. 2018

PERES, Andréa Carolina Schvartz. **O Debate Sobre A Representação Da Diferença E O Significado Da Guerra Na Bósnia-Herzegovina**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ha/v19n40/a16v19n40.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2018

SILVA, Daniel Neves. **Iugoslávia na Segunda Guerra Mundial.** Disponível em: <http://historiadomundo.uol.com.br/idade-contemporanea/iugoslavia-na-segunda-guerra-mundial.htm> Acesso em: 05 fev. 2018

TAQUARY, Eneida Orbage de Britto; CORRÊA, José Rossini Campos do Couto. **A Construção Do Conceito De Crime De Genocídio No Tribunal Penal Ad Hoc Para A Ex – Iugoslávia: O Caso Srebrenica.** Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/8760/1/A%20constru%C3%A7%C3%A3o%20do%20conceito%20de%20crima%20de%20genoc%C3%ADdio%20no%20Tribunal%20Penal%20ad%20hoc%20para%20a%20ex-Iugosl%C3%A1via%20-%20o%20caso%20Srebrenica.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2018

THE WORLD BANK. **Bosnia and Herzegovina.** Disponível em: <https://data.worldbank.org/country/bosnia-and-herzegovina>. Acesso em: 05 fev. 2018

**GUERRA MUNDIAL AFRICANA
E A NORMA *JUS COGENS*:**

ENFOQUE SOBRE O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

*Gabriel Nepomuceno Barbosa¹⁹¹***1. ANÁLISE HISTÓRICA**

As raízes dos conflitos na República Democrática do Congo podem ser encaradas a partir da soma de dois fatores. Para que se faça uma análise do primeiro, é necessário recorrer a um dos maiores massacres étnicos registrados na história: o genocídio em Ruanda (VALENZOLA, 2013), no ano de 1994, onde a maioria hutu dizimou a minoria tutsi, que por sua vez, eram detentores do poder político, como um meio de manifestar sua indignação em relação à forma que a política era exercida naquele território – passando distante dos interesses hutus (VALENZOLA, 2013). Com os intermináveis e sangrentos conflitos, ocorreu que o fluxo migratório cresceu de maneira estrondosa em direção à República Democrática do Congo (VALENZOLA, 2013). Apesar do fluxo ter ocorrido em maior parte pela parcela tutsi da população, estes não encontravam nada menos que discriminação pelos *banyamulenges*, representantes do povo tutsi originário do Congo (VALENZOLA, 2013). Entretanto, houve também uma parcela de hutus que migraram rumo à República Democrática do Congo, alguns com objetivo de fugir de uma possível retaliação tutsi e outros visando estabelecer um novo local de moradia, dada a violência que ocorria em Ruanda (VALENZOLA, 2013). Assim, em clima de extrema tensão, era questão de tempo até que um novo conflito se iniciasse, visto que ambos tutsis e hutus, somados aos tutsis congolezes, conviviam novamente no mesmo território.

O segundo fator determinante para os recorrentes conflitos no Congo podem ser resumido em um nome: Joseph-Desiré Mobutu. O primeiro ditador congolês é um personagem de suma importância para que se entenda de fato o conflito que perpetua até hoje na República Democrática do Congo. Durante todo seu período no poder, no

¹⁹¹ Graduando em Direito pela Pontifícia universidade Católica de Minas Gerais.

qual tornou a corrupção uma prática corriqueira no país, o ditador Mobutu buscava beneficiar apenas uma minoria congoleza, uma parcela populacional que detinha 70% da riqueza (ICG, 2012). A insatisfação popular com a extensa exploração dos recursos minerais da República Democrática do Congo, os quais não voltavam para a população, fez insurgir, no meio de uma imensurável revolta, a Aliança das Forças Democráticas pela Libertação do Congo-Zaire (AFDL), uma milícia armada composta por tutsis e apoiada por países como Ruanda, Angola e Uganda (VALENZOLA, 2013). Após considerável avanço por parte desse grupo, o líder Laurent-Desiré Kabila tomou o poder e decidiu por exilar Mobutu (VALENZOLA, 2013). Entretanto, por não desejar que os países que o apoiaram inicialmente ingerissem em seu governo, Kabila decidiu por expulsar as influências destes do território congolês (VALENZOLA, 2013), fato que causou considerável insatisfação por parte desses países, que, por sua vez, passaram a apoiar milícias menores, dando surgimento à diversas destas, as quais se destacam o Movimento pela Libertação do Congo (MLC), apoiada por Uganda e a União Congoleza pela Democracia (RCD), que por sua vez era favorecida por Ruanda (COOK, 2013). Foram justamente esses rompimentos e cisões que oportunizaram a Segunda Guerra do Congo, iniciada em 1998 (COOK, 2013), em uma marcante disputa por territórios e riquezas minerais. Mais uma vez, a República Democrática do Congo se via em um conflito armado de proporções ainda maiores, motivo pelo qual é denominado como a “Grande Guerra Africana” (VALENZOLA, 2013).

Caracterizado como a maior crise humanitária em duas décadas (COOK, 2013), a Guerra tomou proporções expressivas e chegou a matar mais de 5 milhões de pessoas (COOK, 2013) o que fez com que a ONU agisse, oportunizando os Acordos de Lusaka. Esses acordos, além de pregarem o cessar fogo e a retirada de tropas do país, o que, contudo, não foi devidamente respeitado, trouxeram uma resolução importante, qual seja, permissão para que a ONU passasse a enviar forças para a manutenção da paz no país. Dessa forma, os Acordos de Lusaka ensejaram a criação, em 1999, da Missão das Nações Unidas no Congo (MONUC), visando enviar missões recorrentes de peacekeeping para monitorar o cumprimento dos acordos e fazer com que a integridade física dos civis fosse mantida durante o desenrolar do conflito.

Essa medida, inclusive, foi interrompida devido à constatação de que durante a Guerra do Congo ocorreram as mais escandalosas violações aos direitos humanos – inclusive escândalos com os próprios “capacetes azuis”, como são conhecidos os soldados da paz da ONU. Foi noticiado, em 2011, que os capacetes azuis, incumbidos

da manutenção da paz na República Democrática do Congo, eram responsáveis também por estupro, pedofilia e prostituição em solo congolês. Em 2004, um relatório interno da organização, vazado à imprensa, dava conta de 68 supostos casos de estupro, prostituição e pedofilia por capacetes azuis da ONU na missão de paz do Congo. Segundo o documento, "a exploração sexual e abuso, particularmente a prostituição de menores, são generalizados e de longa data. Além disso, todos os principais batalhões estão aparentemente implicados" (O GLOBO, 2011; O MUNDO, p. 26).

Em 2002, um ano após o assassinato do então presidente Kabila, na cidade de Sun City, África do Sul, deu-se início a uma série de debates sobre a situação vivida pela República Democrática do Congo (VALENZOLA, 2013). Essas reuniões visavam convencionar um presidente provisório, haja a vista a necessidade de eleições democráticas e a promulgação de um novo texto constitucional. Entretanto, dado ao fato de existirem, no Congo, inúmeras partes e povos conflitantes, conceber um sistema político que agradasse a todos não foi tarefa simples. (VALENZOLA, 2013) Dessa forma, o acordo chegado ao fim de 2003 previa que Joseph Kabila, filho do falecido ex-presidente Laurent-Desiré Kabila, seria mantido como presidente, contudo, seria obrigado a governar cerceado por quatro vice-presidentes: um seria representante da MLC, outro da RCD, outro da oposição política e outro da sociedade civil (VALENZOLA, 2013). Solução que, em 2003, por meio de um acordo de paz responsável por trazer um governo transitório (STEARNS, 2012), deu cabo à Guerra do Congo, para fins meramente formais (STEARNS, 2012)

Em meio às constantes disputas entre as milícias congolêsas, em 2005, Joseph Kabila foi eleito presidente da República Democrática do Congo, e governaria em parceria com um primeiro-ministro, Antoine Gizenga, terceiro colocado nas eleições presidenciais. Entretanto, o fato é que o presidente, apesar de ter assumido o controle político – legal do país, governaria junto com as milícias, que à essa altura já haviam ganhado maior estruturação e organização, principalmente após o término da Grande Guerra Africana. Estas já haviam disseminado tanta influência perante o território que seriam capazes, inclusive, de marginalizar o poder estatal na República Democrática do Congo (VALENZOLA, 2013).

Dessa maneira, é constatável que o Congo permanece em clima de tensão até os dias atuais. Uma das maiores ilustrações disso são os recorrentes aumentos em missões da ONU nesse território com um expressivo contingente de soldados -

atualmente tem limite máximo de 16.215 militares (ONU, 2017). Para fins formais, a Guerra Mundial Africana chegou ao seu fim. Entretanto, a República Democrática do Congo sente até hoje as cicatrizes desse conflito.

2. DELIMITAÇÃO LEGAL

Feita essa breve exposição histórica, faz-se de extrema necessidade a constatação de que, no período de 1993 a 2003 ocorreram inúmeras violações aos direitos humanos na República Democrática do Congo, que vão desde o recrutamento de crianças (ONU, 2007) até o possível cometimento de crime de genocídio (OHCHR, 2010).

Com o objetivo de apoiar o governo congolês e a sociedade civil a desenvolver mecanismos de "justiça de transição", conceito que, em síntese, para Louis Bickford

Justiça de Transição refere-se ao campo de atividades e investigação sobre como as sociedades lidam com legados de violações e abusos contra os direitos humanos praticados no passado, atrocidades em massa, outras formas severas de trauma social, incluindo o genocídio e a guerra civil, a fim de construir um futuro mais democrático, justo e pacífico (BICKFORD, 2004).¹⁹²

O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH) publicou, em 2010, um extenso relatório enumerando as mais graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário durante o período de 10 anos cometidos em território congolês (OHCHR, 2010), tanto pelo Estado quanto por atores não-estatais (ONU, 2010). O relatório constata que a vasta maioria dos mais de 600 incidentes descritos representam múltiplas violações dos direitos humanos e dos direitos internacionais humanitários (OHCHR, 2010). Necessário frisar, ademais, que o relatório elaborado pelo ACNUDH não é uma investigação judicial – é um “exercício preliminar”, como afirma Navi Pillay, o Alto Comissário de Direitos Humanos (OHCHR, 2010). De extrema valia, portanto, fazer uma breve menção à este, para fins de constatação das imensuráveis atrocidades e desrespeito aos direitos humanos cometidos no período de uma década (1993 – 2003) em solo congolês.

Tratando-se primeiramente dos crimes de guerra, essencial fazer uma breve conceituação deste. Derivados inicialmente da Primeira Convenção de Genebra, datada de 1864, os crimes de guerra referem-se a sérias violações dos direitos

¹⁹² Transitional justice refers to a field of activity and inquiry focused on how societies address legacies of past human rights abuses, mass atrocity, or other forms of severe social trauma, including genocide or civil war, in order to build a more democratic, just, or peaceful future (BICKFORD, 2004)

humanitários internacionais cometidas contra civis ou combatentes inimigos durante um conflito armado (Convenções de Genebra, 1949 & Protocolos Adicionais I e II, 1977). Sua positivação mais recente pode ser encontrada no artigo 8º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional de 1998 (Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, 1998). A vasta maioria dos delitos narrados no relatório constam nos incisos do artigo 8º, como o homicídio doloso, causar intencionalmente grande sofrimento ou ofensas graves à integridade física ou à saúde, estupro, tomada de reféns e a destruição arbitrária de bens civis, inclusive àqueles essenciais para que a população sobreviva, entre outros. A maior parte dessas transgressões foram cometidas contra pessoas que não ingressaram no conflito, como quem vivia em campos de refugiados, caracterizando, de acordo com as Convenções de Genebra, as pessoas protegidas por este (Olhares do Mundo, 2016). Segundo a própria comissão, caso os delitos constantes neste relatório, resultantes de um conflito armado, fossem de fato julgados e tratados dentro de uma demanda judicial, seriam considerados como uma séria violação aos direitos humanos consagrados internacionalmente (OHCHR, 2010).

Analisando agora a questão dos crimes contra humanidade, outra atrocidade cometida no período de 1993 a 2003, cabe ressaltar que está codificado no artigo 7º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, caracterizando-se, inclusive, como uma norma *Jus Cogens*, ou seja, uma norma imperativa de Direito Internacional (BITTAR & ALMEIDA, 2008). O relatório aborda crimes como o homicídio, extermínio, estupro, perseguição e quaisquer outros atos desumanos de caráter similar aos expostos, cometidos no “quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque”, nos termos do artigo (Artigo 7º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, 1998). O relatório, inclusive, expõe que os crimes foram dirigidos contra toda a população civil não combatente, tendo seu foco principal em mulheres e crianças (OHCHR, 2010). O comissariado conclui que, como grande parte dos atos de violência perpetrados durante todo o conflito faziam parte de campanhas de represália e perseguição aos refugiados, esses termos podem ser vistos como uma série generalizada e sistemática de ataques contra a população civil, classificando-se como um crime contra a humanidade (OHCHR, 2010). Dessa forma, denota-se que todos os atos praticados, segundo a teoria de Lyal S. Sunga, na obra “Tribunal Penal Internacional”, comportam as três formas de aplicação de crimes contra a humanidade no caput do artigo 7º do

Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, quais sejam: Cometido como parte de um amplo e sistemático ataque, ou seja, envolvendo planejamento e organização; ato praticado contra a população civil e, por fim, que os atos sejam cometidos com conhecimento e ciência do ataque, dando a ideia de que o perpetrador soubesse ou devesse saber a ocorrência de um ataque, ou por meio da ideia de que o ato é “cometido sabidamente como parte de um amplo e sistemático ataque” (CHOUKR & AMBOS, 2000). Ademais, ressalta-se que o crime contra a humanidade é um crime de caráter imprescritível (BITTAR & ALMEIDA, 2008), consagrado, inclusive, na Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, de 1968. Dessa forma, denota-se a nítida e inquestionável constatação de que, de fato, houve crime contra a humanidade na República Democrática do Congo.

Ainda sobre os crimes contra a humanidade, salienta-se que o Tribunal Militar de Nuremberg, responsável por ter sido “a maior conquista no plano da repressão aos crimes internacionais” (SOUZA, 2005), tendo em vista que a partir dele é reconhecida a existência de um direito penal internacional, tipifica a conduta “crime contra a humanidade” em seu artigo 6º de maneira inédita, o que explicita a magnitude dos crimes contra a humanidade. Vale reproduzi-lo:

“[...] Art. 6º: O Tribunal instaurado pelo Acordo mencionado no artigo primeiro acima, para julgamento e punição dos grandes criminosos de guerra dos países europeus do Eixo, terá competência para julgar e punir todas as pessoas que, agindo por conta dos países europeus do Eixo, cometeram, individualmente ou como membros de organizações, qualquer um dos seguintes crimes: (...) c) crimes contra a humanidade: isto é, o assassinato, extermínio, redução à escravidão, deportação e qualquer outro ato desumano cometido contra populações civis, antes e durante a guerra; ou então, perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, quando esses atos ou perseguições, quer tenham ou não constituído uma violação do direito interno dos países onde foram perpetrados, tenham sido cometidos em consequência de qualquer crime que entre na competência do Tribunal ou em ligação com esse crime.” (ESTATUTO, In: FERRO, 2002).

Por fim, cabe discorrer sobre o crime de Genocídio. Desde que foi concebido, derivado diretamente de um único tratado multilateral, qual seja, a Convenção de Genocídio de 1948, seu conceito permanece o mesmo. Foi redigido pela comunidade internacional com zelo e precisão consideráveis, visto que objetivava otimizar persecuções nas justiças nacionais e na Corte Internacional (CHOUKR & AMBOS, 2000). Constante no artigo 6º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, define-se crime de genocídio como “quaisquer atos praticados com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso” (Artigo 6º, Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, 1998), nos termos do artigo –

os quais versam sobre uma série de condutas que representam violações ao direito à vida e à integridade física e/ou mental dos membros de um determinado grupo. O relatório é nítido ao afirmar que há, de fato, um intenso debate relacionado à questão de genocídio contra o grupo étnico dos hutus dado o fato de existirem uma série de alegações de massacres e outras violações aos direitos humanos ocorrendo desde 1996 no oeste da República Democrática do Congo (OHCHR, 2010). Entretanto, até então, é uma questão que permanece sem resolução, o que pode apenas ser decidido por meio de uma decisão judicial baseada em provas concretas e distante de qualquer dúvida razoável (OHCHR, 2010). Dessa maneira, é de suma importância uma investigação judicial que objetive desobscurecer as atrocidades que ocorreram em território congolês no período de 1996 a 1997. Somente essa investigação e demanda judicial seria competente para solucionar e resolver se esses crimes podem ser considerados, de fato, crimes de genocídio.

3. *JUS COGENS* E O CONFLITO CONGOLÊS

Passa-se agora à uma análise mais profunda do previamente tratado crime contra a humanidade descrito no relatório elaborado pelo ACNUDH. Como exposto anteriormente, torturas, execuções extralegais, estupros e desaparecimentos, todos esses conceitos e outros mais, abarcados pela definição de crime contra a humanidade, tratam-se de normas *Jus Cogens* (BITTAR & ALMEIDA, 2008).

Jus Cogens pode ser definido como a norma mais importante para o direito internacional (NASSER, 2005). Em termos kelsenianos, o *Jus Cogens* se encontraria no topo da pirâmide normativa do direito internacional, pois essa norma introduz, de maneira irrefutável, uma hierarquia normativa no ordenamento jurídico internacional (NASSER, 2005). Dessa forma, tem-se de um entendimento comum que a tradução direta de *Jus Cogens* significa direito imperativo, segundo Jean Salmon (SALMON, 2001). Essa imperatividade se dá justamente devido ao fato das normas tratarem de conteúdos mais relevantes e essenciais para o direito internacional (NASSER, 2005) – é o caso do crime contra a humanidade, versado no artigo 7º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Tratando-se de uma conceituação de acordo com o ordenamento jurídico, o *Jus Cogens* encontra seu significado no Artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, o qual se reproduz a seguir:

Uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza (Artigo 53 CVDT).

Dessa maneira, a questão a ser tratada é justamente que, no período de Guerra na República Democrática do Congo, além de inúmeras violações aos direitos humanos, houve a constatação de crime contra a humanidade, como comprovado no relatório elaborado pelo ACNUDH. Por se tratar de uma norma *Jus Cogens*, norma fruto de um intenso processo histórico, político e social, detentora de caráter obrigatório para todos os Estados e hierarquicamente superior à quaisquer normas estatutárias (WAISBERG, 2017), é uma norma eminentemente inviolável, de observância obrigatória. No entanto, mesmo levando em consideração sua imperatividade, houve violação dessa norma no período de 1993 a 2003, na República Democrática do Congo.

4. O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A IMPUNIDADE NO CONGO

Tratando-se do Tribunal Penal Internacional, cabe conceituá-lo, inicialmente. O Tribunal Penal Internacional (TPI) foi estabelecido pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional e iniciou suas atividades em julho de 2002, quando da 60ª ratificação ao Estatuto (MAIA & HAMA 2014), definido como um tratado internacional, obrigatório somente aos Estados que expressaram formalmente seu consentimento em se submeter às suas previsões e, portanto, aderem à sua jurisdição, como é o caso da República Democrática do Congo, que o ratificou em 11 de abril de 2002 (PORTELLA JR, 2005). Subsidiariamente ao Poder Judicial dos Estados, o TPI processa e julga acusados de crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e o crime de agressão, nos termos do artigo 5º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Ademais, ressalta-se que o TPI julga apenas indivíduos – diferentemente da Corte Internacional de Justiça, que examina litígios entre Estados (WAISBERG, 2017). Na avaliação do Secretário da ONU à época, o General Kofi Annan, a criação do TPI representa “um presente de esperança para as gerações futuras, e um avanço gigante na marcha dos direitos humanos universais e o império da lei.” (CHOUKR, AMBOS, 2000).

Contra-pondo-se aos Tribunais Internacionais de Exceção, ou Tribunais Internacionais ad hoc, que, de maneira resumida são tribunais com competência limitada em relação aos fatos e no tempo (WAISBERG, 2017), especialmente constituídos para julgar crimes já ocorridos em contextos extremamente particulares, como o Tribunal Militar de Nuremberg e o Tribunal Penal ad hoc para Ruanda (Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 2000), o Tribunal Penal Internacional possui competência permanente e não retroativa (CHOUKR & AMBOS, 2000). O que significa diretamente que somente compete à Corte julgar crimes após sua instauração, ou seja, crimes cometidos após o dia primeiro de julho de 2002.

Em se tratando sobre os Tribunais Internacionais ad hoc, o Tribunal Militar de Nuremberg é digno de uma análise mais profunda, visto que sofreu muitas críticas pela comunidade internacional (SOUZA, 2005), principalmente por atropelar um dos princípios basilares do Direito Penal – o Princípio da Legalidade. De acordo com esse princípio, só existirá crime se houver uma lei penal prevendo taxativamente que uma determinada conduta é criminosa (PEREIRA, 2011). É preciso que a lei preveja uma sanção penal, pois não há crime sem pena. Esse é o raciocínio extraído da máxima jurídica *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Como foi constituído *ex post facto*, o Tribunal Militar de Nuremberg tipificou a conduta “crime contra a humanidade” em seu artigo 6º de maneira inédita, condenando réus por condutas até então não previstas como típicas quando praticadas. Ora, nesse caso, há uma nítida violação ao princípio da irretroatividade da lei penal e o princípio da legalidade, tendo em vista que o “crime contra a humanidade”, mesmo crime cometido em solo congolês (OHCHR, 2010), retroage e incide sobre condutas até então não tipificadas. Sobre a violação de tais princípios, no âmbito dos crimes julgados pela Corte de Nuremberg, assevera Yrigoyen (1955) que:

“[...] O Estatuto aplicado pelo Tribunal de Nuremberg foi uma *lei ex post facto*, e a imposição de sanções penais violava os princípios básicos do direito, que são a irretroatividade das leis e aquele derivado da máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*.” (YRIGOYEN: 1955, p. 289).¹⁹³

Diante do exposto, o Tribunal Penal Internacional, visando não incorrer na mesma violação de princípios elementares para o Direito Penal, adota a competência *Ratione Temporis*, segundo o próprio inciso 1º do artigo 11 do Estatuto de Roma do

¹⁹³ “[...] El Estatuto aplicado por el Tribunal de Nuremberg fué una ley ex post facto, y la imposición de las sanciones penales vulneraba los principios básicos del derecho que son la irretroatividad de las leyes y aquel que deriva de la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*.” (YRIGOYEN: 1955, p. 289).

Tribunal Penal Internacional, artigo este que visa justamente evitar comparações indevidas com os Tribunais de exceção, ou Tribunais ad hoc (COSTA, 2002): “O Tribunal só terá competência relativamente aos crimes cometidos após a entrada em vigor do presente Estatuto” (art. 11 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional). Com isso, vale dizer que absolutamente todos os crimes cometidos antes da data em que o Tribunal Penal Internacional entrou de fato em vigor não poderão, ser levados a julgamento pela Corte - ele tem jurisdição unicamente nos casos de crimes cometidos após a sua entrada em vigor (MAIA & HAMA 2014). Significa, diretamente, que a grande maioria dos crimes comportados no Relatório elaborado pelo ACNUDH sobre as atrocidades cometidas na República Democrática do Congo saíram, até então, impunes. Essa competência deixa uma considerável lacuna para os crimes cometidos anteriormente à data de instauração do TPI (MAIA & HAMA, 2014), o que resulta na produção de um intenso sentimento de impunidade, tanto por parte da comunidade internacional, quanto por parte das vítimas.

Segundo o Relatório Anual da Anistia Internacional de 2005 - apenas 3 anos após a instauração do Tribunal Penal Internacional - sobre a situação dos direitos humanos na República Democrática do Congo, o sistema judicial do país é marcado pela ineficiência, ausência de infraestrutura e falta de recursos humanos e materiais (AMNESTY USA, 2005), o que claramente expõe a incapacidade das instituições congolenses serem capazes de prosseguir com a investigação e o devido julgamento das atrocidades cometidas no período de 1993 a 2002. Essa ineficácia nas instituições, somada à não retroatividade do TPI pode resultar na impunidade de milhares de crimes, inclusive na falta de punição a crimes contra a humanidade, norma explicitamente de *Jus Cogens*, advinda de uma fonte de costume internacional (AMNESTY USA, 2005).

5. A IMPUNIDADE NA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DO CONGO

Questiona-se o que deve prevalecer em uma situação única como a que se confere na República Democrática do Congo. De um lado, o princípio da irretroatividade da lei penal, consagrado no artigo 24 e amparado pelo artigo 11 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Em contrapartida, o que se vê é a violação de uma norma de caráter *Jus Cogens*, que, ao menos em tese, é norma inviolável. Com a constatação de que foi cometido crime contra a humanidade no

relatório elaborado pelo ACNUDH, é nítido que, na República Democrática do Congo, houve a inobservância de uma norma superior e imperativa de Direito Internacional (NASSER, 2005). Isto posto, é discutível até que ponto o *Jus Cogens* deve ser ignorado em detrimento do princípio da irretroatividade penal.

Em debate semelhante, a Corte Internacional de Justiça julgou, em 3 de fevereiro 2012, caso em que se contrapôs a Imunidade Jurisdicional do Estado e a transgressão de norma de caráter *Jus Cogens*. Diante desse conflito, faz-se de extrema valia mencionar o voto dissidente do Juiz Cançado Trindade junto ao Acórdão da Corte Internacional de Justiça, no emblemático caso supracitado que, sucintamente, remete à Segunda Guerra Mundial, na qual forças alemãs ocuparam grande parte do território italiano, tendo cometido sérias violações do Direito Internacional Humanitário, como os massacres de civis e a deportação de civis e militares para a realização de trabalhos forçados na Alemanha e em seus territórios sob ocupação (ALMEIDA, 2016). Contudo, após a conclusão de tratados entre os países e a adoção de leis alemãs que buscaram outorgar compensação às vítimas do nacional-socialismo perseguidas pelo regime nazista, os tribunais alemães continuavam denegando requerimentos de compensação ajuizados por cidadãos italianos sob o pretexto de que estes seriam prisioneiros de guerra e, portanto, estariam enquadrados em categoria que não permitiria qualquer indenização (ALMEIDA, 2016).

A Comissão Internacional de Justiça decidiu, por 14 votos a 1, que “a República Italiana não cumpriu a sua obrigação de respeitar a imunidade reconhecida à República Federal de Alemanha pelo direito internacional, ao tomar medidas de execução forçada da Villa Vigoni” bem como “ao declarar executórios no território italiano acórdãos gregos fundados em violações do direito internacional humanitário cometidas na Grécia pelo Reich Alemão”, o que aliás tinha motivado a intervenção desse país no processo, e que:

A República italiana terá que promulgar uma legislação adequada ou usar de qualquer outro método de sua escolha, com o objetivo de garantir que as decisões de seus tribunais e as das outras autoridades judiciais que infringem a imunidade reconhecida à Alemanha pelo direito internacional fiquem sem efeito (MAIA & PRADO, 2014)

O único Juiz a ter apresentado voto dissidente foi o brasileiro Cançado Trindade, caracterizando uma opinião divergente com argumentos louváveis e merecedores de reprodução para que se reflita sobre o caso da violação de uma norma *Jus Cogens* e a impunidade na República Democrática do Congo.

Por se tratar de um voto de grande extensão, analisar-se-á somente trechos para a presente discussão do tema tratado neste trabalho. Inicialmente, Cançado Trindade cita um trecho impactante desenvolvido pelo jurista Albert de La Pradelle (1871-1955): “o direito internacional foi construído a partir dos seres humanos, e existe por e para eles” (MAIA & PRADO, 2014). No que toca a discussão sobre a norma *Jus Cogens* e a imunidade estatal em discussão, o Juiz explicita que “Uma norma processual não pode prevalecer sobre uma regra material de *jus cogens*, já que seria inconsistente com o propósito e o *ratio* da norma material, e resultaria na impunidade para os Estados que cometeram graves violações às normas imperativas” (MAIA & PRADO, 2014).

Pelo exposto, percebe-se a tamanha importância de uma norma *Jus Cogens*. Caso alguma outra norma prevaleça sobre esta, o resultado seria uma impunidade às violações constatadas na República Democrática do Congo e narradas no relatório elaborado pelo ACNUDH (OHCHR, 2010), que são agravadas ao se constatar que tratam-se de um afronte às normas de direito internacional humanitário (NASSER, 2005).

Exposto isso, questiona-se a prevalência do princípio da irretroatividade penal adotado pelo Tribunal Penal Internacional frente à tamanho desastre ocorrido na República Democrática do Congo, com uma violação de norma *Jus Cogens*, haja vista os crimes contra a humanidade, que representam, sucintamente, uma classe de atos que atentam contra a dignidade humana e os direitos humanos mais essenciais (HUHLE, 2013), praticados no período de 1993 a 2003. É no mínimo questionável o fato de até então, os crimes praticados em solo congolês, no período descrito e enquadrado no Estatuto de Roma de 1998 não poderem ser sequer investigados (INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, 2004).

Tratando-se de uma norma *Jus Cogens*, somada à atrocidade cometida por perpetradores contra a população civil congoleza, a falta de iniciativa do Tribunal Penal Internacional passa a noção de que a Corte, criada com a intenção de dar cabo a impunidade, está, mais uma vez na história dos conflitos humanos, alimentando-a.

Dessa forma, vale reproduzir o preâmbulo do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, o qual afirma que:

Os crimes de maior gravidade, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, não devem ficar impunes e que a sua repressão deve ser efetivamente assegurada através da adoção de medidas em nível nacional e do reforço da cooperação internacional (ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, 1998).

Além disso, afirma que os Estados partes presentes no Estatuto encontram-se “Decididos a pôr fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes”. Nitidamente, encontra-se estampada a preocupação com a paz, a segurança e o bem-estar da comunidade internacional (DA SILVA, 2016) reconhecendo-se, ainda, que os crimes de maior gravidade trazem ameaça à efetivação desses referidos direitos (DA SILVA, 2016). Ademais, é lembrada a necessidade de que crimes desta dimensão não podem e nem devem ficar impunes (DA SILVA, 2016).

Entretanto, o que se percebe é um inquietante clima de impunidade no que toca a Grande Guerra Africana, como ficou conhecido o conflito na República Democrática do Congo, visto que até então houveram apenas duas condenações, de Thomas Lubanga Dyilo e de Germain Katanga (INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, 2004). Ora, é controverso, portanto, o fato de o Tribunal Penal Internacional, concebido com a finalidade de dar cabo à impunidade e, dentre outros delitos, processar e julgar os Crimes Contra a Humanidade (Art. 7º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional) manter-se inerte à tamanha violação de uma norma advinda de fontes costumeiras e de observância obrigatória.

6. CONCLUSÃO

Diante do exposto, é nítido que o Tribunal Penal Internacional encontra-se em meio a um considerável conflito e necessita urgentemente responder de maneira efetiva à ele. Caso contrário, o que se figurará será uma das maiores ocorrências de impunidade da história. Os crimes cometidos em solo congolês e inclusive narrados inteiramente no relatório elaborado pelo Alto Comissariado de Direitos Humanos ocorreram, em sua maioria, do período de 1993 a 2003, contudo, o TPI só se julga competente para julgar casos após sua criação, ou seja, a partir de 2002. A competência adotada pelo TPI é permanente, mas não retroativa.

Apesar do fato da competência temporal do TPI afastar todos e quaisquer crimes anteriores a 1º de julho de 2002 de sua jurisdição não impedir a ação dos órgãos jurisdicionais congolezes, é notório, conforme se depreende do Relatório Anual de 2005 elaborado pela Anistia Internacional, que o sistema judicial da RDC é marcado pela ineficiência, ausência de infraestrutura e falta de recursos humanos e materiais. Sabendo disso, é no mínimo inquietante o fato do TPI se negar a julgar os horrendos crimes e absurdos ocorridos na República Democrática do Congo, onde, inclusive,

houve uma violação à uma norma imperativa de Direito Internacional, uma norma de caráter *Jus Cogens* marcada por ser, ao menos em tese, inviolável.

Exposto isso, é questionável se de fato deve haver uma prevalência do princípio da irretroatividade da lei penal frente a uma expressa violação de uma norma *Jus Cogens*, agravada ao constatar-se que crimes contra a humanidade são crimes imprescritíveis (BITTAR & ALMEIDA, 2008).

“Já é tempo de dar ao *Jus Cogens* a atenção que ele merece”. Mais uma vez, essencial a reprodução de trecho do célebre voto dissidente do Juiz Cançado Trindade. Os horrendos atos antijurídicos ocorridos na República Democrática do Congo não podem e nem devem ser removidos ou simplesmente esquecidos pela Ordem Jurídica Internacional, visto que isso corroboraria com a impunidade, evitando, de fato, a Justiça.

Por fim, indispensável reafirmar o compromisso que a Corte deve ter com o processamento e o julgamento de tais crimes. O Tribunal Penal Internacional não deve manter-se alheio e indiferente ao enorme sofrimento das vítimas e às cicatrizes marcadas no solo e na população congoleza. Ressalta-se que a Justiça deve ser perseguida incessantemente e que o *Jus Cogens* deve, de fato, ser respeitado por toda a Comunidade Internacional. De outra maneira, o que ganhará cada vez mais força é a impunidade e a negação da Justiça.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz. **Imunidades jurisdicionais do Estado perante a Corte Internacional de Justiça: uma análise a partir do caso Alemanha vs. Itália.** 2016

ANNUAL Report: Democratic Republic of the Congo. **Amnesty USA**, 23 mai 2005.

BICKFORD, Louis. Transitional Justice. In: HORVITZ, Leslie Alan; CATHERWOOD, Christopher (org.). **Macmillan Encyclopedia of Genocide and Crimes against humanity.** USA, 2004, v. 3, p. 1045-1047.

BISSOTO, Maria Carolina. **Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade.** BRASIL. Escola Superior do Ministério Público da União. Dicionário de Direitos Humanos. Disponível em <<http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tikiindex>> . php, p. 1. Acesso em: 19 nov. 2017

BITTAR, Eduardo C. B. & ALMEIDA, Guilherme Assis de (org.). **“Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a**

humanidade” in MINI-CÓDIGO DE DIREITOS HUMANOS. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2008.

CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. Tribunal penal internacional. **São Paulo: RT, 2000.**

CONSELHO de Segurança estende mandato da missão da ONU na RD Congo; número de tropas é reduzido. Nações Unidas, 2017. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/conselho-de-seguranca-estende-mandato-da-missao-da-onu-na-rd-congo-numero-de-tropas-e-reduzido/>> Acesso em: 19 out. 2017

CONVENÇÃO DE GENEBRA I: Adotada em pela Conferência Diplomática para a criação das Convenções Internacionais para a Proteção das Vítimas de Guerra, realizada em Genebra, Suíça, em 12 de agosto de 1949. Assinada pelo Brasil em 12 de agosto de 1949 e ratificada em 26 de junho de 1957. 1949.

CONVENTION ON THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF GENOCIDE: Adotada unanimemente em 1948 e colocada em vigor em 1951; 78 UNTS 277. 1948

COOK, Christopher R. **Diamonds and Genocide: American, British, and French Press Coverage of the Second Congo War.** 2013

COSTA, Érica Adriana. **O Tribunal Penal Internacional em face da Constituição Brasileira.** Dissertação (Mestrado em Direito). Belo Horizonte: Faculdade Mineira de Direito, 2002.

DA SILVA, Andreza Maciel. A COMPETÊNCIA JURISDICIONAL DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **SYNTHESIS| Revista Digital FAPAM**, v. 6, n. 6, p. 39-65, 2016.

DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO, 1993–2003: Report of the Mapping Exercise documenting the most serious violations of human rights and international humanitarian law committed within the territory of the Democratic Republic of the Congo between March 1993 and June 2003. UN; OHCHR. 2010.
Democratic Republic of the Congo. **International Criminal Court, 2004.** Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/drc>>. Acesso em: 15 out. 2017

DEVENS, Gisele. **O Tribunal de Nuremberg: O marco das relações jurídicas e políticas internacionais do século XX.** 2004
Disponível em: <http://www.amnestyusa.org/countries/dr_congo/document.do?id=ar&yr=2005>. Acesso em: 10 nov, 2017

DRC: Mapping human rights violations 1993-2003. **The Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR).** Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/Countries/AfricaRegion/Pages/RDCProjetMapping.aspx>> Acesso em: 6 nov. 2017

ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. 1998. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/esttpti.htm> Acesso em: 07 abr. 2018

FERRO, Ana Luiza Almeida. **O Tribunal de Nuremberg: dos precedentes à confirmação de seus princípios**. 1. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GENEVA CONVENTIONS OF 1949 AND ADDITIONAL PROTOCOLS, AND THEIR COMMENTARIES. **International Committee Of The Red Cross, ICRC**. Disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreaties1949.xsp>. Acesso em: 18 out. 2017.

HOLOCAUSTO NO CONGO: seis milhões de mortes ignoradas pela comunidade internacional. **Olhares do Mundo**, 2016. Disponível em: <https://olharesdomundo.wordpress.com/2016/06/11/holocausto-no-congo-deixa-seis-milhoes-de-mortos/>. Acesso em: 19 out. 2017.

HUHLE, Rainer. Hacia una comprensión de los “crímenes contra la humanidad” a partir de Nuremberg, **Revista Estudios Socio-Jurídicos**, 13, (2), pp. 43-76. 2011. INTERNATIONAL CRISIS GROUP. **Black gold in the Congo: Threat to stability or development opportunity?**. [S.l.]: 2012.

MAIA, Catherine; HAMA, Kadidiatou. O Tribunal Penal Internacional visto desde a África: órgão jurisdicional ou órgão político? **Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto**, v. 3, n. 3, 2014.

MAIA, Catherine; PRADO, Rafael. **Opinião dissidente do Juiz Cançado Trindade junto ao Acórdão da Corte Internacional de Justiça**, de 3 de fevereiro de 2012, no caso das Imunidades Jurisdicionais do Estado (Alemanha c. Itália; Grécia (interveniente)): tradução do original. 2014.

MANCHA NEGRA NOS CAPACETES AZUIS. O Globo, 06 set. 2011. O Mundo, p. 26 Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/428558/noticia.htm?sequence=1>. Acesso em: 6 nov. 2017.

NASSER, Salem Hikmat. **Jus Cogens: ainda esse desconhecido**. 2005

O sofrimento da menina-soldado. **Organização das Nações Unidas do Brasil**, 24 abr. 2007. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/o-sofrimento-da-menina-soldado/>. Acesso em: 6 nov. 2017

ONU lança extenso relatório que marca as atrocidades cometidas durante a guerra na RDC. **Organização das Nações Unidas do Brasil**, 01 out. 2010. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/onu-lanca-extenso-relatorio-que-marca-as-atrocidades-cometidas-durante-a-guerra-na-rdc/>. Acesso em: 6 nov. 2017.

PEREIRA, Igor. A desconstrução da legalidade no tribunal de nuremberg: uma abertura para o kairos do perdão. **RFD-Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 18, 2011.

PORTELLA JR, José Carlos. O caso “república democrática do Congo” no Tribunal Penal Internacional”. **Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba**, v. 1, n. 1, 2005.

PROTOCOLO I E II: Protocolos I e II de 1977 adicionais às Convenções de Genebra de 1949, adotados em 10 de junho de 1977 pela Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável aos Conflitos Armados. 1977

PUNIR os crimes de guerras: Os Tribunais Penais Internacionais. **Comitê Internacional da Cruz Vermelha**, 23 mar. 2000. Disponível em: <<https://www.icrc.org/por/resources/documents/misc/5tndf6.htm>>. Acesso em: 18 out. 2017.

SALMON, Jean. **Dictionnaire de droit international public**. Bruylant: Bruxelles, 2001. p. 1198

SOUSA, Fernanda Nepomuceno de. **Tribunais de Guerra**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005

STATEMENT BY THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS NAVI PILLAY. **The Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR)**, 01 out. 2010. Disponível em :<http://www.ohchr.org/Documents/Countries/CD/HC_Statement_on_Release_EN.pdf> Acesso em: 6 nov. 2017.

STEARNS, Jason. **From CNDP to M23 Kivu: The Evolution of an Armed Movement in Eastern Congo**. Rift Valley Institute, 2012.

TRIBUNAIS ad hoc. **Comitê Internacional da Cruz Vermelha**, 29 out. 2010. Disponível em: <<https://www.icrc.org/por/war-and-law/international-criminal-jurisdiction/ad-hoc-tribunals/overview-ad-hoc-tribunals.htm>>. Acesso em: 18 out. 2017.

TRIBUNAL Penal Internacional. Ministério das Relações Exteriores. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/paz-e-seguranca-internacionais/152-tribunal-penal-internacional>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

VALENZOLA, Henrique. **O Conflito na República Democrática do Congo e a Ausência do Estado na Regulação das Relações Sociais**. 2013.

WAISBERG, Tatiana. **Curso de Direito Internacional Público e Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Belo Horizonte; CreateSpace, 2017

YRIGOYEN, Jaime. **El Proceso de Nuremberg y el Derecho Internacional**. 1. ed. Lima, 1955. 298 p.

GUERRILHA DO ARAGUAIA E LEI DA ANISTIA: O ATRASO BRASILEIRO NO CONTEXTO DOS DIREITOS HUMANOS

João Vitor Silva de Aquino¹⁹⁴

Murilo Lemos Wehdorn¹⁹⁵

1. INTRODUÇÃO

Os Direitos Humanos são entendidos como o caminho necessário na busca da felicidade dos seres humanos, sendo, portanto, o meio imprescindível a ser desenvolvido por toda a humanidade em direção à dignidade humana. Apenas assim o Direito estará cumprindo a sua tarefa suprema de servir à humanidade, pois, uma vez que se busca a efetivação dos Direitos Humanos, temos que a ampliação da própria condição humana. Portanto, os Direitos Humanos são necessários para a realização da dignidade humana, visto que são patamares mínimos para a existência mínima. Portanto, salvaguardar os Direitos Humanos é conferir condições mínimas para o desenvolvimento das potencialidades dos indivíduos.

Segundo Flávia Piovesan (2013), os Direitos Humanos são entendidos como indivisíveis e universais, pois basta o indivíduo ser humano para tornar-se titular desses direitos, independentemente de qualquer condição econômica, social, étnica, sexual, religiosa etc.

A partir do momento que entendemos que os Direitos Humanos são valores dotados de força cogente, consideramos que os Estados assumem o papel de cumpri-los e de fazê-los cumprir dentro de suas fronteiras. Assim, reconhecer o Direito Internacional dos Direitos Humanos estabelece os limites intangíveis para os Estados.

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão responsável pela interpretação e aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos no continente americano, explicita, que a principal característica dos Direitos Humanos é

¹⁹⁴ Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

¹⁹⁵ Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

a sua supranormatividade, isto é, são normas que se situam no topo da hierarquia normativa, podendo ser consideradas supralegais ou de emenda à Constituição quando são aprovadas por quórum qualificado, no caso do ordenamento jurídico brasileiro.

Temos que os Direitos Humanos são objeto do Direito Internacional dos Direitos Humanos, sendo este ramo autônomo do Direito, formado por um conjunto de normas substanciais e processuais próprias, destinadas a garantir a dignidade do ser humano (JAYME, 2005).

Apesar da tendência de convergirem os conteúdos dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais, esse fenômeno ainda não se manifestou no Brasil de maneira plena. Pois, infelizmente, nos deparamos com casos em que permanece o distanciamento da concretização dos direitos das pessoas. A Corte Interamericana de Direitos Humanos o seu lema maior é o da máxima proteção da pessoa vítima de violações de Direitos Humanos, o que contrasta com os posicionamentos obsoletos dos nossos tribunais, como veremos no caso em tela.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos se consolidou como um expoente na proteção do ser humano, através de uma jurisprudência que manifesta atribuição às normas de Direitos Humanos dinamismo e efetividade. Enquanto que no Brasil, o Poder Judiciário, muitas vezes, ao confundir prudência com imobilismo conceitual, compromete a efetividade plena desses direitos – o que se verifica no caso Gomes Lund versus o Brasil.

No período de 1972 a 1975, com objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia, movimento comunista armado que lutava contra o governo ditatorial-militar, o Estado é acusado de ser responsável pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses da região, resultado de operações do Exército brasileiro na região. Essa alegação é parte do processo levantada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Em 26 de março de 2009, em conformidade com o artigo 51 e 61 da Convenção Americana, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu à Corte Interamericana sobre Direitos Humanos uma ação contra a República Federativa do Brasil em nome de todos aqueles desaparecidos no contexto da Guerrilha do Araguaia e de suas famílias.

Nesse sentido, é necessário compreender que a vontade da Comissão em levantar a ação teria não apenas sentido de exigir do Brasil o devido apoio e reconhecimento às famílias das vítimas do ocorrido no contexto, como também sentido

subjetivo de questionar o Brasil a respeito da eficiência das investigações a respeito de fatos ocorridos no período da ditadura, dificultados pela Lei da Anistia. Em nota da Comissão:

A Comissão decidiu submeter o caso à jurisdição da Corte considerando que representava uma oportunidade para consolidar a jurisprudência interamericana sobre as leis de anistia com relação aos desaparecimentos forçados e à execução extrajudicial e a consequente obrigação dos Estados de dar a conhecer a verdade à sociedade e investigar, processar e punir graves violações aos Direitos Humanos (MIGALHAS, 2018).

Nesse sentido, a análise do caso Gomes Lund, contra o Brasil, pelas atrocidades cometidas na ditadura, e até hoje protegidas pela Lei da Anistia, mostra a necessidade de se discutir não apenas os crimes cometidos no sentido de ressarcir os danos sofridos, como também a existência de dispositivos legais que ainda impossibilitam o julgamento de crimes cometidos no período da ditadura. Portanto, a discussão levantada nesse artigo mostra o atraso brasileiro no sentido de proteger a honra das vítimas de violência e tortura na ditadura, como também de salvaguardar direitos futuros à possíveis casos descobertos.

2. A GUERRILHA DO ARAGUAIA

O movimento da Guerrilha do Araguaia foi um movimento iniciado por cerca de 70 militantes do Partido Comunista do Brasil, com o intuito de levar aos moradores da região do Rio Araguaia - visto que essa era uma região sem assistência do poder público - conscientização política. No caso em questão, as doutrinas utilizadas visavam a implantação de um regime comunista no Brasil.

Os militantes chegaram à região em 1966, ano em que o Estado brasileiro já era regido por militares. Os militantes eram perseguidos políticos da ditadura e ao chegarem à região do Araguaia, cerca de 90 camponeses e até mesmo militares locais aderiram ao movimento proposto, e passaram dessa forma a serem perseguidos políticos do regime. Por esse motivo, o movimento foi realizado clandestinamente, em uma região sem grande destaque em cenário nacional.

O período de luta armada (guerrilha), apesar de o movimento ter se estabelecido em 1966, teve seu início apenas em 1970 e seu término três anos após, em 1973. Todos os militantes e camponeses envolvidos foram mortos, apesar do objetivo do movimento nem sequer ter sido posto em prática. A repressão foi realizada pelos órgãos de repressão militar da ditadura, sendo metade dos membros executada quando

estavam sob tutela do poder público vigente, dessa forma não apresentando de nenhuma maneira “perigo” ao governo. Apenas dois corpos foram localizados até os dias atuais, o de Maria Lúcia Petit e de Bergson Gurjão, únicos guerrilheiros que tiveram seus corpos identificados após as execuções.

Ainda durante o período da Ditadura, em 1982, os familiares dos que eram considerados até então desaparecidos entraram com Ações Cíveis contra a União objetivando descobrir o paradeiro desses, no entanto não obtiveram a devida resposta por parte do Estado aos pedidos.

3. A LEI DE ANISTIA BRASILEIRA

Estabelecida em pleno exercício da ditadura militar brasileira, a Lei de Anistia (Lei nº6683, de 28 de agosto de 1979):

Art. 1º: É concedida a anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, os que tiverem seus direitos políticos suspensos e os servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§1º: Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionadas com crimes políticos ou praticados por motivação política (...)” (BRASIL, 1979).

Com o início do processo de redemocratização em vários países da América Latina após o período ditatorial, muitos Estados se paravam com o dilema: devemos ou não responsabilizar os regimes pelas violações de Direitos Humanos?

Nesse sentido, Lúcia Bastos afirma que:

O que é possível observar nesses casos, ainda que distintos entre si, é que o objetivo da transição política entrava em conflito com o propósito de punir os crimes cometidos no passado, porque o raciocínio difundido era que, de um lado, os antigos

ditadores dificilmente deixariam os seus postos, se tivessem receio de que poderia haver uma investigação pelos seus atos, e, por outro lado, grupos nacionais e a sociedade internacional tinham razões para demandar uma resignação e punição desses ditadores. Em muitos casos, o resultado foi a aplicação da lei de anistia, vista como uma forma para tentar solucionar esse dilema. Faz-se necessária uma leitura crítica a respeito do conteúdo proposto pela Lei da Anistia, assim como de suas consequências diretas e indiretas para a sociedade pós-ditadura militar. Após o período mais duro da repressão militar, sob a vigência do Ato Institucional nº5, as diversas pressões da sociedade e conflitos dentro da própria cúpula militar são responsáveis por promover uma lenta abertura política no Brasil. Muitas manifestações tomavam as ruas e as críticas à máquina de repressão da ditadura se acentuava

devido ao assassinato do jornalista Vladimir Herzog, no ano de 1975, sob tortura (BASTOS, 2018).

A Lei de Anistia foi uma solução atrativa, pois fornece um meio pelo qual se fundamentou uma transição de regimes (ditatorial para o democrático) “pacífica”, pois envolve uma rendição não-violenta pelos ditadores. No entanto, sob o prisma do Direito Internacional, a Lei de Anistia se opõem as normas internacionais de proteção aos Direitos Humanos, visto que ela visa proteger os ditadores e viola as obrigações internacionais estatais de salvaguardarem as garantias fundamentais de seus cidadãos.

Nesse contexto, surgem diversos movimentos organizados que pleiteavam pelo início de processo de concessão de anistia aos mais de 100 presos políticos, 150 pessoas banidas e 2000 exiladas, que não poderiam voltar ao país sob pena de reclusão e possível tortura. O Movimento Feminino pela Anistia é um movimento político criado em 1975 com o objetivo de persuadir a sociedade e o governo pela necessidade da anistia. Foi composto em sua maioria por mulheres que viram seus maridos sendo torturados e mortos pela ditadura. Já em 1978 seria criado o Comitê Brasileiro pela Anistia, com objetivo de pressionar ainda mais o governo para que concedesse a anistia aos acusados de crimes políticos. As pressões aumentavam ainda mais quando os presos políticos passaram a fazer greve de fome, em protesto pela aprovação da lei.

O clima de redemocratização e as pressões pela abertura política fizeram com que o Presidente João Figueiredo apresentasse ao Congresso o projeto de Lei da Anistia, sendo esse aprovado em sessão tumultuada na Câmara dos Deputados. Fica claro que, para os presos políticos e exilados, aquele momento específico da história, simbolizou uma conquista a ser comemorada. A ditadura militar havia demonstrado sinais de fraqueza e abertura, e a concessão de anistia confirmava o início do processo de redemocratização do Brasil.

No entanto, a Lei de Anistia seria usada (especificamente em seu caput) pelos militares para justificar o direito de auto anistia, que protegeria também os representantes do Estado militar, mesmo que responsáveis por atrocidades como assassinatos em massa, desaparecimentos e tortura. A anistia dada pela lei 6.683, seria, para o jornalista Márcio Magalhães “um perdão de mão dupla, anistiando os punidos por crimes políticos de 1961 a 1979, bem como os agentes do Estado que houvessem cometido violência de toda espécie contra aqueles”.

A Lei de Anistia é algo emblemático, não devido apenas a falta de responsabilização por parte daqueles que violaram brutalmente os Direitos Humanos,

mas, também, devido ao uso crescente desse tipo de lei em uma sociedade que consentiu com a ideia de universalização dos Direitos Humanos.

Nesse sentido, a Lei da Anistia se mostra um empecilho, até hoje, para o desenvolvimento de investigações e julgamentos a respeito das atrocidades cometidas durante o regime militar. A lei seria, num sentido amplo, responsável por ferir o direito à memória e dignidade á milhares de famílias, que perderem entes e conhecidos de maneiras brutais no período da ditadura, como desaparecidos e torturados.

Além disso, a legislação vigente impede o pleno cumprimento de tratados internacionais que acordam pelo direito à memória e devida investigação de fatos que feriram gravemente os Direitos Humanos no período militar.

Adotando a Lei da Anistia, o Brasil se distancia daquilo que fora adotado pelos outros países latino-americanos no contexto pós suas respectivas ditaduras. Enquanto nesses países, a lei da anistia seria interpretada apenas no sentido de proteger os presos e perseguidos políticos, e não os envolvidos nas decisões pública desse regime, o Brasil ainda protege os responsáveis e dificulta o acesso de famílias à verdade e ao seu direito de memória. Mais importante do que a pena aplicada aos envolvidos, é o significado subjetivo, ou seja, o que significa na conquista da investigação daquilo que ocorrera no período. Apenas a efetiva investigação e transmissão às famílias informações sobre a verdade que aconteceu naquele período já se mostraria um avanço na luta dos brasileiros pela dignidade, contra o atraso de uma legislação interna.

O projeto de Lei da Anistia foi assinado em 27 de junho de 1979, pelo então presidente João Baptista Figueiredo e o enviou para o Congresso Nacional, mesmo diante da falta de legitimidade, visto que 305 emendas foram propostas pelos 134 parlamentares visando alteração da Lei, dentre as modificações citamos: a exclusão dos benefícios da anistia, haja vista que são crimes comuns e a extinção do benefício da graça aos que deram ordens e realizaram prisões sem observância das formalidades legais ou de maneira abusiva.

Na visão de Fábio Konder Comparato

É politicamente indefensável, com efeito, pretender que os que governavam acima das leis, sob a vigência do chamado Ato Institucional n. 5, possam legitimamente obter de um legislador submisso a anistia para os crimes que cometeram no exercício de suas funções. Que democracia é essa que se inaugura no achincalhe? A pretensa “pacificação dos espíritos”, de resto, foi sempre uma farsa grosseira, pois à época da anistia não havia o menor vislumbre de oposição armada ao regime. Tudo se passou como se um ditador corrupto qualquer, desejando abandonar o poder sem riscos, negociasse com o sucessor uma pré-anistia para os seus desmandos (COMPARADO, 1995).

4. O CASO GOMES LUND E OUTROS (GUERRILHA DO ARAGUAIA)

Em 2009, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu à Corte Interamericana de Direitos Humanos uma ação contra o Brasil em nome das vítimas e dos familiares da Guerrilha do Araguaia. A ação teve início em virtude da execução extrajudicial de Maria Lúcia Petit da Silva, e da atribuição ao Brasil por deter arbitrariamente, torturar e ser responsável pelo desaparecimento de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista e camponeses da região. Além disso, o Brasil seria demandado perante a Corte pois, em virtude da não revogação da Lei de Anistia, como fora feito em outros países que passaram por um período de ditadura militar, jamais teria sido realizada uma investigação penal com o objetivo de punir os responsáveis pelo desaparecimento forçado das vítimas, mesmo havendo o compromisso brasileiro junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos de punir lesões a esses direitos. Como declararia nota da própria Comissão durante o desenrolar do processo, o caso representa:

(...) uma oportunidade importante para consolidar a jurisprudência interamericana sobre as leis de anistia com relação aos desaparecimentos forçados e à execução extrajudicial e a consequente obrigação dos Estados de dar a conhecer a verdade à sociedade e investigar, processar e punir graves violações aos Direitos Humanos. (CIDH, 2017).

O nome dado ao caso se refere à uma das vítimas (Guilherme Gomes Lund) que haveria desaparecido de forma forçada no período. É importante perceber que uma das vítimas, Júlia Gomes Lund se refere a um familiar do desaparecido, mostrando que o processo passaria a tratar os familiares como vítimas, visto que a eles foi negado o direito à história e justiça de transição.

A Comissão solicitou à Corte que declarasse o Estado Brasileiro responsável por violar os direitos estabelecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, sendo eles os artigos 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 7 (direito à liberdade pessoal), 8 (garantias judiciais), 13 (liberdade de pensamento e expressão) e 25 (proteção judicial), da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, todos em conexão com as obrigações previstas nos artigos 1.1 (obrigação geral de respeito e garantia dos Direitos Humanos) e 2 (dever de adotar disposições de direito interno) da mesma Convenção (MOURA, 2018).

A competência da Corte Interamericana para julgar o caso Gomes Lund e outros se deu após o reconhecimento de que o crime cometido teria caráter permanente, visto que o Brasil havia reconhecido a Corte como competente para esses assuntos após a

ocorrência do início do fato, em 1988, o que excluiria a competência por essa ser concessão superior ao começo do fato caso não houvesse permanência do crime. O desaparecimento e a sua execução se inicia com o processo de privação de liberdade e a falta de conhecimento sobre o destino, podendo a corte estar responsável por crimes posteriores à 1988.

Diante do caso, instituições do terceiro setor como o Grupo Tortura Nunca Mais do Rio de Janeiro, a Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos da Violência do Estado e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional apresentaram solicitações, argumentos e provas, solicitando ao Tribunal que declare a responsabilidade internacional do Brasil pela violação dos artigos 3, 4, 5, 7, 8 e 25 da Convenção, em conexão com as acusações de desaparecimento forçado das vítimas e total impunidade referente aos atos. Nesse sentido, é importante perceber o interesse da sociedade civil no assunto, e mais do que isso, na efetiva punição do Brasil frente às alegações da Comissão na Corte, mostrando que a questão da revogação da Lei de Anistia e do acesso à memória e à verdade é questão de interesse público.

5. O DESENVOLVIMENTO DO JULGAMENTO

Como destacado pela Corte Interamericana, desde o início do julgamento, seria responsabilidade do dever estatal “investigar e punir as violações de Direitos Humanos”. Além disso, afirmaria a Corte, reiteradas vezes que:

A obrigação de investigar e, se for o caso, julgar e punir, adquire particular importância ante a gravidade dos crimes cometidos e a natureza dos direitos ofendidos, especialmente em vista de que a proibição do desaparecimento forçado de pessoas e o correspondente dever de investigar e punir os responsáveis há muito alcançaram o caráter de *jus cogens* (MESSIAS, 2018).

Nesse sentido, o Tribunal reafirmaria a obrigação do Brasil em investigar as violações de Direitos Humanos, assim como previsto na Convenção. O dever de investigação deve ser assumido por Estado como dever jurídico próprio, e durante todo o processo, foi necessária à Corte salientar esse ponto, visto que o Brasil não mostrava avanço algum em relação a possibilidade de investigações.

Mais do que a Corte, conforme os princípios básicos do Direito Internacional, o Brasil deveria cumprir sua obrigação de investigar e punir os autores de violações aos Direitos Humanos. Para o Direito Internacional, os países se apresentam obrigados a prevenir, investigar e punir toda violação dos Direitos Humanos reconhecidos pela

Convenção e procurar, ademais, o restabelecimento, caso seja possível, do direito violado e, se for o caso, a reparação dos danos provocados pela violação dos Direitos Humanos.

Nesse sentido, no desenvolvimento do processo, a Corte Interamericana considera que a forma na qual foi interpretada e aplicada a Lei de Anistia aprovada pelo Brasil afetou e ainda afeta o dever internacional que o Estado brasileiro firmou de investigar e punir as graves violações de Direitos Humanos, como firmado na Convenção Americana e faz violar o artigo 25 da mesma Convenção, que aborda a questão do direito à proteção judicial, quebrado quando não houve investigação, perseguição, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos. A Corte reitera que, ao adotar a Lei de Anistia e não aplicar esforços para sua revogação, o Brasil deixou de proteger as vítimas e seus familiares, impedindo-os de ter acesso à memória e à justiça. Nesse sentido, o Tribunal conclui que a Lei de Anistia não pode continuar representando um obstáculo para a investigação dos fatos presentes nesse caso, nem podem ter impacto semelhante sobre outros casos de violações graves aos Direitos Humanos.

A Corte estabelece ser consciente de que as autoridades brasileiras, sujeitas à validade da lei, estão obrigadas a cumprir as disposições vigentes. No entanto, observa que o Estado é parte de um tratado internacional que o obriga a aplicar esforços para a investigação e punição de responsáveis por violações aos Direitos Humanos, e a atual legislação impede essa competência, deixando vítimas e familiares fora da ação da justiça.

Adicionalmente, o Tribunal afirmou a obrigação brasileira em cumprir a obrigação de fornecer o direito de familiares das vítimas de graves violações dos Direitos Humanos, de terem acesso ao conhecimento da verdade. Nesse sentido, tanto as famílias quanto a sociedade devem ser informados de todo o ocorrido em relação a essas violações.

6. A PUNIÇÃO ATRIBUÍDA AO BRASIL

O Brasil, após julgamento na Corte Internacional de Direitos Humanos, teve a sua sentença proferida em 24 de novembro de 2010, onde o Estado Brasileiro seria responsabilizado pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de cerca de 90 (noventa) pessoas, entre militantes do PC do B e camponeses, na “Guerrilha do

Araguaia”, tudo resultado de operações militares, patrocinadas e realizadas pelo governo brasileiro, entre os anos de 1972 e 1975, a fim de aniquilar os integrantes retromencionados. Além disso, as disposições legais da Lei de Anistia brasileira seriam consideradas incompatíveis com a Convenção Americana, e carecem de efeitos jurídicos.

O Estado brasileiro seria responsabilizado também pela violação ao direito de liberdade de pensamento e expressão, afirmado no artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, como também pela violação do direito à integridade pessoal, em prejuízo aos familiares das vítimas da Guerrilha do Araguaia. Nesse sentido, foram atribuídas ao Brasil penas relativas às condenações da Corte.

Inicialmente, o Estado deveria se certificar a conduzir eficazmente a investigação penal dos fatos do presente caso a fim de esclarecê-los, determinando as correspondências penais e aplicar as sanções que a lei preveja. O Brasil deve também realizar todos os esforços para determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas e, caso identificadas, entregar os restos mortais para os familiares, como forma de respeito e integridade.

Além disso, o governo fica obrigado a realizar atos públicos de responsabilidade internacional a respeito dos fatos do presente caso, buscando esclarecer os acontecimentos para a sociedade.

No nível legislativo, fica determinado que o Brasil deve adotar medidas que sejam necessárias para tipificar o delito de desaparecimento forçado e outras violações dos Direitos Humanos em comunhão com a Convenção Interamericana. Com isso, a Corte busca pressionar o governo brasileiro a investir forças no sentido de revogar a Lei de Anistia, o que realmente daria condições de tipificação dos crimes cometidos durante o período da Ditadura. O objetivo da Corte foi o de garantir punição àqueles que torturaram e prestaram crimes contra os Direitos Humanos no Caso Gomes Lund, mas, também, buscar a garantia de que o direito a essas questões seja garantido para outras investigações, impedidas pela Lei de Anistia. Nesse sentido, foi solicitada junto ao Brasil a revisão da Lei de Anistia, para que crimes como os cometidos na Guerrilha do Araguaia não sejam menosprezados pelo direito interno e internacional.

A condenação também implica que, após a revogação da Lei de Anistia, os responsáveis pelos crimes cometidos durante a ditadura devem ser condenados e punidos, devendo o Brasil reconhecer publicamente sua responsabilidade nesses atos.

7. A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Brasil foi, portanto, condenado pela CIDH, que em sua sentença solicitou ao país que reavaliasse e revogasse a Lei de Anistia. No entanto, o Supremo Tribunal Federal não aderiu à resolução e decidiu não revogar a lei, sendo o principal argumento utilizado o de que essa lei teria sido um acordo político de conciliação nacional e que não caberia, dessa forma, ao Poder Judiciário rescrever leis de anistia e que o Supremo não deveria avançar sobre a competência do Poder Legislativo.

A obrigação de cumprir as obrigações internacionais contraídas voluntariamente corresponde não somente ao princípio básico do *pacta sunt servanda* sobre a responsabilidade internacional dos Estados, mas também ao disposto na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, à qual o Brasil também aderiu que dispõe que os Estados não podem descumprir obrigações internacionais por razões de ordem interna (artigo 27). Assim, o STF desconsiderou o dever contraído pelo Estado de garantir o cumprimento das disposições da Convenção Americana e seus efeitos no âmbito interno brasileiro (MOURA, 2018).

O pedido de revogação da Lei de Anistia foi feito pela OAB objetivou anular o perdão concedido pelo STF aos representantes do Estado acusados de praticar tortura no regime militar. O caso foi julgado improcedente por 7 votos a 2 (STF, 2018).

O último voto proferido foi o do presidente da Corte, ministro Cezar Peluso. Ele iniciou dizendo que nenhum ministro tem dúvida sobre a “profunda aversão por todos os crimes praticados, desde homicídios, sequestros, tortura e outros abusos – não apenas pelos nossos regimes de exceção, mas pelos regimes de exceção de todos os lugares e de todos os tempos. Contudo, a ADPF não tratava da reprovação ética dessas práticas, de acordo com Peluso. A ação apenas propunha a avaliação do artigo 1º (parágrafos 1º e 2º) da Lei de Anistia e da sua compatibilidade com a Constituição de 1988. Ele avaliou que a anistia aos crimes políticos é, sim, estendida aos crimes “conexos”, como diz a lei, e esses crimes são de qualquer ordem. Para o presidente da Corte, a Lei de Anistia transcende o campo dos crimes políticos ou praticados por motivação política. Peluso destacou seis pontos que justificaram o seu voto pela improcedência da ação. O primeiro deles é que a interpretação da anistia é de sentido amplo e de generosidade, e não restrito. Em segundo lugar, ele avaliou que a norma em xeque não ofende o princípio da igualdade porque abrange crimes do regime contra os opositores tanto quanto os cometidos pelos opositores contra o regime. Em terceiro lugar, Peluso considerou que a ação não trata do chamado “direito à verdade histórica”, porque há como se apurar responsabilidades históricas sem modificar a Lei de Anistia. Ele também, em quarto lugar, frisou que a lei de anistia é fruto de um acordo de quem tinha legitimidade social e política para, naquele momento histórico, celebrá-lo. Em quinto lugar, ele disse que não se trata de caso de autoanistia, como acusava a OAB, porque a lei é fruto de um acordo feito no âmbito do Legislativo. Finalmente, Peluso classificou a demanda da OAB de imprópria e estéril porque, caso a ADPF fosse julgada procedente, ainda assim não haveria repercussão de ordem prática, já que todas as ações criminais e cíveis estariam prescritas 31 anos depois de sancionada a lei. Peluso rechaçou a ideia de que a Lei de Anistia tenha obscuridades, como sugere a OAB na ADPF. “O que no fundo motiva essa ação [da OAB] é exatamente a percepção da clareza da lei.”

Ele explicou que a prova disso é que a OAB pede exatamente a declaração do Supremo em sentido contrário ao texto da lei, para anular a anistia aos agentes do Estado. Sobre a OAB, aliás, ele classificou como anacrônica a sua proposição e disse não entender por que a Ordem, 30 anos depois de exercer papel decisivo na aprovação da Lei de Anistia, revê seu próprio juízo e refaz seu pensamento “numa consciência tardia de que essa norma não corresponde à ordem constitucional vigente”. Ao finalizar, Peluso comentou que “se é verdade que cada povo resolve os seus problemas históricos de acordo com a sua cultura, com os seus sentimentos, com a sua índole e também com a sua história, o Brasil fez uma opção pelo caminho da concórdia”. O presidente do Supremo declarou, ainda, que “uma sociedade que queira lutar contra os seus inimigos com as mesmas armas, com os mesmos instrumentos, com os mesmos sentimentos está condenada a um fracasso histórico (STF, 2018).

Os argumentos utilizados para a não aprovação da revogação foram muito criticados. Os argumentos utilizados pelo Ministro Peluso, por exemplo, possuíam argumentos considerados duvidáveis de uma forma geral. O primeiro argumento utilizado, baseado no fato de a interpretação da anistia ser de sentido amplo e de generosidade, é criticável pelo Direito ter uma função de punir a quem o infringe, não importando a generosidade, visto que não houve nenhuma forma de generosidade por parte dos milhares envolvidos nesse caso. O segundo argumento é criticável pelo fato de a Lei de Anistia ter o intuito de anistiar aos infratores do Estado no período militar e não a todos, de forma que milhares de pessoas morreram ou sofreram graves torturas durante o Regime. O terceiro argumento é criticável pelo fato de o “direito à verdade histórica” ser apenas uma parte do objetivo da revogação e que o reconhecimento Estatal dos torturadores, torturas e demais pessoas que sofreram com os crimes torna esse aspecto explícito e comprovado pelo próprio governo. O quarto argumento é também criticável, visto que apesar de ser um acordo político, não é passível de ser aceito por violar de forma gravíssima os Direitos Humanos. O quinto argumento é, da mesma maneira controverso, pois apesar de o Legislativo ter elaborado a Lei de Anistia, o fez ainda em um Regime Militar e esses foram os principais – e quase únicos – beneficiados pela Lei. E por fim, utiliza de um argumento que foi utilizado pelo Brasil e foi derrubado em julgamento, de que os crimes já não haveria repercussão prática, devido ao fato de já estarem prescritos, o que não condiz com a realidade, visto que crimes como os de tortura se dão de forma imprescritível.

De acordo com a Ministra Carmen Lúcia, que votou a favor da manutenção do texto da Lei de Anistia:

Tem-se, no próprio documento da Ordem dos Advogados do Brasil, de trinta e um anos atrás, o alerta de que não era com gosto de festa que se recebia o projeto; era com críticas ácidas, mas com a responsabilidade própria da entidade, que teimava em permitir que as novas gerações estivessem libertas dos grilhões ditatoriais e se pudesse, como afirmou o ministro Sepúlveda

Nesse sentido, a Ministra estaria lembrando a participação ativa da OAB e outras entidades no processo de publicação da Lei de Anistia, em 1979. Carmen Lúcia afirmaria que seria possível repensar e reconstruir a ideia feita sobre a lei, renovando interpretações, mas não vê a possibilidade de alteração do texto ou revogação da lei como viável.

A posição oficial do governo brasileiro foi de acordo com a resolução do STF, mesmo que dessa forma, esteja contrariando a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos e favorecendo os praticantes de crimes contra os Direitos Humanos, embora fosse esperado do Estado Brasileiro o efetivo cumprimento das obrigações impostas na Sentença.

8. CONCLUSÃO

Destarte, é possível perceber as dificuldades que a Lei de Anistia impõe sobre o efetivo cumprimento das obrigações brasileiras frente aos pactos internacionais da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, no contexto das vítimas da Guerrilha do Araguaia e de outras violações graves aos Direitos Humanos. A impossibilidade de investigar, julgar e punir os responsáveis por atrocidades cometidas contra os Direitos Humanos.

Além disso, dentre todos os países da América Latina que passaram por ditaduras militares em períodos recentes, revogaram suas respectivas leis de anistia, excetuando o Brasil. Diferentemente dos países vizinhos, onde os crimes cometidos durante seus regimes militares já estão sendo investigados e julgados, o Brasil mantém a Anistia ampla, geral e irrestrita. A Argentina, que tem dado exemplo de como lidar com a questão já criou medidas judiciais e iniciativas como o “escrache”, manifestações para expor publicamente acusados por crimes de tortura.

Nesse contexto, até a Ordem Nacional do Advogados brasileira já expôs sua opinião a respeito do assunto, solicitando que os crimes de tortura sejam excluídos da anistia e criticando as limitações impostas à Comissão da Verdade no processo investigativo. Como crime imprescritível, a ausência de punição sobre os responsáveis pela tortura durante a ditadura militar demonstra o atraso judicial e humanitário do

Brasil frente às suas obrigações internacionais, com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e internamente, com a sociedade, as vítimas e seus familiares.

Conclui-se que, enquanto a decisão do Supremo Tribunal, pela permanência da Lei de Anistia, assim como ela existe hoje, se manter, o Brasil continuará impossibilitado de cumprir suas obrigações internacionais frente à assinatura da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e efetivamente investigar e punir as atrocidades cometidas na Guerrilha do Araguaia e durante a ditadura militar. Nesse sentido, é possível inferir que a manutenção da Lei de Anistia representa um obstáculo para a democracia e um símbolo do atraso brasileiro no contexto da garantia de Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. **A lei de anistia brasileira: os crimes conexos, a dupla via e Tratados de direitos humanos.**

BRASIL adota rumo diferente de vizinhos na revisão do regime militar. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/03/120329_crimespoliticos_mc_ac Acesso em: 12 out. 2017

BRASIL. **Lei no 6.683, de 28 de agosto de 1979.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6683.htm Acesso em: 07 abr. 2018

CIDH. CASO Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs Brasil. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf Acesso em: 12/10/2017

COMPARATO, Fábio Konder. **Questão de decência.** Folha de São Paulo. Brasil. Tendências/debates, São Paulo, p. 3, 1995.

CONSULTOR JURÍDICO. **Leia o voto de Cármen Lúcia sobre Lei da Anistia.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-mai-01/leia-voto-ministra-carmen-lucia-lei-anistia> Acesso em: 12 jul. 2018

JAYME, Fernando G. **Direitos Humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 208.

JOSÉ PINTO, Marcos. **O Caso Gomes Lund e outros versus Estado Brasileiro.** Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-caso-gomes-lund-e-outros-versus-estado-brasileiro-a-guerrilha-do-araguaia,45992.html> Acesso em: 17 out. 2017

MARMELSTEIN LIMA, George. **Guerra de Gigantes: STF versus CIDH.** Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2011/02/17/guerra-de-gigantes-stf-versus-cidh-lei-de-anistia/> Acesso em: 22 out. 2017

MESSIAS, Marcos. **Lei de anistia**: uma análise sobre o processamento das ações penais dos crimes cometidos durante a ditadura militar no Brasil. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64399/lei-de-anistia-uma-analise-sobre-o-processamento-das-acoes-penais-dos-crimes-cometidos-durante-a-ditadura-militar-no-brasil/5> Acesso em: 12 jul. 2018

MIGALHAS. **SDH divulga sentença da OEA sobre casos de desaparecimentos na Guerrilha do Araguaia**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI135661,11049-SDH+divulga+sentenca+da+OEA+sobre+casos+de+desaparecimentos+na> Acesso em: 12 jul. 2018

MOURA, Luiza Diamantino. **O Direito à Memória e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma análise do caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) versus Brasil**. Disponível em: www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12035. Acesso em: 07 abr. 2018

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013, 14. ed., rev. e atual. STF é contra revisão da Lei da Anistia por sete votos a dois. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=125515. Acesso em: 07 abr. 2018

STF tem uma segunda chance para não tornar o Brasil o único país que não pune torturadores. Disponível em: <https://www.revistaforum.com.br/mariafro/2012/03/16/stf-tem-uma-segunda-chance-para-nao-tornar-o-brasil-o-unico-pais-que-nao-pune-torturadores/> Acesso em: 20 out. 2017

A POLÍTICA IMIGRATÓRIA NA UNIÃO EUROPEIA

*Ana Luiza Tiburcio Guimarães*¹⁹⁶

*Bárbara Thaís Pinheiro Silva*¹⁹⁷

*Marianna Campos Dias Assis*¹⁹⁸

1. INTRODUÇÃO

A pesquisa em tela nasce da preocupação dos pesquisadores quanto o aumento das tentativas de ingresso de estrangeiros em território de outros Estados, principalmente nos países europeus, e as constantes barreiras estatais a entrada dos mesmos. Sabe-se que com a globalização e com a estruturação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em tese, os Estados não poderiam decidir discricionariamente quanto ao ingresso de estrangeiros em seu território.

A temática sobre a circulação internacional de pessoas está totalmente em voga, haja vista a atual crise migratória pós-segunda guerra mundial. Sabemos que as barreiras ao ingresso de estrangeiros são cada vez mais frequentes e difíceis de serem transpostas. Destarte, os pesquisadores buscaram investigar o tema no esforço de demonstrar a evolução da política imigratória na União Europeia e a necessidade da mesma em adotar as medidas de segurança fronteiriça e a política migratória à luz das normas internacionais de Direitos Humanos.

Apesar da migração ter sido facilitada pelos avanços tecnológicos, ela sofre restrições por questões econômicas. Entretanto, entendemos que a restrição ao ingresso do migrante não pode se dar por ato de simples vontade do Estado, visto que este está limitado pelas normas internacionais de Direitos Humanos.

Segundo Luís Vedovato (2013) há três teorias que explicam a relação do Estado com o direito de ingresso do estrangeiro: a primeira, capitaneada por Francisco de Vitória, advoga a tese de que há liberdade total de circulação de pessoas pelo mundo,

¹⁹⁶ Graduanda do curso de Direito, na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

¹⁹⁷ Bacharel em Direito na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduanda em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

¹⁹⁸ Graduanda do curso de Direito, na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

devendo a mesma ser limitada apenas quando causar dano ao Estado receptor do migrante; a segunda teoria, trata-se do livre-arbítrio absoluto do Estado, isto é, o Estado tem total liberdade de barrar a entrada de migrante, independente do motivo, haja vista que o Estado é um ente soberano; por fim, a terceira teoria, denominada teoria do controle das decisões estatais, desenvolvida pelo próprio Luís Vedovato, considera que a decisão do Estado de barrar o ingresso do estrangeiro em seu território deve ser uma decisão fundamentada e, a mesma, não pode ignorar as normas internacionais de Direitos Humanos. Destarte, o autor defende que a decisão estatal, quanto a entrada de migrantes por motivos econômicos ou estudantis, deve ser concretizada independentemente dos humores estatais (VEDOVATO, 2013).

A circulação de pessoas que saem de um território estatal em direção a outro território é cada vez mais intensa. Além disso, as tecnologias e o acesso as comunicações facilitam os deslocamentos físicos, tornando-os mais rápidos. Diante disso, o Estado se vê em uma tarefa árdua de lidar com o aumento populacional em seu território. Historicamente e juridicamente é dever do Estado decidir sobre a entrada de estrangeiro em seu território. No entanto, a evolução da proteção internacional dos Direitos Humanos trouxe impactos a essa faculdade, limitando-a. Além do mais, a Opinião Consultiva nº 18, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 17/09/2003, determina a necessidade de os Estados criarem políticas migratórias à luz das normas internacionais de Direitos Humanos. Por isso, o fundamento do veto à entrada de estrangeiro no território do Estado deve ser explicitado, sob pena de violar frontalmente as normas de Direitos Humanos.

Quanto à liberdade de sair do território do Estado, a Magna Carta inglesa, de 1215, já previa o direito de todos de deixar a Inglaterra. Posteriormente, a *Common Law* propiciou o florescimento do *Ne Exeat Regno*, que concedia poderes ao Rei de impedir a saída de determinadas pessoas. Após a Segunda Guerra Mundial, o direito de sair de um território foi reconhecido na Carta das Nações Unidas e na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. No entanto, a Declaração Universal de Direitos Humanos não enfrentou o dilema do direito de ingresso do estrangeiro em outros territórios¹⁹⁹. Em flagrante retrocesso as normas de Direito Internacional de Direitos Humanos, a Corte Europeia de Direitos Humanos, no julgado *Boultif* versus Suíça, em 2002, decidiu que o direito de ingresso não existe, visto que as pessoas

¹⁹⁹ WEISSBRODT, D. S.; DANIELSON, L. **Immigration law and procedure in a nutshell**. 5. ed. New York: Thomson West, 2005

dependem da decisão privativa do Estado de aceitar ou não a entrada de determinada pessoa em seu território (VEDOVATO, 2013).

2. DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA UNIÃO EUROPEIA

Para compreendermos o cenário atual e as dificuldades e dilemas enfrentados com relação à defesa e a segurança da União Europeia, imperioso se faz saber sobre seus antecedentes históricos, como nasceu e se tornou este grande bloco econômico, marcado pela evolução de tratados comunitários.

Em meio a um cenário de tanta violência, inúmeras mortes, barbaridades, e insegurança entre países geograficamente tão próximos, a França, em 1950, propôs à Alemanha, estabelecerem um vínculo de paz para que juntos gerissem o monopólio sobre o mercado do carvão e do aço. Ocorre que a proposta tinha o objetivo claro de findar o espírito de guerra eminente e, sendo assim, tal proposta fora amplamente aceita, não só pela Alemanha, como também pela Bélgica, França, Itália, Luxemburgo e Países Baixos. Todos esses países buscavam mobilizar-se no sentido de união, paz, e restauração econômico-financeira, haja vista o cenário de crise pós-segunda guerra mundial (1945), e a eminência de outra, futuramente conhecida como a Guerra Fria. Com esse espírito de renovação, floresceu na década de 50 a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), composta pelos seis países que aderiram à proposta francesa, e deram origem a esta organização supranacional e que mais tarde inspirou a Unificação Europeia (VALÉRIO, 2010).

Outra grande organização que antecedeu e inspirou a criação da União Europeia, foi a Comunidade Econômica Europeia (CEE), também conhecida como Mercado Comum Europeu. No contexto da Guerra Fria, e diante de um mundo bipolarizado, os mesmos países que compunham a CECA perceberam que a área de atuação sobre apenas o carvão e o aço era muito limitada. Além disso, os países da CECA tinham o interesse em melhoria da segurança, já que se encontravam ainda em eminência de guerra. Assim sendo, a Comunidade Econômica Europeia (CEE) nasce, em 1957, fruto do Tratado de Roma, mediante uma nova proposta, não só de união e desenvolvimento econômico, mas também segurança, força militar e alianças para enfrentar a poderosa influência crescente dos Estados Unidos da América. Destarte, a CEE visava a manutenção da paz, e a reconstrução dos danos e perdas sofridos neste período de guerras (PÉREZ-BUSTAMANTE; COLSA, 2004).

Na década de 80, a CEE foi acrescida de mais 6 países (Dinamarca, Grécia, Inglaterra, Irlanda, Espanha e Portugal), e essa união foi essencial na formação do que hoje conhecemos como União Europeia. Outro acordo intergovernamental que embasou o bloco econômico, e contribuiu para a evolução dos tratados comunitários europeus, foi o Espaço Schengen, firmado entre cinco países, (Luxemburgo, Bélgica, Alemanha, França, Países Baixos), em 1985, realizado na cidade de Luxemburgo, concluído em 1986, que estabelecia a criação de uma área sem fronteiras externas, e tinha como principais objetivos a livre circulação, maior controle dessas fronteiras externas, estabelecimento de um Estado para analisar pedidos de asilo, cooperação entre os tribunais dos referidos países. Com isso, esperava-se um equilíbrio entre as normas e políticas a respeito de crimes em geral, e a implementação do “sistema de informação Schengen”, que visava melhorar o controle do cumprimento dos termos relativos as fronteiras externas (VALÉRIO, 2010).

No ano de 1992, os representantes desses países que compunham a CEE se reuniram em Maastricht, na Holanda, e assinaram o “Tratado de Maastricht”, que propunha uma maior integração e cooperação econômica balanceando taxas de importação. Tal Tratado era fundamentado em três pilares: Comunidade Europeia é a competente para apreciar matérias supranacionais por maioria qualificada, tais como: agricultura, ambiente, saúde, educação, energia, investigação e desenvolvimento. O segundo pilar representava a cooperação em política externa e de segurança. E, o terceiro pilar trata-se de cooperação nos domínios da justiça e assuntos internos, nos quais ambos eram decididos por unanimidade intergovernamental, incluindo as políticas de imigração, questões jurídicas e policiais. Com entrada em vigor em 1º de novembro de 1993, à União Europeia nasce, sendo responsável pela unificação da moeda nos países integrantes, criando o Euro, e posteriormente emendado por outros Tratados como o de Amsterdã e Lisboa (VESENTINI, 2011).

3. EMENDAS AO TRATADO DE MAASTRICHT

3.1. TRATADO DE AMSTERDÃ

O Tratado de Amsterdã, assinado em 1997, foi um importante instrumento para a formação de uma comunitarização na questão da imigração e asilo na União Europeia. Nele, algumas mudanças e inovações permitiram uma abertura maior para

a gestão desses assuntos. Além da livre circulação dentro do espaço, o controle nas fronteiras externas e a política de vistos para imigrantes e asilados, o referido tratado estabelece a passagem do “terceiro” para o “primeiro” pilar (o pilar central é a Comunidade Europeia, no qual as matérias apreciadas eram submetidas às decisões “supranacionais” por maioria qualificada). Os segundo e terceiro pilares representavam, respectivamente, a cooperação em política externa e de segurança e cooperação nos domínios da justiça e assuntos internos. Políticas relativas a estes dois pilares deveriam ser decididos por unanimidade intergovernamental (MOURA, 1999).

A partir disso, mais três projetos são criados em face da percepção da necessidade de elaborar novos parâmetros para dar efetividade à política comum de imigração da União Europeia. Em 1999, 2005 e 2008 os líderes da União Europeia se reuniam para traçar diretrizes em busca da gestão da migração em sistema de cooperação. Destaca-se o Conselho Europeu de Tampere (1999), que formou as bases de atuação da União Europeia nos assuntos relacionados a migração e asilo, que vigoram até os dias atuais: (i) a criação de parcerias com os países de origem, através da colaboração em projetos de cooperação para o desenvolvimento, buscando melhorar as condições econômicas e sociais dos países de origem dos migrantes; (ii) a realização de longo prazo de um Sistema Comum Europeu de Asilo, através de um procedimento comum para os candidatos e um estatuto uniforme para os beneficiários de asilo; tratamento justo de nacionais de países terceiros; e, (iii) a gestão dos fluxos migratórios em todas as suas fases (MOURA, 1999).

3.2. TRATADO DE LISBOA

O Tratado de Lisboa²⁰⁰, floresce 10 anos após o tratado de Amsterdã e trouxe certos avanços, mas também certos retrocessos quanto a questão da imigração. A partir dele, abre-se a possibilidade de aplicar o processo legislativo ordinário, ou seja, criar legislação quanto a questões de imigração legal e ilegal. Além disso ampliou o horizonte das questões a serem decididas por maioria qualificada dos membros da UE, inserindo nesse rol a migração legal e para a promoção de medidas de integração (PIÇARRA, 2012).

²⁰⁰ TRATADO DE LISBOA. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.1.5.html. Acesso em: 10 fev. 2018

Ocorre que, apesar dessa nova agenda de política comum e decisões compartilhadas, reconheceu-se que, quando o assunto for entrada de imigrantes de países terceiros ao território, cada Estado-membro tem a competência de decidir o número de pessoas autorizadas, de acordo com o que lhe convém, podendo ainda pedir auxílio às forças da União Europeia para conter a entrada de imigrantes quando esse fluxo se mostrar acima do desejado (PIÇARRA, 2012).

A última e mais gravosa medida instituída pelo Tratado, foi no que tange a “Diretiva de Retorno”. Nos tratados anteriores, diversas restrições haviam sido impostas aos Estados-membro, no sentido de coibir a marginalização dos imigrantes ilegais, dando a eles oportunidade de readmissão no território, bem como organizando o repatriamento seletivo desses, por meio da ideia de solidariedade e cooperação para uma normatização comum para os Estados soberanos.

Ocorre que agora, o Tribunal de Justiça da União Europeia suprime as restrições antes impostas em matéria de imigração e asilo, decidindo sobre a legalidade da expulsão do imigrante ilegal com base em uma análise individual de cada pessoa, abrindo margem, novamente, para a diretiva de criminalização da imigração (PIÇARRA, 2012).

Ademais, cabe ressaltar que agora o Parlamento torna-se um co-legislador em pé de igualdade com o Conselho. E as medidas provisórias em caso de súbito afluxo de nacionais de países terceiros são adotadas apenas pelo Conselho, após consulta ao Parlamento. Por fim, o Tribunal de Justiça possui, agora, plena competência em matéria de imigração e asilo (UNIÃO EUROPEIA, 2018).

3.3. PACTO EUROPEU SOBRE MIGRAÇÃO E ASILO

O pacto europeu sobre migração e asilo, criado em 2008, é um documento de relevância importância até os dias de hoje no campo da imigração, visto que buscou reforçar os documentos anteriores que tratam da migração e asilo e, além disso, criou compromissos de suporte aos imigrantes legais, controle dos imigrantes ilegais, reforçou a atuação do FRONTEX²⁰¹, elaborou normas comuns quanto aos refugiados e

²⁰¹ Frontex é a designação abreviada para Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas dos Estados Membros da União Europeia. Criada a 26 de outubro de 2004, tem por finalidade coordenar a cooperação entre os países da UE no que se refere à gestão das suas fronteiras externas. É composto por um quadro de funcionários especializados em assuntos de migração e fronteira. A agência, com sede em Varsóvia, tem independência. Visa centralizar os meios de controle fronteiriço, adotando a vigilância como um dos mecanismos de controle (FRONTEX, 2018).

asilados e desenvolveu políticas de trabalho e estudo para o imigrante de países fora da União Europeia (VILÃO, 2008).

Anteriormente ao pacto, algumas medidas já tinham sido alcançadas no que tange à imigração, como a política comum de vistos, as normas sobre o asilo e a criação da própria FRONTEX, que funciona como mecanismo de assistência aos Estados-membros que precisem de ajuda emergencial para conter imigrantes ilegais em fronteiras (VILÃO, 2008).

Apesar desses avanços, nota-se que as políticas de imigração que se efetivaram em nada beneficiam os imigrantes vindos de países terceiros, privilegiando apenas aqueles já se encontram na Europa. Quanto aos imigrantes de continentes próximos, como África e Ásia, o que se estabeleceu foram políticas de imigração instrumentalista e criminalizadora, que se repete dentro do ambiente soberano dos Estados e impossibilita a inclusão dessas pessoas nas políticas comuns que tratam da imigração (VILÃO, 2008).

A política de asilo da UE visa harmonização os procedimentos de asilo aplicados pelos países europeus à luz do princípio da não repulsão. A base jurídica que fundamenta tal política encontra-se nos artigos artigos 67, n.º 2, e 78 do *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*, além do artigo 18 da *Carta dos Direitos Fundamentais da UE*. Além disso, a política comum de asilo deverá estar em conformidade com a Convenção de Genebra de 1951 e com o Protocolo de 1967. (EUROPARL, 2018)²⁰²

Em matéria de asilo, o Tratado de Lisboa inovou ao transformar as medidas em matéria de asilo em política comum. O seu objetivo não é simplesmente estabelecer normas mínimas, mas, sim, criar um sistema comum que inclua estatutos e procedimentos uniformes, tais como: (i) um estatuto uniforme de asilo; um estatuto uniforme de proteção subsidiária; um sistema comum de proteção temporária; critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pelo exame de um pedido; etc. (EUROPARL, 2018)

Os sucessivos programas adotados pelo Conselho Europeu influenciaram profundamente a execução da política europeia em matéria de asilo. Podemos citar o Pacto Europeu sobre a Imigração e o Asilo, adotado em 16 de outubro de 2008, que

²⁰² EUROPAL. Política de asilo. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_4.2.2.html#_ftnref
2. Acesso em: 07 abr. 2018

salvaguarda o direito de todos estrangeiros perseguidos em obter ajuda e proteção no território da União Europeia, nos termos da Convenção de Genebra. Nesse sentido, o Pacto Europeu requereu a instauração de um procedimento de asilo único que comporte garantias comuns, estatutos uniformes de refugiado, por um lado, e de beneficiário de proteção subsidiária, por outro

Quanto a detenção, o Parlamento europeu entende que apenas é cabível em condições excepcionais, claramente definidas. Além disso, apoiou a criação de um Gabinete Europeu de Apoio em Matéria de Asilo. Com base no instrumento de recurso de anulação perante o Tribunal de Justiça²⁰³, o Parlamento europeu anulou os dispositivos relativos às modalidades de adoção da lista comum de países terceiros considerados como países de origem seguros e países terceiros europeus seguros, prevista na Diretiva 2005/85/CE do Conselho Europeu

4. DESENVOLVIMENTO DAS POLÍTICAS MIGRATÓRIAS NA EUROPA

4.1. DE 1945 A 1973

No pós-segunda guerra mundial, diante da destruição de diversas cidades e polos industriais europeus, os fluxos migratórios seguiam o caminho do capital e da demanda do mercado de trabalho. A imigração era querida e incentivada pelos países, principalmente no norte da Europa, os quais abriram as fronteiras de seus países e celebraram acordos de regulação da imigração, já que a entrada de mão-de-obra barata era essencial para a reconstrução da economia desses países (VIDAL, 2013).

Verifica-se a importação de trabalhadores dos países do sul, que foram menos atingidos pela guerra, pelos países do norte. Enquanto isso, países como França e Grã-Bretanha recebiam imigrantes de suas colônias e ex-colônias africanas. Esse esquema de abertura de fronteiras tem um limite: até que os países ajustem seu mercado de trabalho e estejam suficientemente abastecidos de mão-de-obra barata e desqualificada (VIDAL, 2013).

²⁰³ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 6 de maio de 2008, Parlamento Europeu contra Conselho da União Europeia, ECLI:EU:C:2008:257. Recurso de anulação – Política comum de asilo – Diretiva 2005/85/CE – Procedimento de concessão e retirada do estatuto de refugiado nos Estados-Membros – Países de origem seguros – Países terceiros europeus seguros – Listas mínimas comuns – Processo de adoção e de alteração das listas mínimas comuns – Artigo 67, n° 1 e 5, primeiro travessão, CE – Incompetência (TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2018).

4.2. A PARTIR DE 1973

A imigração, a partir da crise econômica de 1973, passa por uma reestruturação, devido à necessidade de transferir o mundo do trabalho para aqueles países cuja legislação trabalhista fosse menos protetiva, reduzindo, assim, os custos com mão de obra no mundo das grandes empresas. Nesse ambiente de condições de trabalho precárias, subempregos e flexibilização da mão-de-obra, observa-se a ampliação das diferenças entre Ocidente e Oriente, já que as matrizes dessas grandes empresas, onde a tecnologia era produzida, ainda se concentravam na Europa e nos países desenvolvidos, enquanto a pobreza e a marginalização do trabalhador sustentavam a lógica dos países do Sul (VIDAL, 2013).

O aumento das disparidades entre Norte e Sul intensificam os fluxos migratórios por motivo de trabalho na Europa, e apesar das políticas de restrição a imigração, esta mostra-se incontrolável devido à necessidade de mão-de-obra barata dentro do mercado de trabalho. As diversas políticas de restrição a migração após a crise de 73 culminaram no aumento da imigração ilegal. Esse fator, com o apoio do sensacionalismo da mídia, desencadeou a uma visão distorcida dos fluxos migratórios, associando os migrantes à ilegalidade e delinquência. O medo ao migrante ilegal deu início ao favorecimento de políticas de segurança e a criminalização da imigração em toda a Europa (VIDAL, 2013).

O gerenciamento da migração de forma negativa, baseado no sentimento de invasão e insegurança dificultam um controle desses fluxos por parte dos estados, estimulando uma institucionalização da migração irregular que “dá força a um mercado negro que vitimiza o migrante e põe em cheque seus direitos” (VIDAL, 2013).

Diante de tudo isso, percebemos que as políticas migratórias comuns propostas pela União Europeia estão sempre privilegiando aqueles imigrantes qualificados, propondo projetos como a “carta azul”, que busca atrair estudantes e profissionais de destaque em seu país de origem para integrar os altos setores da economia. Esse tipo de política, no entanto, exclui o direito da população mais pobre que migra em busca de oportunidades de melhora de vida, restando a esses a imigração ilegal (VIDAL, 2013).

Com a globalização e a nova diversidade de fluxos migratórios proporcionada pela facilidade da circularidade pelo mundo nos dias atuais, verifica-se o aumento da dificuldade em determinar quais são os países de origem e quais são os de destino para

a migração. São diversos tipos de migrantes, cada qual com seus objetivos diferentes e nesse aspecto, o que deveria ser valorizado são os benefícios que esses migrantes podem trazer para o país que migram se forem acolhidos, regularizados e a eles forem dadas as mesmas oportunidades que se dão aos nacionais. Porém, as políticas migratórias atuais europeias caminham no sentido contrário dessa corrente, fomentando a entrada ilegal de imigrantes em seu território, o que não reduz a sua entrada, mas apenas prejudica as condições de vida e trabalho, favorecendo a xenofobia e racismo e a violência e criminalização do imigrante (VIDAL, 2013).

Em 13 de maio de 2015, a Comissão adotou uma agenda europeia da migração, com medidas voltadas para o curto e longo prazo, em relação à crise migratória no Mediterrâneo e buscando priorizar a criação de centros de registos, para realizar o registo dos migrantes com as suas impressões digitais. Ademais, elaborou a operação Sophia, focada no Mediterrâneo para desmantelar as redes de traficantes e combate ao tráfico de seres humanos.²⁰⁴

5. COMPETÊNCIAS DA UNIÃO EUROPEIA E DIFICULDADES PARA GERIR A QUESTÃO MIGRATÓRIA COMO POLÍTICA DE DEFESA E SEGURANÇA.

A base jurídica para o tratamento europeu em matéria de imigração se encontra nos artigos 79 e 80 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

Artigo 79:

1. A União desenvolve uma política comum de imigração destinada a garantir, em todas as fases, uma gestão eficaz dos fluxos migratórios, um tratamento equitativo dos nacionais de países terceiros que residam legalmente nos Estados-Membros, bem como a prevenção da imigração ilegal e do tráfico de seres humanos e o reforço do combate a estes fenómenos.

²⁰⁴ O nome da operação Sophia foi dado em homenagem a bebê que nasceu em 24/08/2015, a bordo da fragata alemã Schleswig-Holstein, que opera no Mar Mediterrâneo Central como parte da Força-Tarefa EUNAVFOR MED. Nascido de uma mãe somali resgatada junto com outros 453 migrantes. Sophia recebeu o nome do navio alemão dedicado à princesa prussiana Sophia de Schleswig-Holstein (8/04/1866 a 28/04/1952). A missão principal da operação Sophia é realizar esforços sistemáticos para identificar e capturar embarcações suspeitos de serem usados por contrabandistas de migrantes ou traficantes, a fim de desmantelar o negócio do contrabando e tráfico de pessoas no Mediterrâneo. Em 7/10/2015, a operação passou para a segunda fase, que implica embarque, busca e apreensão, no alto mar, dos navios suspeitos de serem usados para contrabando ou tráfico de seres humanos. Em 20/07/2016, o Conselho prorrogou até 27/07/2017 o mandato da Operação Sophia, reforçando-o e determinado a adição de duas tarefas: treinamento dos guarda-costas da Líbia e da marinha; apoio a implementação do embargo de armas das Nações Unidas no alto mar da costa da Líbia (EUNAVFOR MED SOPHIA, 2018).

2. Para efeitos do nº 1, o Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, adotam medidas nos seguintes domínios: a) Condições de entrada e de residência, bem como normas relativas à emissão, pelos Estados-Membros, de vistos e de títulos de residência de longa duração, inclusive para efeitos de reagrupamento familiar; b) Definição dos direitos dos nacionais de países terceiros que residam legalmente num Estado-Membro, incluindo as condições que regem a liberdade de circulação e de permanência nos outros Estados-Membros; c) Imigração clandestina e residência ilegal, incluindo o afastamento e o repatriamento de residentes em situação ilegal; d) Combate ao tráfico de seres humanos, em especial de mulheres e de crianças.
3. A União pode celebrar com países terceiros acordos destinados à readmissão, nos países de origem ou de proveniência, de nacionais de países terceiros que não preencham ou tenham deixado de preencher as condições de entrada, de presença ou de residência no território de um dos Estados-Membros.
4. O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, podem estabelecer medidas para incentivar e apoiar a ação dos Estados-Membros destinada a fomentar a integração dos nacionais de países terceiros que residam legalmente no seu território, excluindo-se qualquer harmonização das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros.
5. O presente artigo não afeta o direito de os Estados-Membros determinarem os volumes de admissão de nacionais de países terceiros, provenientes de países terceiros, no respectivo território, para aí procurarem trabalho, assalariado ou não assalariado. (UNIÃO EUROPEIA, 2018).²⁰⁵

Com isso, a União Europeia tem a missão de estabelecer medidas que visam tratar a migração de maneira equilibrada, concedendo tratamento justo aos imigrantes que moram legalmente nos países europeus, aperfeiçoar as medidas de combate a imigração ilegal. Além disso, a EU buscará uniformizar os direitos e obrigações dos imigrantes legais equiparando-os aos europeus. O fundamento da política imigratória é o princípio da solidariedade, como bem determina o art. 80 do TFUE, pelo qual os países devem repartir a mesma responsabilidade em matéria imigratória, inclusive no plano financeiro (EUROPARL, 2018).²⁰⁶

Com tantos países envolvidos, resta claro que a definição da competência deveria ter uma estruturação mais complexa e bem organizada diante do encontro de soberanias, e poderes. Na prática, verificamos que por não ser uma entidade dotada de soberania, a EU enfrenta diversas barreiras ao estabelecimento de políticas comuns, tendo em vista a força da vontade soberana de cada estado-membro, que muitas vezes diverge com os interesses tidos como “comuns”, impedindo o estabelecimento de

²⁰⁵ TRATADO SOBRE O FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA. Disponível em: http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Europeia/Tratado_Funcionamento_U_E.pdf. Acesso em: 07 abr. 2018

²⁰⁶ EUROPARL. Política de Imigração. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_4.2.3.html Acesso em: 07 abr. 2018

diretrizes gerais de posicionamento e ação em assuntos que não sejam o comércio e a política monetária (AMARAL E SILVA, 2013).

Para tentar solucionar isso, em 2005, foi aprovada a primeira Constituição da União Europeia. Ao analisarmos a mesma, entendemos que de suas competências exclusivas, todas tratam de questões ligadas ao mercado financeiro (união aduaneira, regras de concorrência, política monetária, política comercial comum e acordos comerciais), sendo todo o restante considerado de competência compartilhada entre a União e os Estados-Membros. Isso reflete no fato de que, tratando-se de política de defesa e segurança, seja muito difícil a criação de uma política comum a todos os estados membros, que nunca chegam a uma unanimidade para traçar objetivos e estratégias comuns quando o assunto é política externa (AMARAL E SILVA, 2013).

Tal fato dificulta a implantação de uma diretriz convergente quando se trata da política imigratória no ambiente da união europeia, apesar de esta ser uma busca constante ao longo da existência da união e dos diversos problemas enfrentados por seus estados membros ao longo de sua existência (AMARAL E SILVA, 2013).

Isso ocorre, pois, um bloco econômico como a União Europeia, estável, pacífico, com grande desenvolvimento econômico, área de livre comércio, um empreendimento supranacional de alta qualidade é muito atraente para pessoas de todos os lugares do mundo. Deste modo, a segurança é sempre um tema de suma importância, pois além de se configurar um dos pilares balizadores do bloco, é essencial para sua existência e efetividade (AMARAL E SILVA, 2013).

A Política Externa e de Segurança Comum (PESC), que foi inserida no Tratado da União Europeia em 1992, revista pelo Tratado de Amsterdã em 1999 e reajustada pelo Tratado de Nice em 2001:

É vista como pilar intergovernamental da União Europeia, tem como ponto mais importante a execução de um avançado sistema de informações, cooperação e harmonização de regras entre Estados-membro, sobre bases institucionais comunitárias, no âmbito da política exterior de Estados soberanos. (BATISTA, 1998, p. 151).

Apesar de objetivar uma cooperação sistemática entre seus membros, a PESC, em função do resguardo à soberania dos Estados-membros, novamente busca a implantação de mecanismos e ações conjuntas por meio de consenso e decisões unânimes, fato esse que retira a eficácia de qualquer decisão do Conselho Europeu (instância de natureza internacional, tem como competência identificar os interesses estratégicos da União e definir objetivos de sua política externa e de segurança comum,

prevendo que as decisões fundamentais nesse âmbito são tomadas por unanimidade), e trava o debate sobre uma política migratória comum (AMARAL E SILVA, 2013).

Assim, diante da evidente dificuldade para gerir a questão migratória e as políticas de defesa e segurança, a União Europeia vem enfrentando uma crise de insegurança, já que não é alcançado o quórum necessário para aprovar e providenciar a realização de medidas eficientes, visto que em virtude da não aderência dos países integrantes do bloco não há financiamento dos sistemas de segurança, e sem segurança, há um abalo nas alianças formadas, gerando uma instabilidade e enfraquecimento econômico, moral e político do grupo. Este déficit de defesa acaba gerando um efeito negativo em todas as outras áreas, ocorrendo assim uma redução orçamentaria generalizada, e até mesmo a saída de alguns membros do bloco econômico (AMARAL E SILVA, 2013).

6. A CRISE MIGRATÓRIA NA UNIÃO EUROPEIA

A migração representa desafios e oportunidades para a Europa, considerando que a atual crise de migração é a pior no mundo desde a II Guerra Mundial. O aumento da imigração na Europa exige uma resposta da UE em vários níveis. Em primeiro lugar, políticas para lidar com a imigração regular e irregular e, em segundo lugar, regras comuns em matéria de asilo à escala da UE. A recente crise migratória também exigiu ações e reformas adicionais para garantir a segurança das fronteiras, bem como uma distribuição mais justa dos requerentes de asilo entre os países da UE.²⁰⁷

Em 2015 e 2016, mais de 2,5 milhões de pessoas pediram asilo na UE e quase 9000 pessoas morreram na travessia pelo Mediterrâneo. Em 2015 e 2016, a agência Frontex, responsável pela vigilância das fronteiras da UE, detectou 2,3 milhões de travessias ilegais. A crise expôs deficiências no sistema europeu de migração. As pessoas que chegam na União Europeia fogem de conflitos, terrorismo ou de perseguições em seus países. Dos 1,2 milhões de pedidos de asilo que os países da UE receberam em 2016, mais de um quarto foram feitos por pessoas oriundas da Síria, um país devastado pela guerra. Os cidadãos oriundos do Afeganistão e do Iraque ocupam

²⁰⁷ EUROPARL. A migração na Europa. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/society/20170629STO78632/a-migracao-na-europa>. Acesso em: 07 abr. 2018

o segundo e terceiro lugar, respetivamente. Em todos estes países, as populações civis enfrentam ameaças de grupos insurgentes extremistas.²⁰⁸

Diante disso, o Parlamento e a UE procuraram reformar as regras de asilo da UE, buscando um sistema mais justo de distribuição de requerentes de asilo entre os países da UE, bem como reforçar os controlos das fronteiras da UE e a gestão da imigração irregular.

No coração do Sistema Europeu Comum de Asilo (CEAS) encontra-se o regulamento de Dublin, que determina o país responsável pelo processamento de cada pedido de asilo, geralmente o primeiro país de entrada do requerente na UE. Como consequência do sistema de Dublin, países como a Itália e a Grécia têm sentido de forma especial o impacto da crise migratória. Nesse sentido, o Parlamento Europeu requereu a reforma do sistema de Dublin, visando o reforço do controle nas fronteiras e uma maior capacidade dos Estados-Membros para rastrear as pessoas que entram na Europa. Além disso, buscou elaborar regras claras em toda a Europa para distinguir migrantes regulares de refugiados, a fim de assegurar um tratamento justo e equitativo dos requerentes de asilo e garantir que cada Estado-Membro contribui com a sua quota-parte na resolução do problema²⁰⁹.

A UE também está a tomar medidas para ajudar a integração dos imigrantes nos seus novos países. Nesse sentido, o Parlamento requereu mais fundos para programas que promovam novas oportunidades, como empregos e programas educativos, para grupos vulneráveis e refugiados em particular.

Os requerentes de asilo são pessoas que fazem um pedido formal de asilo noutra país porque temem que a sua vida esteja em risco em seu país de origem. Já os refugiados são pessoas com um medo fundado de perseguição por razões de raça, religião, nacionalidade, política ou pertença a um grupo social particular que foram aceites e reconhecidos como tal no país anfitrião. Na UE, a Diretiva de qualificação estabelece diretrizes para atribuir proteção internacional a quem precisa. Os nacionais de países terceiros devem solicitar a proteção no primeiro país da UE em que entram. Ao apresentar um pedido tornam-se requerentes de asilo, recebendo o status de

²⁰⁸ EUROPARL. A migração na Europa. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/society/20170629STO78632/a-migracao-na-europa>. Acesso em: 07 abr. 2018

²⁰⁹ EUROPARL. A migração na Europa. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/society/20170629STO78632/a-migracao-na-europa>. Acesso em: 07 abr. 2018

refugiado ou uma forma diferente de proteção internacional, apenas quando houver uma decisão positiva das autoridades nacionais. As autoridades dos Estados-Membros emitiram 593.000 decisões de asilo em primeira instância, no ano de 2015, sendo que mais da metade foram positivas. A maioria das pessoas que solicitou proteção no auge da crise dos refugiados em 2015 teve que aguardar até 2016 para receber a decisão. Em 2016, houve 1,1 milhões de decisões de asilo, sendo que 61% das mesmas foram positivas e um terço dos candidatos receberam o estatuto de refugiado, o mais alto nível de proteção internacional.

No entanto, milhares de pessoas são expulsas anualmente da EU, principalmente quando o seu pedido de asilo foi recusado. Em 2015, 533 mil pessoas receberam ordens para abandonar o território da UE, mas destes apenas 43% o fizeram. Em 2016, metade das 494 mil pessoas que receberam ordem para abandonar o território fê-lo.

Diante disso, o Eurobarómetro de 2017 divulgou que 73% dos europeus querem que a UE faça mais para responder à situação. A migração também foi considerada uma prioridade nos resultados do Eurobarómetro de 2016.

Quanto a questão orçamentária, a União Europeia, no ano de 2017, divulgou o pedido de reforço no 728 milhões de euros sobretudo para fundos relacionados com a migração²¹⁰.

7. CONCLUSÃO

Diante das considerações expostas, conclui-se o grande fluxo migratório que se verifica na atualidade nos países europeus, tem sua razão de ser, justificada em um contexto histórico complexo, que mostra um constante debate entre os países componentes da União Europeia sobre esta questão política. Ora em momentos que incentivavam a entrada de estrangeiros, quando, por exemplo, necessitavam de mão de obra, ora em momentos desfavoráveis em que a o grande fluxo migratório põe em risco a segurança dos nacionais europeus.

Atualmente, a Europa enfrenta desafios em função da vulnerabilidade latente quanto a segurança, aos ataques terroristas, ameaças de ciberataques principalmente

²¹⁰ EUROPARL. A crise de migração na UE em números. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/society/20170629STO78630/a-crise-de-migracao-na-ue-em-numeros>. Acesso em: 07 abr. 2018

no que tange ao sistema de informação, assim como uma dependência energética em grande escala, que acaba por fragilizar o bloco econômico.

Além disso, as insatisfações dos nacionais europeus com ideologias xenofóbicas tendem a estimular a separação do bloco, uma vez que os governantes devem procurar atender as deliberações da maioria popular, que se demonstra descontente.

Deste modo, essas situações contemporâneas exigem da UE uma resposta eficiente e célere para enfrentar as dificuldades quanto a segurança interna e externa do bloco e manter este importante conjunto de países unidos, trazendo maior estabilidade aos cidadãos, uma vez que sua existência tem uma relevância não só econômica mas representativa da paz, e prosperidade ideais que fundaram sua origem.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Nemo de Andrade do e SILVA; Wanise Cabral. **A Imigração na Europa: a ação política da União Europeia para as migrações extracomunitárias.** Florianópolis: Sequência, 2013.

BATISTA, Vanessa Oliveira. **O fluxo migratório mundial e o paradigma contemporâneo de segurança migratória.** Rio de Janeiro: Revista Versus, 2009.

EUROPARL. **Política de Imigração.** Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_4.2.3.html Acesso em: 07 abr. 2018

EUROPARL. **Resolução do Parlamento Europeu, de 12 de abril de 2016, sobre a situação no Mediterrâneo e a necessidade de uma abordagem holística da UE em relação à migração.** Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P8-TA-2016-0102> Acesso em: 08 abr. 2018

EUROPARL. **A migração na Europa.** Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/society/20170629STO78632/a-migracao-na-europa>. Acesso em: 07 abr. 2018

EUROPARL. **A crise de migração na UE em números.** Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/society/20170629STO78630/a-crise-de-migracao-na-ue-em-numeros>. Acesso em: 07 abr. 2018

EUROPAL. **Política de asilo.** Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_4.2.2.html#_ftnref2. Acesso em: 07 abr. 2018

ESTUDO PRÁTICO. **União Europeia – História, mapa e países deste bloco econômico.** Disponível em: <https://www.estudopratico.com.br/uniao-europeia-historia-mapa-e-paises-deste-bloco-economico/>. Acesso em: 07 abr. 2018

EUNAVFOR MED SOPHIA. Disponível em: https://eeas.europa.eu/csdp-missions-operations/eunavfor-med-operation-sophia/36/about-eunavfor-med-operation-sophia_en. Acesso em: 07 abr. 2018

FRONTEX. Disponível em: https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/frontex_pt. Acesso em: 07 abr. 2018

MOURA, José Barros; FEITEIRA, Alice. **Tratados da União Europeia:** revistos pelo tratado de Amsterdã. 2. ed. rev. e aum. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, [1999].

PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio; Juan Manuel Uruburu Colsa. **História da União Europeia,** Coimbra : Coimbra Editora, 2004.

PIÇARRA, Nuno. **A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa:** aspectos centrais. Coimbra: Almedina, 2010.

TRATADO DE LISBOA. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.1.5.html. Acesso em: 10 fev. 2018

TRATADO SOBRE O FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA. Disponível em: http://www.concorrencia.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Europeia/Tratado_Funcionamento_U_E.pdf. Acesso em: 07 abr. 2018

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=69624&doclang=PT>. Acesso em: 07 abr. 2018

UNIÃO EUROPEIA. **Como Funciona a União Europeia.** 2013. Disponível em: <<http://europedirect.aigmadeira.com/cms/wp-content/uploads/2013/04/Como-funciona-a-Uni%C3%A3o-Europeia.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2018

UNIÃO EUROPEIA. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/geografia/uniao-europeia.htm>. Acesso em: 07 abr. 2018

VALÉRIO, Nuno Valério. **História da União Europeia,** Barcarena: Presença Editorial, 2010.

VEDOVATO, Luís Renato. **O Direito de Ingresso do Estrangeiro.** São Paulo: Selo Editorial, 2013.

VESENTINI, José William. Geografia: o mundo em transição. São Paulo: Ática, 2011.
VIDAL, Marcelo de Oliveira. **Instrumentalização da Migração: política migratória e competências da União Europeia e Estado Nacional Espanhol.** Rio de Janeiro: UFRJ, 2013.

VILÃO, Ana Laura; TAIAR, Rogério. **Avanços e retrocessos da União Européia pós-Tratado de Lisboa. Política Externa**, São Paulo, v.17, n.3 , p.91-101, dez. 2008.

WEISSBRODT, D. S.; DANIELSON, L. **Immigration law and procedure in a nutshell**. 5. ed. New York: Thomson West, 2005

A NOVA LEI DE MIGRAÇÃO E A REALIDADE SOCIAL BRASILEIRA À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

Debora Duarte Rodrigues Braga²¹¹

1. INTRODUÇÃO

A nova Lei de Migração, aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo presidente Michel Temer em 24 de maio deste ano, será objeto de estudo neste artigo, considerando a relevante mudança legal no tratamento a migrantes e, principalmente, emigrantes, imigrantes e refugiados. Será também discutida a lei que regia anteriormente a entrada, permanência e saída de estrangeiros do território nacional, o Estatuto do Estrangeiro, datado de 1980.

Antes, porém, de discutir a política migratória, a mudança legal e o tratamento jurídico dado a estrangeiros, é preciso compreender quem são os imigrantes, os emigrantes, os refugiados e os asilados, além do que é migração. A Lei da Migração, nº 13.445/17, estabelece no art. 1º, § 1º, II a VI, os conceitos de imigrante, emigrante, residente, visitante e apátrida, sendo relevante para o presente trabalho somente os dois primeiros.

De acordo com o art. 1º, § 1º, II, para os fins da lei acima citada *imigrante* é “pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil”.

Imigrante é, portanto, pessoa estrangeira que se instala em território nacional, para fins empregatícios ou de residência.

O *emigrante* é “brasileiro que se estabelece temporária ou definitivamente no exterior”, conforme art. 1º, § 1º, III. O emigrante, logo, corresponde ao brasileiro que sai do território nacional para outro em caráter temporário ou definitivo. Desta forma, migração, como é possível inferir, é a mudança e o deslocamento de um local para

²¹¹ Graduanda em Direito na instituição Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

outro, sendo o *migrante* “alguém que se muda para outro lugar - dentro do próprio país ou além de suas fronteiras”²¹².

Contudo, há situações nas quais as pessoas migram por necessidade, em decorrência de “etnia, religião, nacionalidade, convicção política ou pertencimento a certo grupo social”²¹³. Este é o caso dos *refugiados*. A Convenção de Refugiados de 1951 estabeleceu o ACNUR, agência da ONU para refugiados, bem como o conceito de *refugiado*, qual seja pessoa que “temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor não quer valer-se da proteção desse país”²¹⁴.

Por fim é necessário expor a diferença entre migração e asilo, e, conseqüentemente, migrante e asilado. De acordo com a ACNUR, a diferença consiste em “localizar pessoas que necessitam de proteção em meio de fluxos migratórios complexos”²¹⁵. Logo, asilado é o migrante que precisa de proteção diante da mobilidade a outro lugar além das fronteiras. Tais conceitos serão relevantes para a discussão a ser realizada acerca dos migrantes e refugiados, sendo necessário, contudo, discutir as diretrizes do livro de Zygmunt Bauman, “Estranhos à nossa porta” sobre os fluxos migratórios recentes.

2. BAUMAN E OS ESTRANHOS À NOSSA PORTA

Zygmunt Bauman trata da chamada crise migratória e que segundo o autor pode se vista em todas as fontes midiáticas. A consequência direta e imediata da transmissão das notícias é o “pânico moral”²¹⁶. O autor faz referência histórica aos fluxos migratórios e prevê a não interrupção deste, “seja pela falta de estímulo, seja pela crescente engenhosidade das tentativas de sustá-la”. (BAUMAN, 2017, p. 10) Em

²¹² <https://www.cartacapital.com.br/internacional/entenda-a-diferenca-entre-migrante-refugiado-e-requerente-de-asilo-2601.html>. Acesso em 26 set.2017.

²¹³ <https://www.cartacapital.com.br/internacional/entenda-a-diferenca-entre-migrante-refugiado-e-requerente-de-asilo-2601.html>. Acesso em 26 set.2017.

²¹⁴ <http://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/refugiados/>. Acesso em 26 set.2017.

²¹⁵ <http://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/migracao-asilo/>. Acesso em 26 set.2017.

²¹⁶ Segundo a definição em geral aceita desse fenômeno, tal como registrada pela versão em inglês da Wikipédia, o conceito e pânico moral significa um sentimento de medo compartilhado por grande número de pessoas de que algum mal está ameaçando o bem-estar da sociedade. (BAUMAN, 20017, p. 7-8).

se tratando da migração europeia, objeto da discussão de Bauman para fins exemplares, discute:

Em grande medida trata-se de um dano colateral produzido pelas expedições militares ao Afeganistão e ao Iraque, fatalmente mal avaliadas, mal conduzidas e calamitosas. Elas terminaram com a substituição dos regimes ditatoriais pelo teatro sempre aberto da desordem e nu frenesi de violência [...]. O fluxo de refugiados impulsionados pelo regime de violência arbitrária a abandonar suas casas e propriedades consideradas preciosas, de pessoas buscando abrigo nos campos de matança, acrescentou-se ao fluxo de constante dos chamados “migrantes econômicos”, estimulados pelo desejo demasiadamente humano de sair do solo estéril para um lugar onde a grama é verde: de terras empobrecidas, sem perspectiva alguma, para lugares de sonho, ricos em oportunidades. (BAUMAN, 2017, p. 11 – 12)

Bauman trata da busca por padrão de vida minimamente decente em decorrência de conflitos locais resultantes de expedições militares nos últimos anos e dos migrantes econômicos, que visam a obter melhores condições para vida digna por meio de trabalho, moradia e outros direitos e garantias fundamentais. O problema, porém, é que a grama poderá não ser necessariamente verde do outro lado.

O autor trata ainda da presença dos “remanescentes”: refere-se a um fenômeno de caráter global conforme o qual “os remanescentes” habitam inúmeros campos, quilômetros de corredores de trânsito, ilhas e plataformas marítimas, assim como cercados no meio dos desertos” (BAUMAN, 2017, p. 89), são grupos rodeadas por muros e vistos como constante vazio, como se nada fossem; enquanto isso, há pequena parcela da sociedade em casas confortáveis e com vida considerada digna, com certo afastamento quanto a preocupações e problemas; afinal é problema dos outros e não deles.

Esse seja, talvez, o grande problema: a falta de olhar sobre o outro, mas de maneira diferente, olhar como pessoa humana. A nova política migratória e a nova Lei de Migração brasileiras vão à contramão do mundo pelo fato de demonstrarem o fundamental olhar sobre o outro sob a ótica dos direitos humanos e fundamentais.

3. POLÍTICA MIGRATÓRIA: CONCEITO E CONTEXTO HISTÓRICO

De acordo com Boucinhas Filho (2012), a política nacional de imigração é o “conjunto de meios jurídicos, sociais, econômicos e culturais que o País utiliza buscando controlar os efeitos dos fluxos migratórios, de acordo com seus objetivos e necessidades para com a imigração.” (p. 29-30) Desta forma, são os valores, princípios e diretrizes que regem a questão migratória sob a tutela do Estado. A política

migratória adotada é fundamental para compreender como deve ser a vida de estrangeiros que entram no país e como estes devem ser tratados.

A política migratória, neste sentido, deve ser estudada com breve análise histórica. Em 19 de Agosto de 1980, foi sancionada a Lei nº 6.815, o Estatuto do Estrangeiro, a qual definia a situação jurídica do estrangeiro no Brasil. À época, ainda vigorava o governo militar, já em fase de transição, dada a abertura política e econômica. A abertura econômica decorreu da situação de *estagflação*, ou seja, o país não crescia e apresentava alta taxa inflacionária. (VICENTINO; DORIGO, 2010)

De acordo com Cláudio Vicentino e Gianpaolo Dorigo (2010), “dando prosseguimento à abertura, o Congresso aprovou a Lei de Anistia, perdoadando todos os presos ou exilados acusados de crimes políticos. A lei, no entanto, não incluía aqueles considerados culpados por atos terroristas e luta armada contra o governo” (p. 747). A abertura política pode ser percebida, além de pela promulgação da Lei de Anistia, também pela realização de eleições pacíficas em novembro de 1982. Tais eventos são relevantes para entender que, embora o Estatuto do Estrangeiro se baseie na segurança nacional, foi sancionado em contexto de abertura do regime militar à valores democráticos.

A maneira do Estado controlar a entrada, permanência e saída de estrangeiros do território nacional mudou: antes era possível a entrada de qualquer imigrante, havendo, inclusive, programas de incentivo; após o Estatuto, a segurança nacional tornou-se mais relevante, de forma que houve cerceamento de fronteiras quase que completo. (BOUCINHAS FILHO, 2012) O Estatuto do Estrangeiro vigorou até meados de outubro do ano de 2017.

No dia 11 de julho de 2013, o Senador Aloysio Nunes propôs a Lei de Migração com a finalidade de substituir tanto a Lei de Nacionalidade de 1949 quanto o Estatuto do Estrangeiro já citado; é importante compreender que a Lei de Migração encontra-se em consonância com a Constituição vigente. No dia 15 de julho de 2015, o projeto foi aprovado pelo plenário do Senado Federal, sendo aprovado em 06 de dezembro de 2016 pela Câmara dos Deputados, após emendas. Em abril de 2017, o Senado retirou algumas mudanças e aprovou uma versão alterada da Lei de Migração. Finalmente, em 24 de maio, a lei foi sancionada pelo Presidente Michel Temer (FOLHA, 2017).

O tratamento jurídico dado a estrangeiros, sejam os imigrantes, sejam os refugiados, mudou consideravelmente de uma lei à outra. Este tratamento jurídico é pautado em valores e normas que compõem a política nacional migratória. Agora serão

discutidos os tratamentos jurídicos dados a imigrantes e refugiados no âmbito da legislação anterior (Estatuto do Estrangeiro) e da legislação vigente (Lei de Migração) sob a luz da mudança na política migratória.

4. TRATAMENTO JURÍDICO CONCEDIDO AOS IMIGRANTES NO BRASIL

Considerando a lei positiva, o art. 1º do Estatuto do Estrangeiro estabelece que a Lei nº 6.815/80, “em *tempo de paz*, regulará a entrada, permanência e saída de estrangeiros, resguardados os interesses nacionais”. Assim, conforme art. 2º da mesma lei, com a finalidade de proteger o interesse nacional torna-se necessário “atender à segurança nacional, à organização institucional, aos interesses políticos, socioeconômicos e culturais do Brasil, bem assim à defesa do trabalhador nacional”.

A Lei de Migração, ao contrário, “busca garantir um tratamento humanitário para estrangeiros que chegam ao Brasil e assegurar a assistência aos brasileiros que moram no exterior”. (WERNECK, p. 63 Desta forma, a lei “dispõe sobre os direitos e deveres do migrante e do visitante, regula a sua entrada, e estada no país e estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas para o emigrante”. (art. 1º, *caput*, da lei nº 13.445/2017). O art. 2º da mesma lei determina que a lei quando aplicada não deverá prejudicar a eficácia de normas internas e internacionais especiais acerca de refugiados e asilados, dentre outros.

A mudança supracitada na lei fica mais clara quando são postulados no art. 3º os princípios e diretrizes da política migratória adotada pelo Estado face à nova Lei de regulação da situação dos migrantes . Neste artigo são enumerados vinte e dois princípios, a partir dos quais os migrantes, (sejam imigrantes, sejam emigrantes) - no Brasil e os brasileiros no exterior - deverão ser tratados em qualquer hipótese e em qualquer condição de migração.

Dentre os princípios e diretrizes do art. 3º destacam-se *promoção de entrada regular e de regularização documental* (inciso V); *acolhida humanitária* (inciso VI); *garantia do direito à reunião familiar* (inciso VIII); *inclusão social, laboral e produtiva do migrante por meio de políticas públicas* (inciso X); *acesso igualitário e livre do migrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social* (inciso XI); *diálogo social na formulação, na execução e na*

avaliação de políticas migratórias e promoção da participação cidadã do migrante (inciso XIII); e, por fim, *proteção integral e atenção ao superior interesse da criança e do adolescente migrante* (inciso XVII).

A partir das normas enumeradas acima, é possível perceber a maior inserção dos migrantes, independente de sua origem, à sociedade brasileira, e a consonância com os direitos e garantias fundamentais postulados pela Constituição Federal. Todas essas normas se relacionam ao fundamento do Estado Democrático de Direito da *dignidade humana*. Desta forma, a todo migrante é garantido pela Lei de Migração o direito à vida digna, com todos os recursos mínimos e com acesso à serviços públicos de saúde e educação, bem como o direito ao trabalho e à proteção e segurança tuteladas pelo Estado.

No que se refere ao migrante, e especialmente ao imigrante, é garantida a “inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. (art. 4º da Lei de Migração). Além destes direitos e garantias fundamentais, são assegurados direitos que permitam igualdade no período em que permanecerem em território nacional. Dentre estes estão, de acordo com o art. 4º, as que se referem ao âmbito “civil, cultural, social e econômico, à circulação em território nacional, à reunião familiar, a medida de proteção a vítimas e testemunhas de crimes e violações de direitos, à reunião e associação (inclusive sindical), ao amplo acesso à justiça e assistência jurídica integral e gratuita, ao acesso aos serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social, à educação pública, vedada a discriminação em razão de nacionalidade e de condição migratória, direito de acesso à informação e garantia de confidencialidade quanto aos dados pessoais do migrante”. (art. 4º, I a XVI, Lei n.º 13.445/2017)

Por fim, o Estatuto do Estrangeiro de 1980 trata do visto temporário nas hipóteses de “*viagem cultural ou missão de estudos* (inciso I); *viagem de negócios* (inciso II); *na condição de artista ou desportista* (inciso III); *na condição de estudante* (inciso IV); *na condição de cientista, pesquisador, professor, técnico, ou profissional de outra categoria, sob regime de contrato ou a serviço do governo brasileiro* (inciso V); *na condição de correspondente de jornal, revista, rádio, televisão ou agência noticiosa estrangeira* (inciso VI); *na condição de beneficiário de bolsa vinculada a projeto de pesquisa, desenvolvimento e inovação concedida por órgão ou agência de fomento* (inciso VII) (art. 13). Portanto as hipóteses de concessão de visto por tempo determinado incluem apenas fins próprios, com possibilidade de permanência

ressalvada por alguns requisitos previstos em regulamento para obtenção de vistos de entrada (art. 5º), bem como por exigências estabelecidas nas normas de seleção de imigrantes do Conselho Nacional de Imigração.

A Lei de Migração de 2017 trata do visto temporário no art. 14, com a seguinte redação:

Art. 14. O visto temporário poderá ser concedido ao imigrante que venha ao Brasil com o intuito de estabelecer residência por tempo determinado e que se enquadre em pelo menos uma das seguintes hipóteses:
I - o visto temporário tenha como finalidade:
pesquisa, ensino ou extensão acadêmica;
tratamento de saúde;
acolhida humanitária;
estudo;
trabalho;
férias-trabalho;
prática de atividade religiosa ou serviço voluntário;
realização de investimento ou de atividade com relevância econômica, social, científica, tecnológica ou cultural;
reunião familiar;
atividades artísticas ou desportivas com contrato por prazo determinado; (LEI Nº 13.445/2017)

É relevante compreender que a política migratória se espelha nas hipóteses de concessão de visto temporário. A nova Lei de Migração determina que será concedido visto temporário na situação de acolhida humanitária (c), tratamento de saúde (b) e reunião familiar (i), diferentemente da lei anterior. É possível conceber o tratamento do imigrante no Brasil à luz dos direitos humanos, conforme já discutido, em condição de igualdade de direitos e garantias em relação aos brasileiros. No que se refere à acolhida humanitária, será tratada de maneira mais profunda por meio do estudo do tratamento jurídico dos refugiados.

5. TRATAMENTO JURÍDICO CONCEDIDO AOS REFUGIADOS NO BRASIL

O tema *refugiados* no Brasil é de grande relevância. O país faz parte da *Convenção das Nações Unidas* de 1951 sobre o *Estatuto dos Refugiados*; em 1997, foi promulgada a Lei de Refúgio, de nº 9.474/97, a qual considera *violação de direitos humanos* como uma das diversas causas de reconhecimento do refugiado²¹⁷⁸. Em consonância com os princípios fundamentais constitucionais o Brasil atua interna e

²¹⁷ <http://www.acnur.org/portugues/recursos/estatisticas/dados-sobre-refugio-no-brasil/>. Acesso em 26 set.2017.

externamente para garantir aos refugiados soluções permanentes. A Lei brasileira de Refúgio, nº 9474/97, por meio de dispositivo legal criou o CONARE, Comitê Nacional para os Refugiados com a finalidade de desenvolvimento de políticas que permitam aos refugiados o exercício de seus direitos. Há ainda outros agentes que participam dessa integração e proteção aos refugiados. (ACNUR)

O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) apresenta-se como um órgão da ONU que visa a “dirigir e coordenar a ação internacional para proteger e ajudar as pessoas deslocadas em todo o mundo e encontrar soluções duradouras para elas”²¹⁸. De acordo com a agência, os refugiados não migram porque assim querem, mas por não haver opções. É preciso que salvem suas vidas e que fujam para ter liberdade. Mas fugir em razão de que? Os motivos que os levam a evadir-se são etnia, raça, religião, preconceito. Há situações em que não existe tutela do Estado em termos de segurança nacional e coletiva, sendo que o próprio governo de Estado pode ameaçar seus direitos em alguns casos.

A não aceitação em territórios estrangeiros e ausência de prestação de auxílio, nos países em que forem acolhidas poderá levá-las à vida indigna.²¹⁹ A legislação brasileira sobre o tema inclui a nova Lei de Migração que trata da concessão de visto temporário para acolhida humanitária, entre outras disposições legais.

O Estatuto do Estrangeiro estabelece no art.18-A, incluído pela Lei nº 13.344/2016, a concessão de residência permanente a vítimas de tráfico de pessoas em território brasileiro, *independentemente de situação migratória*. Conforme §1º do mesmo artigo, poderão ser concedidos tais vistos na hipótese de reunião familiar. Não é possível dizer que a legislação anterior vigente até outubro de 2017 encontrava-se em consonância com a realidade dos refugiados, considerando que para que fossem concedidos vistos de residência, ou de acolhida no caso, havia restrição em relação a casos estabelecidos pelo Ministério de Relações Exteriores., conforme art. 19.

A lei de Migração estabelece no § 1º do art. 4º que “*os direitos e garantias previstos nesta Lei serão exercidos em observância ao disposto na Constituição Federal, independentemente da situação migratória [...] e não excluem outros decorrentes de tratado de que o Brasil seja parte.*” Tal norma apresenta o reflexo de direitos e garantias fundamentais ostentados pelas pessoas do povo exercidos também pelos estrangeiros, e, principalmente, pelos refugiados. Trata-se de uma política

²¹⁸ <http://www.acnur.org/portugues/o-acnur/>. Acesso em 26 set.2017.

²¹⁹ <http://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/refugiados/>. Acesso em 26 set.2017.

migratória pautada em valores fundamentais que visam à proteção aos direitos de qualquer pessoa humana em território nacional²²⁰. (Grifo do autor)

Ademais, são estabelecidas, no art. 30, I, c, normas que dizem respeito à autorização de residência na hipótese de acolhida humanitária, o que demonstra claramente a dignidade como preceito fundamental. Conforme o texto, “*a residência poderá ser autorizada, mediante registro, ao imigrante, ao residente fronteiro ou ao visitante que se enquadre em uma das seguintes hipóteses: I - a residência tenha como finalidade: c) acolhida humanitária*”.

No art. 31 o legislador determinou que “*os prazos e procedimento de autorização de residência de que trata o art. 30 serão dispostos em regulamento, observado o disposto nesta Lei*”. Nos §§4º e 5º, explana-se que o *solicitante de refúgio*, na hipótese tratada neste tópico, *fará jus à autorização provisória de residência*; de forma que *a autorização de residência poderá ser concedida independente da situação migratória*.

Por fim, a lei de migração trata da concessão de visto ou autorização para a reunião familiar para cônjuge ou companheiro, “filho de imigrante” ou “imigrante que tenha filho brasileiro ou imigrante com benefício de autorização de residência”, ascendente ou descendente de até 2º grau ou “irmão de brasileiro ou imigrante beneficiário”, ou imigrante que seja tutor de brasileiro (art. 37 . Desta forma, na hipótese de uma família, refugiando-se, por alguma razão, poderá encontrar acolhida no território brasileiro, respeitando os direitos e garantias fundamentais.

6. IMIGRANTES E REFUGIADOS NO BRASIL EM NÚMEROS

O CONARE, órgão estatal citado anteriormente, divulgou dados acerca da entrada de refugiados até o ano de 2016, conforme os quais ocorreu aumento de 12% na quantidade de refugiados reconhecidos no Brasil. Foi contabilizado um total de 9.552 refugiados de 82 nacionalidades. “*Desses, 8.522 foram reconhecidos por vias tradicionais de elegibilidade, 713 chegaram ao Brasil por meio de reassentamento e a 317 foram estendidos os efeitos da condição de refugiado de algum familiar*”.²²¹

²²⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana. (CRFB, 1988)

²²¹ <http://www.acnur.org/portugues/recursos/estatisticas/dados-sobre-refugio-no-brasil>. Acesso em 26 set. 2017.

Dentre as nacionalidades com maior número de reconhecimento encontram-se os *sírios* (326), *congoleses* (189), *paquistaneses* (98), *palestinos* (57) e *angolanos* (26). Fato relevante para a mudança migratória em relação a refugiados é o aumento do número de solicitações venezuelanas em cerca de 307% de 2015 para 2016. (ACNUR) A ONU Brasil, em informações divulgadas em seu sítio, informou que a Guerra na Síria aumentou o número de solicitações de refúgio no país. De acordo com o oficial de meios devida do ACNUR no país, Paulo Sérgio Almeida, no ano de 2017, até início de outubro, havia por volta de 10.000 refugiados em território nacional.²²²

Sobre o fluxo de imigrantes para o país, o IPEA divulgou dados (de acordo com as Nações Unidas) conforme os quais nos últimos 25 anos tem se observado a maior propensão à imigração advinda do sul global do que do norte global. A novidade, contudo, está no aumento do fluxo migratório sul-sul, em consequência da importância sobre os países emergentes. De acordo com a ONU, em 2013, os imigrantes internacionais alcançaram o número de 232 milhões de pessoas, dos quais 59% vivem em países desenvolvidos e 41% em países em desenvolvimento. O Brasil é responsável por receber grande parte desses imigrantes, considerando que desde 1995 aumentou o fluxo de migração advindo de países latino-americanos e africanos.²²³ Conforme Schmitz (2015):

Os imigrantes alteram o contexto social, cultural, econômico e institucional das comunidades que os recebem, inserindo nelas novos conhecimentos e habilidades. O processo de atração é contínuo e cada vez maior. Imigrantes pioneiros estabelecem e facilitam o caminho para novos imigrantes. O fluxo migratório ganha força e autonomia. Consequentemente, o fenômeno em fase de expansão demanda políticas públicas para proporcionar a assimilação desses trabalhadores no mercado nacional e cria o "momento" para repensar a política migratória do país e o seu estatuto do estrangeiro. (SCHMITZ, 2015)

A discussão feita por Schmitz demonstra claramente o problema que ainda precisa ser discutido nos âmbitos jurídico e internacional: como se adaptar às mudanças no fluxo migratório? A nova Lei de migração discutida, apesar de seu caráter humanitário, não resolve a questão das políticas públicas de inclusão do imigrante (muito menos do refugiado) e nem mesmo dá soluções sociais para garantir a este a dignidade de que trata a Constituição Federal de 1988.

²²² <https://nacoesunidas.org/guerra-na-siria-aumentou-numero-de-solicitacoes-de-refugio-no-brasil-diz-estudo-do-ipea/>. Acesso em 26 set.2017.

²²³

http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=25994&catid=86&Itemid. Acesso em 26 set.2017.

7. CONCLUSÃO

É possível ser observado nos dias atuais uma mudança no fluxo migratório e a consequente necessidade de mudança legal e nas políticas públicas adotadas. No Brasil, ao contrário dos outros Estados, foi sancionada lei que oferece aos migrantes, e, principalmente, imigrantes e refugiados direitos e garantias fundamentais em consonância com a Constituição de 1988. A nova Lei de Migração, que entrou em vigor em outubro do ano de 2017, estabelece igualdade no tratamento de migrantes, independentemente de sua situação migratória.

O que se questiona é: até que ponto é possível garantir esta igualdade para todos? Até que ponto é possível garantir que um refugiado ou imigrante possa ter vida considerada digna? O que a lei estabelece são parâmetros que supostamente deveriam ser seguidos, mas dadas as dificuldades enfrentadas pela própria população brasileira em relação ao desrespeito aos seus direitos fundamentais é possível perceber a disparidade entre a realidade legal e a “realidade *real*”.

Argumenta Werneck (2017 “ainda que o respaldo legal seja de extrema importância para aqueles como os venezuelanos, haitianos, colombianos, entre outros que chegam ao Brasil, ainda resta uma questão a ser tratada – o difícil acesso a serviços de apoio à população, assim como a inserção em uma sociedade com tal grande índice de desigualdade social”. (WERNECK, 2017, p. 63

Em geral, os migrantes que chegam a territórios alheios, por qualquer das razões citadas em tópicos anteriores, não encontram solo fértil para se fixar dadas as dificuldades enfrentadas pela própria população local. Se aplicada tal concepção à realidade brasileira chegar-se-ia à conclusão de que nem ao povo brasileiro, para quem são estabelecidos direitos e garantias, há possibilidade do exercício de tais direitos e acessibilidade a tão sonhada dignidade, imagina aos migrantes que visam à obtenção de uma vida melhor. Prepondera na sociedade brasileira a desigualdade desde tempos remotos, desde sua origem, sendo, portanto, complicada a questão da recepção de migrantes e refugiados em respaldo com a legislação vigente.

REFERÊNCIAS

ACNUR. **Dados sobre refugiados no Brasil**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/recursos/estatisticas/dados-sobre-refugio-no-brasil>>. Acesso em: 26 set.2017.

ACNUR. **Migração e Asilo.** Disponível em: < <http://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/migracao-asilo/>>. Acesso em: 26 set.2017.

ACNUR. **O ACNUR.** Disponível em: < <http://www.acnur.org/portugues/o-acnur/>>. Acesso em: 26 set.2017.

ACNUR. **Refugiados.** Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/refugiados/>>. Acesso em: 26 set.2017.

BARBON, Júlia. Lei de Migração: o que muda nas regras para estrangeiros no Brasil. **Folha de São Paulo.** São Paulo, 14 mai. 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/05/1883696-lei-de-migracao-o-que-muda-nas-regras-para-estrangeiros-no-brasil.shtml>>. Acesso em: 26 set.2017.

BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta.** Rio de Janeiro. 1 ed. Editora Zahar. 2017.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. **Migração de trabalhadores para o Brasil:** aspectos teóricos e práticos. São Paulo Saraiva 2012.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 set.2017.

BRASIL. **Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm>. Acesso em: 26 set.2017.

BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso em: 26 set.2017.

ONU. **Guerra na Síria aumentou número de solicitações de refúgio no Brasil, diz estudo do IPEA.** 02 out.2017. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/guerra-na-siria-aumentou-numero-de-solicitacoes-de-refugio-no-brasil-diz-estudo-do-ipea/>> Acesso em: 04 out.2017.

SCHMITZ. Guilherme de Oliveira. **Mercado Brasileiro atrai imigrantes.** In: IPEA. 18 ago.2015. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=25994&catid=86&Itemid=4. Acesso em 04 out.2017.

VICENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. **História Geral e do Brasil.** São Paulo. Scipione. 1ª ed. 2011. 832 p.

WELLE, Deutsche. Entenda a diferença entre migrante, refugiado e requerente de asilo. **Carta Capital.** Alemanha, 02 set 2015. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/internacional/entenda-a-diferenca-entre-migrante-refugiado-e-requerente-de-asilo-2601.html>>. Acesso em: 26 set.2017.

WERNECK, Helena. **Passagens para uma nova ordem urbana.** In: Sociologia. 2017. Editora Escala. Edição nº 71. P. 58 – 63.

A MIGRAÇÃO NOS ESTADOS UNIDOS E SUA INCOERÊNCIA COM OS DIREITOS HUMANOS

*Bárbara Thaís Pinheiro Silva*²²⁴

*Mariana Wamser Ferreira*²²⁵

*Renatha Amaral Silva*²²⁶

1. INTRODUÇÃO

A inquietação inerente ao homem sempre o fez perseguir um estilo de vida melhor. Esta busca, na maioria das vezes, acarreta em uma mudança de habitat, o que envolve a procura por um local, uma cidade ou até mesmo um país diferente que possa oferecer melhores oportunidades. Sendo assim, essa procura é mais conhecida por migração.

Previamente, seria necessário definir quem seria um migrante. Para a Organização Internacional para Migrantes, este seria qualquer pessoa que está mudando ou mudou para outro país ou para outro local dentro do Estado, que seja diferente do seu local habitual de residência, independentemente do seu status legal, se o movimento é voluntário ou involuntário, quais as suas causas ou o tempo de estadia. O mais importante, é que, este deve ser tomado de livre e espontânea vontade, e o simples desejo de ter uma vida melhor

A migração é algo que marca a história da humanidade, visto que desde que o homem é homem a migração faz parte de sua vida. Sendo assim, é certo dizer que migração se tornou um direito, visto que a migração é um direito à liberdade de ir e vir, e sem este, os outros direitos serão diretamente afetados.

Migração possui relação com o fator econômico. E é por isso que países como o Estados Unidos da América, é um dos mais visados para migração, além do que muitos

²²⁴ Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduanda em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

²²⁵ Graduanda em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

²²⁶ Graduanda em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais,

migrantes procuram oportunidades de emprego e, por sua vez, uma melhor qualidade de vida para aqueles que não tem oportunidade nenhuma em seu país de origem.

E é aqui que se instaura a problemática. Os Estados Unidos, a muito tempo, adotam medidas protecionistas do território nacional, valorizando cada vez mais a segurança nacional e, a propagação da ideologia de que o estrangeiro é o “estranho” que ameaça o direito fundamental de seus cidadãos, roubando o emprego dos nacionais.

Os Estados Unidos é o lar do maior número de migrantes internacionais do mundo. Em 2016, mais de 43,7 milhões de pessoas nascidas no estrangeiro residiam nos Estados Unidos, sendo o México o principal país de origem dos migrantes. Isto é, para cada oito residentes nos Estados Unidos, um é imigrante. Segundo dados da OIM, 53 % dos estrangeiros nascidos nos Estados Unidos são provenientes da América Latina, 25% da Ásia, 14 % da Europa e 8 % de outras regiões do mundo. Além disso, os EUA são o lar de um grande número de migrantes irregulares (estimados entre dez e treze milhões de pessoas) que compõem uma força de trabalho que opera sem direitos ou documentação. Entre 2010 e 2016, chegaram aos EUA 8,1 milhões de imigrantes, e 300 mil deixaram o país anualmente. Os Estados americanos que mais receberam migrantes em 2016 foram Texas (587.889), Flórida (578.468), Califórnia (527.234), Nova York (238.503) e New Jersey (171.504) (ESTADÃO, 2017).

Com a vitória de Trump para a presidência dos Estados Unidos, houve o receio, por parte dos migrantes, quanto ao tratamento que o país concederia a eles. O constante discurso xenofóbico fundamentou os projetos de “endurecimento” das fronteiras e do controle migratório, visto que mais que obstar a entrada de imigrantes indesejáveis, as punições de detenção e deportação seriam ampliadas e fortalecidas.

A migração proporciona mudanças profundas nas sociedades de origem quanto nas de acolhimento, o que envolve processos de aculturação e elaboração de políticas estatais que, dependendo da reação da população local e do governo, podem violar as normas de Direitos Humanos, ao preocupar-se em fundamentar as políticas de segurança nacional em detrimento dos direitos inerentes ao homem.

Os Estados Unidos são vistos como uma esponja com capacidade extraordinária para absorver imigrantes. No entanto, essa capacidade de absorção é maculada diante do intenso processo seletivo norte-americano sobre quem pode e quem não pode entrar em seu território.

2. ANÁLISE HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

As raízes dos Direitos Humanos deitam-se na antiguidade clássica, época em que os filósofos passaram a admitir a existência de prerrogativas inerentes à personalidade humana, com base em postulados extraídos da razão, de fundamento jusnaturalista, embora sem a conotação que hoje lhes é atribuída (ZANON JUNIOR, 2011).

Os gregos consideravam que os direitos naturais eram inerentes à pessoa humana, sem necessidade de reconhecimento legislativo ou convenção. No império romano, os direitos civis ao mais homem mais velho de cada família. Posteriormente, houve o desenvolvimento do *jus gentium* ou direito das gentes que atribuía alguns direitos aos estrangeiros sob o interesse de manutenção do império e afastamento de eventuais revoltas (SOARES, 2004).

Na Idade Média, os dogmas da Igreja Católica influenciaram o conteúdo e os valores a serem reconhecidos como fundamentais ao homem (ZANON JUNIOR, 2011).

Com o fim da Idade Média, época do feudalismo, houve a intensificação do comércio, que posteriormente desaguaria no capitalismo, período no qual os Direitos de primeira geração iniciam sua concretização. Inaugura-se a fase da força vinculante dos Direitos do homem (ZANON JUNIOR, 2011).

A materialização dos Direitos Fundamentais inicia na Inglaterra, sendo o marco a Magna Carta de 1215. Após esse texto novas limitações ao poder absoluto foram feitas, garantindo-se aos indivíduos certos Direitos Fundamentais (MAGALHÃES, 2002).

O marco histórico documental é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Nacional Francesa, em 26 de agosto de 1789. Mesmo que a Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão foi antecedida pela Constituição dos Estados Unidos da América, de 17 de setembro de 1787, verifica-se que foram os ideais revolucionários nela expressos que inspiraram os norte-americanos. A Constituição Americana não previa uma lista de direitos civis, a qual só foi inserida através das dez primeiras emendas, por exigência dos Estados-Membros (BOBBIO apud ZANON JUNIOR, 2011).

Nos séculos XVII e XVIII a atitude de omissão do Estado diante dos problemas sociais e econômicos conduziu os homens a um capitalismo desumano. O Estado não podia mais ser omissor diante dos problemas sociais e econômicos. A segunda geração de Direitos Humanos também surge de lutas sociais em busca de maior salvaguarda das condições necessárias ao desenvolvimento pleno da humanidade. Agora, os seus protagonistas foram as classes operárias, que aparece em consequência da industrialização na Europa. Não se admitia mais o Estado nos moldes liberais clássicos

de não intervenção. O Estado agora é um administrador da sociedade e neste momento de pós-guerra deve aproveitar os laços internacionais para que estabeleça um núcleo fundamental de Direitos Humanos Internacionais. Dessa forma elabora-se a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 (MAGALHÃES, 2002, p.50).

Neste momento destacou-se a internacionalização dos Direitos Humanos, fixando-se agora em um contexto internacional os direitos fundamentais, o que naturalmente ensejaria uma maior prevalência destes no contexto do ordenamento jurídico interno (PIOVESAN, 2010).

Por fim, quanta a terceira geração de Direitos Humanos podemos afirmar que:

Não possui uma identificação clara dos agentes operadores, pois emergiu de apelos de uma sociedade massificada, visando à preservação dos interesses coletivos ou difusos relacionados com a proteção do meio ambiente, preservação do patrimônio histórico e cultural, qualidade de vida nos ambiente urbano e rural, tutela sobre a comunicação social, a bioética, ampliação dos direitos políticos, autodeterminação dos povos, o amplo acesso a informação e preservação da privacidade (RIBEIRO NETO, 2018).

Todos os direitos que marcaram cada geração ainda não foram totalmente efetivados, haja vista que muitos aos poucos tais direitos estão sendo inseridos aos ordenamentos jurídicos de cada país.

3. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE MIGRAÇÃO

Preliminarmente, há que se definir quem são os sujeitos protagonistas do fenômeno migratório, para que se possa compreender as razões que levam o deslocamento de um grande contingente de pessoas para diferentes localidades.

A escolha de migrar dar-se-á principalmente pela vontade e exercício do direito de ir e vir do ser humano. Motivo pelo qual, percebe-se a necessidade de se colocar em pauta tal fenômeno, tendo em vista que, apesar de ser uma ação presente há milênios, tem ganhado, cada vez mais, com a globalização, enfoque mundial, principalmente devido as consequências que o mesmo vem assumindo nos países receptores.

Dessa forma percebe-se que apesar da escolha ser tomada de livre e espontânea vontade, os motivos que levam cada migrante a sair de seu *status quo* se difere do das outras. Outrossim, observa-se, dentre os principais motivos, o fator econômico: a busca por uma qualidade de vida melhor.

O direito de procurar uma qualidade de vida melhor está intrínseco, portanto, ao direito de migrar, sendo que este possibilita aquele. Neste sentido, “migrar, com

todos os riscos que isto implica, explica-se simplesmente porque a busca de felicidade é inerente ao ser humano" (VENTURA, 2014). Contudo, o fenômeno migratório é por várias vezes interpretado equivocadamente, sendo ele associado constantemente a uma de suas motivações, qual seja, a movimentação forçada por fatores externos a sua vontade.

4. QUEM SÃO OS REFUGIADOS

A distinção entre refugiados e migrantes requer bastante cuidado, essencialmente, por ser um tema delicado e de enorme impacto, pois, na atualidade, desencadeia pré-conceitos e interpretações equivocadas que são utilizadas, inclusive, por governantes como pretexto para fecharem fronteiras. Destarte, já definidos o que são os migrantes em sentido amplo, passa-se a definição dos refugiados.

Os refugiados necessitam de uma atenção ainda mais especial, vez que, seu deslocamento decorre de uma situação que gera risco a própria vida. Em razão disto, a Convenção de Refugiados de 1951, estabeleceu que refugiado é alguém que: “temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país” (ACNUR, 2018).

Assim, embora tênue a diferenciação entre refugiados e migrantes, tem-se três fatores determinantes que os distinguem. O primeiro, por óbvio, é a vontade e a liberdade de migrar, da qual o refugiado não goza. A segunda, seria o fator econômico que por muitas vezes move o migrante, mas não o refugiado. E, por último, quiçá, o mais importante, está a proteção do indivíduo pelo Estado: os migrantes, geralmente, usufruem da proteção de seu país de origem, um refugiado, devido a situação peculiar do Estado de onde advém, não consegue fruir de tal amparo.

5. CONTEXTUALIZAÇÃO LEGISLATIVA AMERICANA

O direito de migrar está assegurado em tratados e pactos internacionais. Um deles, que merece destaque, é o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) pelo qual, em seu artigo 12, é estabelecido que todo indivíduo terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive do seu próprio e que esse direito não poderá ser objeto de restrições, salvo quando estas se encontrarem estabelecidas em lei e

forem necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde e a moral pública, ou os direitos e as liberdades dos outros, e forem compatíveis com os demais direitos reconhecidos no próprio Pacto.

Pois bem, é notório que os países devem respeitar os preceitos e obrigações assumidas internacionalmente, mesmo podendo adotar legislações próprias a respeito dos assuntos pactuados em âmbito internacional. Na trilha desta observação, o que aqui merece destaque é o fato de os Estados Unidos da América ter assinado e ratificado o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o que, a princípio, conjecturaria o respeito a este, contudo, como asseverado mais a frente, por ser incutida uma mudança de pensamento em relação ao migrante no país – de que o estrangeiro é estranho e indesejado, há uma série de restrições ao exercício desse direito de migrar.

Primeiramente, necessária é a apresentação de um breve histórico do tratamento das migrações nos Estados Unidos da América para entender a forma como, muitas vezes, o protagonista delas é tratado com aversão. Para tanto utilizaremos a abordagem adotada pelo professor João Carlos Jarochinski Silva (2013) que trata sobre o tema:

Aproximadamente a três séculos atrás, em 1789, após treze anos da independência, o país estabeleceu sua primeira norma referente ao tema pela qual estrangeiros poderiam ser detidos e expulsos se fossem considerados perigosos, bem como aqueles que viessem de países que entrassem em confronto com a nação.

A partir do século XIX, há uma intensificação das migrações de indivíduos que se dirigiam ao país para ocupar terras ou trabalhar no campo, sendo esses recepcionados, sem restrições. Com o posterior desenvolvimento da indústria, há o deslocamento de uma massa de migrantes para o país, o que causa um número significativo de desempregados, sendo possível observar por esse, dentre outros motivos, o encetamento do sentimento xenofóbico pelos norte-americanos.

A intensificação de migrações se dá com a primeira guerra mundial, o que leva o país a começar a adotar um processo de limitação de entrada dos migrantes. Em 1921, o governo estabeleceu limites para a entrada de pessoas no país, sendo marcante, inclusive, o estabelecimento de padrões raciais e étnicos.

Contudo, em 1965, os Estados Unidos da América estabelecem uma nova norma de migração que, embora excluísse a referência a padrões raciais e étnicos, implementou uma série de critérios para admissão no território. Outrossim, em 1980

há o início do debate com relação aos refugiados, seguindo-se um viés negativo, demonstrando que já havia uma tentativa de fechamento das fronteiras.

Seis anos após, em 1986, o *Immigration Reform and Control Act* advém com o objetivo de reduzir o número de migrantes ilegais no país, sendo complementado, em 1990, quando aprovado um novo *Immigration Act* que tinha o escopo de aumentar o número de vistos legais permitidos no país. Ainda, em 1996, é estabelecida uma política de combate a migração, vigente até hoje e alimentada por nacionalistas que acreditam serem os migrantes os criminosos que violam as fronteiras estatais.

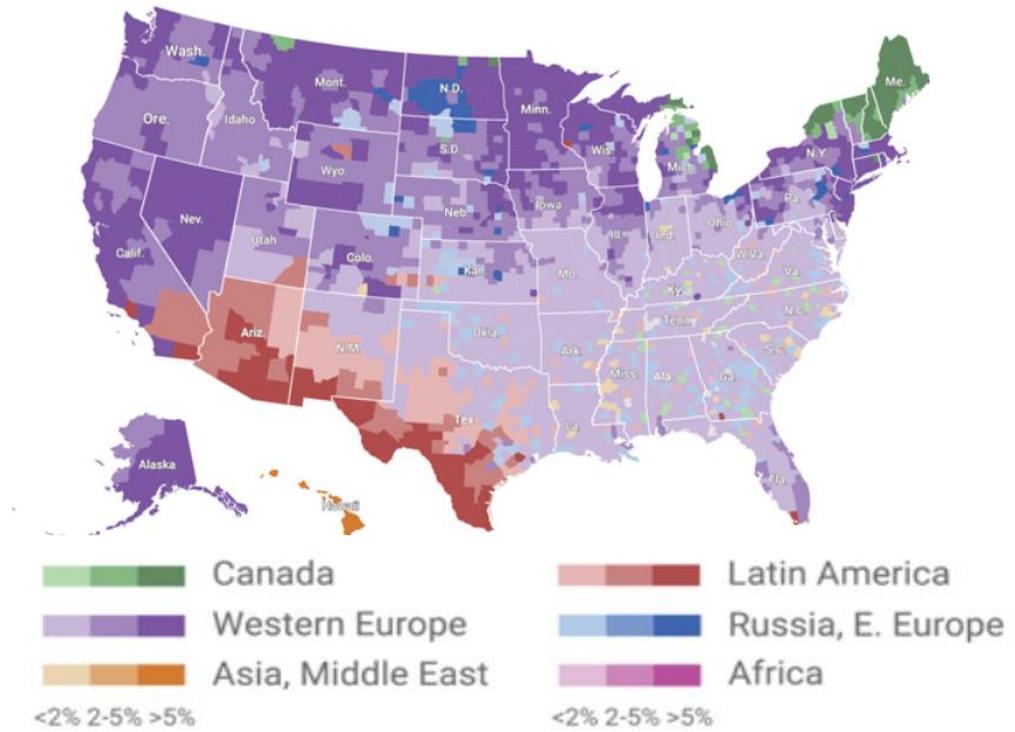
Por fim, cabe lembrar que após o Atentado de 2011, os migrantes foram novamente colocados em foco, sendo vistos como ameaças à segurança do país, o que motivou, de certa forma, uma concessão dos americanos ao governo para que este adotasse medidas, não importando quais, para inibir a migração e conservar a segurança nacional.

Da mesma forma, a visão tida pelos americanos após o 11 de setembro é perpetuada nos dias atuais, sendo que após cada novo atentado o migrante é colocado sob os holofotes como culpado indireto da insegurança nacional, o que novamente abre margem para governantes irem contra os tratados internacionais e os Direitos Humanos usando a justificativa do "nós versus eles".

Atualmente, no governo de Donald Trump, o senado norte-americano apresentou um projeto de lei denominado *Reforming American Immigration for Strong Employment* que tem o objetivo de reduzir o número de migrantes nos Estados Unidos em 50% dentro do período de uma década, salvo os imigrantes que falam em inglês, que tem condições de se manterem financeiramente e que contribuem para a economia do país. No entanto, tal projeto de lei visa limitar a capacidade dos novos imigrantes auxiliar seus parentes que desejam imigrar para os Estados Unidos. Portanto, apenas os imigrantes residentes permanentes podem ajudar a sua família a obter permissão de residência.

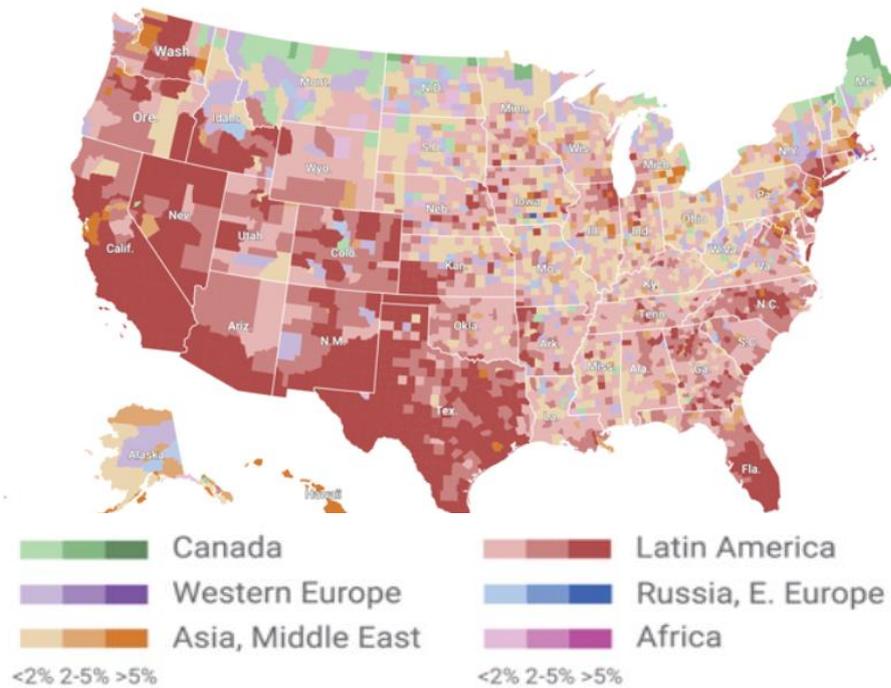
Em 1940 as ondas de imigração nos Estados Unidos correspondiam a 8,3%, ou mais de uma em cada 12 cidadãos. Hoje, 13,1% da população dos EUA nasceu no exterior, o que significa que mais de um em cada oito americanos são imigrantes

MAPA – POPULAÇÃO DE ESTRANGEIROS NOS EUA (1940)



Fonte: Social Explore

MAPA – POPULAÇÃO DE ESTRANGEIRO NOS EUA (2014)



Fonte: Social Explore

O presidente Trump fechou, em janeiro de 2017, as fronteiras da nação para refugiados de todo o mundo, ordenando que as famílias que fogem do massacre na Síria sejam indefinidamente impedidas de entrar nos Estados Unidos e suspendendo temporariamente a imigração de vários países predominantemente muçulmanos. A imigração dos sete países visados pelo presidente Trump – Iraque, Síria, Irã, Sudão, Líbia, Somália e Iêmen, está acontecendo há décadas. No entanto, os imigrantes desses países correspondem 2% de todos os imigrantes presentes em solo americano (THE NEW YORK TIMES, 2017a)

Como um todo, os residentes dos sete países predominantemente muçulmanos, especialmente os sírios, iranianos e libaneses são mão de obra qualificada – engenheiros, professores, administradores, etc. Ademais, a maioria dos residentes dos Estados Unidos desses sete países tornaram-se cidadãos, uma taxa superior à da população de origem estrangeira no país como um todo. Um número pequeno, cerca de 10 mil, serviu nas forças armadas americanas. Dos mais de 856 mil imigrantes originários de um desses sete países afetados pela proibição de Trump, apenas três deles realizaram ataques violentos nos Estados Unidos, desde 11 de setembro de 2001. Desde 11 de setembro de 2001, uma grande maioria dos perpetradores de ataques terroristas veio de países não mencionados na proibição, e muitos nasceram nos Estados Unidos (THE NEW YORK TIMES, 2017b).

Trump advoga a tese de que é necessário manter a parcela da imigração abaixo do máximo histórico de 14,8% na década de 1890, devido ao risco da população de imigrantes dos Estados Unidos atingir 18% até 2065. Donald Trump baseia suas ideias na legislação histórica em 1921 e 1924, quando os Estados Unidos estabeleceram suas primeiras cotas de imigração de origem nacional, destinadas a incentivar a migração dos países do Norte e da Europa Ocidental. A restrição resultou na participação da população nascida no estrangeiro caindo bruscamente para o seu ponto mais baixo, 4% na década de 1960. Em 1965, o sistema de quotas foi substituído por um sistema que priorizava o reagrupamento familiar e os imigrantes qualificados. As preferências baseadas no emprego foram introduzidas pela primeira vez em 1952 com o *Acto McCarran-Walter*. O princípio do reagrupamento familiar, no entanto, foi realizado através do marco 1965 da Lei de Imigração e Nacionalidade, e continua em vigor hoje (THE NEW YORK TIMES, 2017b).

6. DIREITO DE MIGRAÇÃO VS. SEGURANÇA E SOBERANIA NACIONAL

O medo, por várias vezes, priva o ser humano de pensar racionalmente. O medo de ser atacado, de perder sua vida, sua propriedade ou até mesmo seu emprego, gera uma necessidade de se sentir seguro e de atribuir a culpa de insegurança a alguém. E assim, aparece a figura do “estranho”, do estrangeiro, que de repente aparece em um local que nunca esteve gerando dúvidas e desconfianças.

Os Estados Unidos da América, desde a eleição de Trump, vem intensificando a sua política de segurança nacional, tendo até mesmo realizado um novo decreto em 2017 que será incluído na Lei de Imigração dos EUA, que restringe ainda mais suas fronteiras.

Devido ao contexto histórico, seria compreensível tais ações de um Estado que pretende proteger seu povo. Porém, os Estados Unidos como um país com um grande poderio econômico, atrai com bem mais frequência migrantes econômicos e não refugiados. Os migrantes que chegam aos EUA com mais frequência não são advindos de locais de risco ou que necessitam de asilo, e sim de Estados onde a qualidade de vida leva ao desejo de uma vida melhor.

Os discursos de Trump, no período eleitoral, já demonstravam como seria a sua postura para com os migrantes e refugiados. Porém, isto se choca diretamente com o direito de migrar, que como já exposto, é inerente aos Direitos Humanos. Por óbvio, um Estado deve sempre procurar proteger seus habitantes, mas é preciso limitar até que ponto estas ações visam apenas a segurança nacional.

Zygmunt Bauman (2017) apresenta uma explicação interessante quanto essa necessidade de manter os "estranhos" longe das fronteiras em seu livro "Estranhos a Nossa Porta". A "securitização" para ele, é a entrega da "insegurança" do povo ao poder do Estado, de tal forma que, os Órgãos de Segurança terão todo o poder para lidar com o que ameaça a população, e esse medo que será, de maneira estratégica, imputado aos migrantes. Para Bauman, a securitização nada mais é do que:

(...) um truque de mágica, calculado para ser exatamente isso. Ela consiste em desviar a ansiedade, de problemas que os governos são incapazes de enfrentar (ou não têm muito interesse em fazê-lo), para outros, com os quais os governantes – diariamente e em milhares de telas – aparecem lidando com energia e (por vezes) com sucesso (BAUMAN, 2017).

Assim, é possível entender como esta política de banimento de migrantes tem e, provavelmente, continuará funcionando. Desviar a atenção de algo mais importante, como educação, desemprego e saúde, que afeta diretamente a população, é mais simples e convincente do que realmente lidar com o problema.

7. CONCLUSÃO

Os Estados Unidos continua sendo o principal destino para migrantes no mundo. O número de imigrantes africanos nos Estados Unidos mais do que duplicou nos últimos 10 anos, atingindo cerca de 2 milhões. Enquanto isso, os fluxos de migração dos países asiáticos em desenvolvimento para os Estados Unidos e Canadá continuam a aumentar de forma constante.

Destarte, demonstrada está a necessidade de uma mudança de postura dos Estados para com os migrantes que, como exposto, estão no exercício de um direito inato. O que se deseja, assevera-se, não é a "derrubada" de fronteiras - que, claro, são fundamentais - ou uma entrada ilimitada nos países, sem precedentes, mas sim que seja exercido o diálogo entre pessoas de ambos os lados, compreendendo-se que tanto umas quanto as outras que são detentoras de direitos fundamentais que não se excluem.

Indubitavelmente, é pelo diálogo que se chegará a uma solução, a várias ou a nenhuma. O que importa é que na prática desse exercício, tratando-se como iguais e compreendendo mutuamente a posição de vulnerabilidade do outro, possivelmente serão afastadas as ideias de "securitização" e do migrante como ameaça a segurança e desenvolvimento de um Estado.

Dessa forma, sendo certo que a migração continuará a ocorrer - assim como deve ser, já que é o exercício de um direito humano e fundamental - não é possível que governantes continuem a inculcar ou se aproveitem do sentimento xenofóbico para legitimarem medidas que vão na contramão da humanidade. Enjeitar o outro que bate à porta nunca é a melhor solução para uma situação que perdurará.

REFERÊNCIAS

ACNUR. **Convenção Relativa Ao Estatuto Dos Refugiados (1951)**. Disponível em:
http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf Acesso em: 13 jul. 2018

BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2017.

ESTADÃO. **População imigrante nos EUA superou os 43 milhões, segundo estudo**. Disponível em: <<http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,populacao-imigrante-nos-eua-superou-os-43-milhoes-segundo-estudo,70002047865>>. Acesso em: 21 out. 2017

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.1v.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. Glossary on Migration, International Migration Law Series No. 25, 2011. Disponível em: <<https://www.iom.int/key-migration-terms>>. Acesso em: 06 out. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**, adotado em 16 de setembro de 1966.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

REIS, Rossana Rocha (jun. 2004). “**Soberania, Direitos Humanos e Migrações Internacionais**”. In Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 19, n. 5, p. 149-164. Disponível em: Acesso em: 10 out. 2017.

SILVA, João Carlos Jarochinski. **A História das políticas Migratórias dos Estados Unidos**. TEXTOS&DEBATES, Boa Vista, n.20, p. 7-21 , jan./jun. 2013.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de direito internacional público**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

SOCIAL EXPLORE. **Discover Immigration Trends with Social Explorer at the Smithsonian Folklife Festival**. Disponível em: <<https://www.socialexplorer.com/blog/post/discover-immigration-trends-with-social-explorer-at-the-smithsonian-folklife-festival-5584>>. Acesso em: 21 out. 2017

THE NEW YORK TIMES. **Trump Bars Refugees and Citizens of 7 Muslim Countries**. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/01/27/us/politics/trump-syrian-refugees.html>>. Acesso em: 21 out. 2017a

THE NEW YORK TIMES. **Immigrants From Banned Nations: Educated, Mostly Citizens and Found in Every State**. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/interactive/2017/01/30/us/politics/trump-immigration-ban-demographics.html>>. Acesso em: 21 out. 2017b

VENTURA, Deisy. **Migrar é um direito humano**. Disponível em: <http://operamundi.uol.com.br/conteudo/opiniao/33594/migrar+e+um+direito+humano.shtml>. Acesso em: 01 out. 2017.

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Evolução Social Dos Direitos Humanos**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2755, 16 jan. 2011.

A IMPORTÂNCIA DO DIREITO HUMANITÁRIO PARA EVITAR O FLUXO DE REFUGIADOS

*Bárbara Thaís Pinheiro Silva*²²⁷

*Brunna Leão Jácome Ferreira*²²⁸

*Priscila Pereira Cavalcanti dos Santos*²²⁹

1. INTRODUÇÃO

Hodiernamente o mundo sofre a pior crise de refugiados desde o fim da segunda Guerra Mundial, em 1945. Mais de 65,6 milhões de pessoas estão deslocadas, isto é, foram obrigadas a deixar seus lares, fugindo de guerras, conflitos internos ou violações graves de Direitos Humanos. A maioria dos refugiados vem da África ou do Oriente Médio. O conflito armado na Síria gerou 5,5 milhões de refugiados (um quinto da população no país), sendo o principal responsável pelo crescimento do fluxo de refúgio no mundo. O conflito sírio matou mais de duzentas e cinquenta mil pessoas.

Considerando a necessidade de se respeitar as normas de Direito Internacional Humanitária a fim de se evitar deslocamentos massivos de refugiados, a presente pesquisa pretende apresentar em linhas gerais a importância do Direito Internacional Humanitário para evitar-se o fluxo de refugiados. Para que a análise seja feita, será necessário passar por alguns conceitos essenciais, como o significado de Direito Internacional Humanitário e de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Além disso, um breve histórico do Direito Internacional Humanitário será apresentado, juntamente com a evolução do conteúdo das Convenções de Genebra e seus Protocolos adicionais. Por este motivo, será estudado também a abrangência de proteção das Convenções de Genebra. Apresentaremos, também, pontos importantes sobre o instituto do refúgio e a definição de refugiado. Por se tratar também de relevante e

²²⁷ Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduanda em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

²²⁸ Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais / *campus* Coração Eucarístico.

²²⁹ Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

necessária questão para compreensão da ordem Internacional, serão abordados em síntese a condução das hostilidades, os conflitos armados internacionais e internos e os conflitos armados não internacionais, sob a ótica do Direito Internacional Humanitário, bem como o modo como é feita a sua implementação compulsória.

2. BREVE ANÁLISE SOBRE A GUERRA E A SUA RELAÇÃO COM OS REFUGIADOS

A paz e a guerra são conceitos que fazem parte da história do Direito Internacional, sendo o primeiro uma preocupação recente surgida no século XX e definida como ausência de paz. Guerra seria, então, conflito e uso da força armada para resolvê-lo (JUBILUT, 2007).

Da mesma forma que existem conflitos na ordem interna, também existem as disputas em âmbito internacional (geralmente quando existe uma pretensão por parte de um Estado e resistência a essa pretensão por parte de outro). O que ocorre é que, no âmbito interno, existe determinada hierarquia de autoridade. Por outro lado, pelo fato da ordem internacional ser descentralizada, não existe tal hierarquia. Além disso, os litígios em sua maioria envolvem Estados soberanos que, por definição, não se submetem a nenhuma outra autoridade, sendo difícil evitar o recurso à força

Até o século XX, a guerra era o meio mais utilizado para solucionar controvérsias, apesar de desde o século XVI existir a busca por outros meios. A partir do momento em que foi proibida, outros meios pacíficos de resolução passaram a ter prioridade. Como exemplo de meios políticos tem-se: a conciliação (acordo entre as partes sem intervenção de terceiros); os bons ofícios (intervenção de uma terceira parte em prol de se conseguir um acordo entre os litigantes); a mediação (intervenção de uma terceira parte propondo soluções para a resolução do conflito); a diplomacia (entre dois ou vários estados, bem como a parlamentar que ocorre no seio de organizações internacionais). Já como exemplos de meios jurisdicionais tem-se os recursos a cortes internacionais e arbitragem, que é um julgamento decidido por um ou mais árbitros escolhidos pelas partes (JUBILUT, 2007).

Na Grécia antiga, a guerra se relacionava com a superioridade, caracterizando-se, assim, como guerras de extermínio; já em Roma, as guerras eram guerras de anexação baseadas em tratados e alianças entre vencidos e vencedores; na Idade

Média, as guerras tinham majoritariamente caráter religioso e como a homogeneidade religiosa era um ideal a ser atingido, as guerras entre Estados de diferentes religiões se justificavam em busca desse objetivo; por fim, na Idade Moderna, após a Ordem Internacional de Vestfália, as guerras se relacionavam com o exercício da soberania e da maximização do poder dos Estados.

Começaram, então as tentativas pela limitação do uso da força para a solução de conflitos, principalmente no início do século XX. Apesar disso, entre 1914 e 1918 ocorreu a violentíssima Primeira Guerra Mundial, envolvendo grandes potências. Graças a esse conflito, houve a preocupação da Liga das Nações em limitar a guerra sem aboli-la. Sendo insuficiente o pacto proveniente dessa Liga, a França e os Estados Unidos começaram a criar um tratado para que a guerra, com exceção daquela de legítima defesa, fosse impedida (JUBILUT, 2007).

Diante da falta de mecanismos para a abolição da guerra, em 1930 ocorreu a Segunda Guerra Mundial com o potencial de destruição da humanidade por meio de armas nucleares. A comunidade internacional passou a se preocupar com a segurança e paz internacionais, criando a Organizações das Nações Unidas (ONU). Esta organização conta com a presença dos Estados mais relevantes política, militar e economicamente. Apesar da ONU ter proibido a guerra em seu artigo 2, ela não é excluída totalmente das relações internacionais, pelo fato de haverem exceções a sua vedação: guerras de legítima defesa, operações para a manutenção da paz e ações contra Estados inimigos à época da Segunda Guerra Mundial são permitidos (JUBILUT, 2007).

Assim sendo o refúgio e a guerra se relacionam na medida em que todas as guerras mencionadas se refletem na temática dos refugiados: a Primeira Guerra Mundial proporcionou a criação do instituto; a Segunda Guerra Mundial estimulou a criação do ACNUR²³⁰ (devido ao enorme número de refugiados que foram produzidos em decorrência da guerra) e a consolidação do refúgio no âmbito internacional; os conflitos internos, que produziram cerca de quatro milhões de refugiados, mostrou a grande necessidade do refúgio.

Nas palavras de Liliana Lyra a respeito da questão dos conflitos internos:

²³⁰ “O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), conhecido como a Agência da ONU para Refugiados, tem o mandato de dirigir e coordenar a ação internacional para proteger e ajudar as pessoas deslocadas em todo o mundo e encontrar soluções duradouras para elas”. Disponível em: <http://www.acnur.org/portugues/o-acnur/>. Acesso em: 28 set. 2017

(...) continua a preocupar os estudiosos do Direito Internacional dos Refugiados até os dias atuais, isto porque com o advento da globalização, que ensejou o recrudescimento de antigos ideais nacionalistas e estimulou a integração econômica internacional, fazendo com que em muitos Estados surgissem competições acirradas acerca do poder, objetivando assegurar um enriquecimento econômico de seus detentores, os conflitos internos explodiram numericamente, refletindo-se diretamente na produção de refugiados, tornando a proteção a essa temática indispensável para a ordem internacional, uma vez que o recebimento de fluxos imensos de refugiados pode desestabilizar qualquer Estado, acabando por refletir na segurança internacional como um todo (JUBILUT, p. 145, 2007).

A prevenção dos conflitos é objetivo primordial para se evitar a formação de fluxos de refugiados e de violações massivas aos Direitos Humanos. Por isso, o papel importante do Direito Internacional Humanitário, juntamente com as normas de Direito Internacional dos Refugiados, visto que o DIH é justamente o direito de proteção as vítimas dos conflitos armados e, também, é o direito que autoriza o combatente a atentar contra a vida ou a integridade de uma pessoa. As regras humanitárias permanecem as únicas armas das vítimas. É neste cenário que surgem os refugiados.

O Direito Internacional Humanitário nasceu no século XIX para proteger vítimas de conflitos armados; o Direito Internacional dos Refugiados, por sua vez, começou a se desenvolver, especialmente, com o fim da I Guerra Mundial visando o restabelecimento dos direitos mínimos dos indivíduos que foram forçados a fugirem de seu país de origem. Sendo assim, essas duas vertentes originaram-se da necessidade de assegurar a proteção de pessoas que estavam sob a jurisdição de um Estado do qual não eram nacionais.

O Instituto do Refúgio teve seu nascimento com a Liga das Nações, entre os anos de 1921 a 1951, época em que começaram os estudos sobre a importância do tema. O marco da história do Instituto foi em 3 de dezembro de 1949, quando criou-se o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR). Todavia, para chegar no patamar em que é possível dizer que foi o ápice do Direito Internacional dos Refugiados, a chamada Convenção de 1951, a evolução de tal ideia passou por diversas perspectivas para consolidação, nas quais abrangeram títulos para o tema como uma ideia jurídico (1920-1935), posteriormente a social (1939-1939) e também no ramo da concepção individualista (1938-1950). Somente em 1951, como supracitado, que foi concretizado o que era o Instituto dos Refugiados, com a Convenção, pois ela que define, até os dias de hoje, o verdadeiro e utilizado conceito de quem são os refugiados.

Os refugiados estão amparados pela Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951), o Protocolo de 1967 e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Portanto, estão sob a guarda do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. No entanto, observa-se que os refugiados também são protegidos pelas normas de Direito Internacional Humanitário quando se encontram em um Estado em conflito armado. Por isso, além da proteção garantida aos civis pelo Direito Internacional Humanitário, os refugiados recebem proteção especial conforme a Quarta Convenção de Genebra e o Protocolo Adicional I. Por exemplo, o artigo 44 da Quarta Convenção de Genebra especifica que as potências detentoras não tratarão como inimigos estrangeiros os refugiados que não gozem de fato da proteção de nenhum governo. O artigo 73 do Protocolo Adicional I acrescenta que os refugiados devem ser considerados pessoas protegidas em qualquer circunstância e sem nenhuma distinção adversa. Sendo assim, caso as normas de Direito Internacional Humanitária sejam respeitadas - evitar ataques diretos contra civis e bens civis, não matar os civis de inanição, garantir o acesso de socorro aos civis necessitados, etc. - pode-se evitar o deslocamento forçado.

3. PRINCÍPIOS E FUNDAMENTOS ESSENCIAIS DO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

Segundo Roque (2013) os princípios são:

- a. Princípio da Humanidade: constitui a defesa do bem-estar, dos direitos, da dignidade humana, proibindo meios ou ações desonrosas e conduta irracional durante um conflito armado. Envolve, ainda, noções de honra e cavalaria;
- b. Princípio da Necessidade: Relaciona-se com a necessidade militar, o que quer dizer que apenas deverá ser feito o necessário para se alcançar o objetivo, não se pretendendo matar ou destruir o máximo possível. Ou seja, medidas lícitas de acordo com as leis e costumes da guerra devem ser tomadas em prol do objetivo referido;
- c. Princípio da proporcionalidade: Diz respeito ao uso da força na medida necessária para alcançar um determinado objetivo. De acordo com o *jus ad bellum*, o uso da força deve ser necessário e proporcional. Por outro lado, segundo o *jus in bello*, os danos colaterais e ferimentos devem ser justificados ou “analisados do ponto de vista da vantagem militar que concede à parte que utiliza a força”.

d. Princípio da discriminação: A primeira perspectiva a que se pode referir esse princípio é com o uso descontrolado de armas ou dos sistemas de armas. A segunda perspectiva diz respeito a seleção dos alvos e a utilização dos armamentos.

4. A ABRANGÊNCIA DA PROTEÇÃO SOB O SISTEMA DAS CONVENÇÕES DE GENEBRA

De acordo com a I Convenção de Genebra, que diz respeito aos feridos e enfermos em terra, todos os membros de forças armadas e milícias organizadas serão tratados em todas as circunstâncias, o que inclui os acompanhantes, se devidamente autorizados. Toda e qualquer violência contra eles está estritamente proibida e todos deverão ser tratados com humanidade e sem discriminação. Além disso, torturas e experiências biológicas também estão proibidas e todos os indivíduos devem ter os atendimentos médicos necessários. Caso os feridos e doentes de uma parte que está em guerra sejam capturados pelos inimigos, deverão estes ser tratados como prisioneiros de guerra. Essa Convenção inclui também que as partes devem reunir as informações relativas aos feridos, doentes ou mortos pertencentes à parte adversária, transmitindo-as através de meios específicos e cláusulas sobre a proibição de ataque às unidades e equipes médicas, mencionando os emblemas da Cruz Vermelha e o Crescente Vermelho. A II Convenção de Genebra determina que os navios-hospitais deverão ser respeitados em qualquer circunstância, não podendo ser atacados, nem capturados, de acordo com a II Convenção. Já a III Convenção de Genebra trata dos prisioneiros de guerra e cria um código abrangente cujo ponto central é o tratamento humanitário em qualquer circunstância. Com a expansão das guerrilhas ao Terceiro Mundo e à experiência da descolonização, em 1949, foi necessário que a definição de combatente com direito à condição de prisioneiro de guerra fosse também estendida. Os combatentes foram definidos como membros das forças armadas de qualquer parte em um conflito armado internacional, sendo essas forças armadas todas as unidades armadas organizadas sob um comando eficaz e que obedecem às normas do Direito Internacional aplicáveis nos conflitos armados, segundo os artigos 43 e 44 do Protocolo I, de 1977. O artigo 44 define, ainda, que os combatentes devem se diferenciar dos civis quando em uma operação militar. Quanto a questão da condição de prisioneiro de guerra, esta deverá ser presumida quando se houver dúvida sobre seu *status* e estará sob proteção da III Convenção. Estes prisioneiros deverão ser tratados com

humanidade e gozarão de proteção contra atos de violência, por exemplo, sendo o respeito à honra um direito inviolável (SHAW, 2010).

A proteção dos civis em tempo de guerra é tratada na IV Convenção de Genebra e embora tenha significado uma extensão das normas anteriores a 1949, ela se limitou ao artigo 4º, em que versa que a proteção abrange aqueles que se encontram em poder de uma das partes no conflito ou de uma potência ocupante dos quais não sejam cidadãos. A definição de civil vem escrita no artigo 50, do Protocolo I, de 1977 e diz respeito a qualquer indivíduo não combatente e em caso de dúvida, deverá ser considerada civil qualquer pessoa. É assegurada sua proteção e respeito a sua honra e convicções, sendo proibida sua tortura ou qualquer outro tratamento desumano. A IV Convenção de Genebra cobre, ainda, a proteção de civis em “território ocupado”. No entanto, há controvérsias sobre o significado da expressão “território ocupado”: Israel tem apoiado a interpretação de que a Cisjordânia não é reconhecida internacionalmente como território jordaniano e reconhecendo a aplicabilidade dessa Convenção seria equivalente a reconhecer a sua soberania jordaniana sobre o território em disputa (SHAW, 2010).

4.1. A CONDUÇÃO DAS HOSTILIDADES

Durante os conflitos armados, o Direito Internacional tenta fazer com que as partes envolvidas façam suas operações militares seguindo os princípios humanitários e tenta também proteger as vítimas desses conflitos. A norma básica, formulada no artigo 48 do Protocolo I, diz que as partes conflitantes devem sempre distinguir entre civis e combatentes e as operações devem ser feitas somente visando os objetivos militares. Além do artigo 51 mencionar que não poderão ser alvo de ataques os civis, existe a proibição de ataques indiscriminados. Já o artigo 57 traz que nas operações militares, sempre deverá haver o cuidado de se poupar a população civil.

Represálias com uso de força em um conflito armado são proibidas pelo Direito Internacional, a menos em casos de autodefesa e com o objetivo de terminação de um ato ilegal cometido anteriormente ou retorno à legalidade. Neste caso a represália seria proporcional ao ato ilegal que a motivou. O artigo 13 da III Convenção de Genebra estipula que represálias não podem ser usadas contra prisioneiros de guerra e o artigo 52 do Protocolo I proíbe ataques ou represálias contra objetivos civis, sendo esses todos os objetivos que não se encaixam na definição de objetivos militares do artigo 52.

O preâmbulo da Declaração de São Petersburgo de 1868 e o artigo 48 do Protocolo I frisam que o único objetivo dos Estados em guerra deve ser o de enfraquecer as forças inimigas e distinguir os combatentes dos civis, respectivamente. Além disso, há limitação dos meios utilizados para ferir o inimigo constado no artigo 22 do Regulamento de Haia, bem como há a proibição de armas, projéteis e materiais que causem sofrimento desnecessário, artigo 23 do mesmo Regulamento (SHAW, 2010).

4.2. OS CONFLITOS ARMADOS INTERNACIONAIS E INTERNOS

Um conflito armado será internacional quando for possível demonstrar que um Estado estrangeiro está envolvido diretamente em um conflito civil ou exercendo “controle total” sobre um grupo participante desse.

Antigamente, a distinção entre os conflitos internacionais e não internacionais perpassava por uma definição geográfica e temporal dos conflitos armados. A noção de conflito armado foi levada à Câmara de Apelação do Tribunal Internacional de Crimes de Guerra na ex-Iugoslávia e foi declarado que um conflito armado existe: a) quando existe o recurso à força armada entre Estados; b) quando há violência armada prolongada entre um governo e grupos armados organizados; c) quando há violência armada entre grupos armados organizados no interior de um Estado. Essa definição surgiu no contexto em que não se sabia se havia um conflito armado internacional ou não internacional na ex-Iugoslávia e era necessário que se soubesse para determinar o direito a ser aplicado. Concluiu-se que o conflito da ex-Iugoslávia era tanto internacional quanto não-internacional, criando uma situação que, embora complexa devido às dificuldades criadas pela imprecisão da possibilidade de classificação de modos diferentes, tais dificuldades foram diminuindo com a aceitação da aplicabilidade do Direito Internacional Humanitário (SHAW, 2010).

4.3. OS CONFLITOS ARMADOS NÃO INTERNACIONAIS

Uma série de garantias mínimas para proteger os que não tomavam parte em conflitos não internacionais são estabelecidas no artigo 3º comum às Convenções de Genebra de 1949. Era difícil, no entanto, definir os limites de tal artigo, tendo em

vista que os conflitos armados não internacionais poderiam abranger tanto grandes conflitos, quanto aqueles sem importância. O artigo 3º comum às Convenções traz algumas garantias mínimas: a) as pessoas não participantes das hostilidades deverão ser tratadas com humanidade e sem discriminação quanto a raça, religião, cor, sexo, nascimento ou condição econômica, proibindo, assim, a tomada de reféns, a violência contra a vida e a pessoa, o tratamento cruel e tortura, atentar contra a dignidade e o pronunciamento de condenações, bem como a realização de execuções sem o devido processo legal; b) tratamento médico dos feridos e doentes.

O Protocolo II de 1977 aperfeiçoou o artigo 3º comum às Convenções, citando algumas garantias fundamentais e outras cláusulas que protegem os não combatentes, como a proibição da violência contra a vida e atos de terrorismo, bem como proteção aos menores de idade. Em decisão tomada pela Câmara de Apelação no caso Tadić, normas jurídicas internacionais para regulamentação de conflitos armados internos foram desenvolvidas por causa do aumento na crueldade dos conflitos armados internos, a frequência das guerras civis e o desenvolvimento do Direito Internacional em questão de direitos humanos.

Algumas iniciativas têm sido tomadas no sentido de diminuir a distância entre a aplicação das normas internacionais de direitos humanos e as fontes de direito humanitário: o Comitê Internacional da Cruz Vermelha vem estudando a elaboração de uma nova declaração que trata dos conflitos internos (SHAW, 2010).

4.4. A IMPLEMENTAÇÃO COMPULSÓRIA DO DIREITO HUMANITÁRIO

Nas Convenções de Genebra de 1949 e no Protocolo I, de 1977, as partes se comprometeram a cumprir todas as regras estabelecidas no instrumento e a divulgar os princípios contidos no mesmo. Mesmo com o uso de represálias sendo proibido, existem outras formas de garantir esse cumprimento como, por exemplo, as “Potências Protetoras”, que são responsáveis por garantir os interesses dos cidadãos que estejam sob o controle de uma das partes como prisioneiros de guerra ou como civis sob ocupação que devem assegurar que as cláusulas sejam. Além disso, com o intuito de averiguar violações graves das Convenções de Genebra e ao Protocolo I, bem como para facilitar que se restaure o respeito a esses instrumentos, tal Protocolo prevê a criação de uma Comissão Internacional de Inquérito

Por fim, caso as violações do Direito Internacional venham a ser consideradas como crimes de guerra, elas passarão a ser regidas por uma jurisdição universal. Na Carta do Tribunal de Nuremberg, de 1945, em seu artigo 6º, há exemplos de crimes de guerra com responsabilidade individual, tais como matança, assassinato de reféns e destruição gratuita de cidades. Além disso, o artigo 3º do Estatuto do Tribunal Iugoslavo para Crimes de Guerra determina que as infrações às leis e costumes de guerra inclui, por exemplo, uso de armas venenosas ou qualquer outra que cause sofrimento desnecessário (SHAW, 2010).

5. CONCLUSÃO

O Direito Internacional Humanitário permite a proteção da vida e da dignidade humana quando ausentes as regras de Direito Internacional. É possível observar como objetivo comum do Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Direitos Humanos a proteção do indivíduo na esfera internacional. Assim sendo, essa área do direito começou a evoluir por volta do século XIX por meio de Convenções e Declarações adotadas ao longo dos anos. Destacam-se as Convenções de Genebra em que a base é o princípio de que deverão ser tratados com humanidades aqueles que não estão diretamente envolvidos em conflitos.

No decorrer dos anos foi possível averiguar, também, a evolução do significado das guerras: no início (Grécia), a superioridade justificava a luta, já na Idade Moderna, a guerra decide um *status* de soberania. É possível constatar, ainda, que a guerra se relaciona com o aumento do contingente de refugiados, por se tratarem de pessoas buscando proteção em outro território em função de perseguições sofridas.

Deste modo, não restam ser necessária a reflexão acerca da interseção entre o Direito Internacional dos Refugiados e o Direito Internacional Humanitário em busca da constante proteção da dignidade da pessoa humana e respeito aos seus valores e crenças.

REFERÊNCIAS

Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, **Direito Internacional Humanitário e Direitos Humanos**, Ficha Informativa nº 13/Rev. 1, ed. portuguesa, GDDC, 2001.

Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. Disponível em <http://www.acnur.org/portugues/o-acnur/>. Acesso em: 28 set. 2017.

CICV. Como o DIH protege os refugiados e os deslocados internos? Disponível em: <https://www.icrc.org/pt/document/como-o-dih-protege-os-refugiados-e-os-deslocados-internos> Acesso em: 10 abr. 2018

CICV. Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Direitos Humanos: Analogias e diferenças. Disponível em: <https://www.icrc.org/por/resources/documents/misc/5ybllf.htm>. Acesso em: 11 set. 2017.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional Dos Refugiados E Sua Aplicação No Orçamento Jurídico Brasileiro.** São Paulo: Método, 2007

ROQUE, S. J. C. **O Direito Internacional Humanitário e os conflitos armados do século XXI: As Nações Unidas enquanto garante da salvaguarda da vida e dignidade humana – os casos da Líbia e da Síria.** 2013. 152 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política e Relações Internacionais - Relações Internacionais) - Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa. 2013.

SHAW, Malcolm N. **Direito Internacional.** São Paulo, SP: Martins Fontes, 2010

TÍTULO QUARTO

TRANSFORMAÇÕES NO DIREITO PRIVADO

O PROCESSO NA CONSTRUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

**A CRITERIOLOGIA ADOTADA PELO NCPC PARA A
FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JURÍDICAS:**

PERSPECTIVAS ATINENTES AOS PRINCÍPIOS
NORTEADORES DO PROCESSO NEO-INSTITUCIONAL
NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

*Daniela Dantas Carvalho*²³¹

*Yuri César de Almeida Silva*²³²

1. ABERTURA TEMÁTICA

Ao estabelecermos como ponto de partida uma perspectiva moderna daquilo que se entende como processo, não há espaço para qualquer questionamento acerca da basilar importância da fundamentação das decisões advindas do Estado, especialmente aquelas emanadas pelo Poder Judiciário. A partir desse ponto de vista, o presente trabalho possui como escopo principal a análise da criteriologia adotada pelo Código de Processo Civil de 2015 no tocante à fundamentação das decisões. Assim, adota-se como premissa a hipótese de o Estado Democrático de Direito, no que diz respeito às decisões judiciais, só atingirá de modo pleno o seu caráter democrático a partir de um exercício eficaz de fundamentação realizado pelos órgãos julgadores, com efetiva participação das partes.

Com pauta em uma breve análise das variadas teorias que visaram estudar o processo, enfoca-se o fato de que a chamada “teoria neoinstitucionalista do processo” é a que mais se coaduna com o viés democrático, participativo e cooperativo de processo. Do mesmo modo, com base nos princípios processuais que regem a fundamentação das decisões, busca-se estabelecer quais seriam os elementos diferenciadores entre motivação e fundamentação das decisões, ao passo que, levando em consideração a inserção do artigo 489 do CPC 2015, examina-se também a

²³¹ Graduanda em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

²³² Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

critériologia de decidir adotada pelo atual Código e a sua vinculação com os demais princípios constitucionais do processo. Discute-se, ainda, sobre a possível extinção do chamado “critério do livre convencimento motivado” (adotado pelo Código de Processo Civil de 1973), diante do comando contido no artigo 371 do Código vigente.

Objetivando um maior aprofundamento temático, é feita uma exposição dos posicionamentos jurídicos contrários e a favor das inovações processuais trazidas pelo Código de Processo Civil no que concerne ao assunto primordial do presente artigo, qual seja, a fundamentação das decisões.

Ao final, frente a todas essas indagações, o presente trabalho visa examinar se o novo regramento acerca da fundamentação dos provimentos decisórios estabelecido pelo CPC 2015 deve ser visto com bons olhos, levando em consideração o papel primordial da fundamentação das decisões como uma das mais importantes garantias constitucionais-processuais conferidas ao cidadão, de modo que deve ser assegurada a qualquer um do povo a possibilidade de ter o seu direito analisado detidamente por quem seja responsável por julgá-lo.

2. A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE PROCESSO E A IMPORTÂNCIA DA TEORIA NEO-INSTITUCIONALISTA

Em uma perspectiva democrática de Estado de Direito, impende destacar que o direito material caminha conjuntamente com o direito processual. Diante disso, na perspectiva constitucional, o processo não pode ser visto como um instrumento de resolução de conflitos, mas sim como uma forma de construção de resultado no mundo jurídico, levando em conta a participação das partes no provimento decisório. Em suma, é possível afirmar que o processo é um fim em si mesmo, de modo que se coloca de forma imparcial e garante o contraditório e a ampla defesa de forma isonômica.

Contudo, a busca pela de definição de processo vem se desencadeando ao longo dos anos pelo estudiosos do Direito, a partir de diversas teorias que se desenvolveram e se modificaram, para que hoje pudessemos chegar o mais próximo possível de um conceito definido e legítimo dentro de um Estado Democrático de Direito.

Nos primórdios do estudo jurídico, aflorou a ideia de que o processo se constituía por meio do ajuizamento de uma ação, em que as partes exigiam do Estado a atividade-dever de prestar a jurisdição, objetivando, com isso, um consenso. Entretanto, com o desenvolvimento do pensamento sobre o Direito, pela análise

processual, concluiu-se que caso as partes não tenham participação igualitária no processo, este não seria um processo constitucional, mas apenas um procedimento. Neste sentido, atingimos um importante ponto, desde o desenvolvimento de um modelo de processo inaugural do Direito Romano, em que a participação igualitária das partes envolvidas na lide permitir-se-ia o alcance do “melhor” provimento jurisdicional.

Mas afinal, o que é processo? A primeira resposta surgiu com o comparativo entre processo e contrato, em uma perspectiva simplificada desta conceituação. Assim, pela “teoria do processo como um contrato”, desenvolvida por Porthier, destaca-se a vontade das partes de estarem no processo, e a celebração de um acordo entre elas, objetivando a solução de seu problema por meio do processo e, ao final, aceitando a sujeição a uma decisão judicial (*litiscontestatio*). Por se basear em um acordo de vontades, o processo se assemelharia, portanto, a um contrato (COLUCCI; ALMEIDA, 1999, p.123).

Essa teoria foi muito criticada, sendo os posicionamentos contrários fundamentados no fato de que o processo não poderia ser comparado com o instituto do direito privado, que prevê a autonomia da vontade, bem como a impossibilidade do processo se basear exclusivamente na *litiscontestatio* (acordo das partes em estarem em lide), pois existiriam casos em que nem mesmo o próprio autor gostaria de estar naquela situação (PINTO, 2008).

Ademais, a concepção de que o juiz seria um mero árbitro, no qual a situação lhe é apresentada e este decidirá qual o melhor direito, não seria a mais adequada, tendo em vista que o juiz é o representante do estado no exercício da jurisdição. Por fim, com fincas na referida teoria, as partes se submeteriam ao Estado, o que também não é uma concepção correta, pois a função jurisdicional consiste-se em uma atividade estatal de fornecer as partes um processo com garantias e direitos fundamentais contra arbitrariedade e abuso do poder por Estado.

Diante disso, outra teoria nos aparece, com os autores Savigny e Guényva, denominada de “teoria do processo como um quase-contrato”. Nesta análise, nem sempre há autonomia entre as partes, mas o autor sempre quer aquele processo, sendo então um contrato firmado entre o autor e o Estado. A crítica deste entendimento, conforme bem pondera Rosemiro Pereira Leal, consiste na impressão de que o processo deve ser concretizado em prol do autor, e não de forma igualitária entre as partes. Nesse sentido, afirma que “*a parte que ingressava em juízo já consentia que a*

decisão lhe fosse favorável ou desfavorável, ocorrendo um nexó entre o autor e o juiz, ainda que o réu não aderisse espontaneamente ao debate da lide” (LEAL, 2008, p.78)

Posteriormente, Bulow firmou a teoria denominada “teoria do processo como uma relação jurídica”, sendo esta aprimorada por Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei e Liebman. Essa teoria é a que, em tese, se apresenta como mais familiar e possível. Nesta, o processo é o meio para solucionar conflitos na relação, autor, juiz e réu. Por esta teoria, temos que no processo existem duas relações jurídicas, que se distinguem em direito material, que é o que é discutido no processo, e direito formal, que se estabelece entre os sujeitos do processo.

Apesar de aparentar ser mais plausível que as demais, a grande crítica direcionada a essa teoria é que a teoria do processo como relação jurídica consistiria na instrumentalização do processo, parecendo-nos que não há possibilidade de discussão processual dentro de um processo, apenas discussão material. A ideia de que processo é meio, e não fim em si mesmo, ou seja, o processo é um instrumento, permite que o processo seja superado, o que não é compatível no Estado Democrático de Direito. Além disso, a relação jurídica coloca o juiz como hierarquicamente superior entre as partes; que dará a palavra final. Tal fato não é compatível com a ideia de processo democrático, pois a decisão deve ser formulada pelo juiz, mas não sobre seu livre convencimento, mas de forma partipativa entre as partes.

A instrumentalidade do processo é firmemente criticada pelo ilustríssimo professor André Cordeiro Leal, em sua obra “Instrumentalidade do processo em crise”, criticando não somente a teoria bulowiana, bem como algumas que tentaram se desvincular desta.

Nas palavras de André Leal (2008):

Note-se que, como demonstraremos, mesmos os pensadores que tentaram se desvincular da teoria de Bulow acerca do processo como uma relação jurídica, negando o vínculo pessoal de subordinação das partes a um juiz a quem se atribuiu a tarefa de fiscalizar a atuação das partes e impedir, portanto, que essas pratiquem atos de delinquência processual, bem como verificar a oportunidade da atuação do Estado-juiz, esbarram, ainda, numa questão nuclear que, embora derivada da teoria processual bulowiana, ainda não foi efetivamente tematizada: o conceito de jurisdição.

Dificuldades incontornáveis surgem quando as teorias do processo tentam clarificar aspectos de uma “atividade jurisdicional” que se desenvolve pelas pessoas dos magistrados, porque isso desemboca em concepções intrinsecamente monológicas e solipsistas de jurisdição que não se alinham ao paradigma democrático procedimentalista.

Quando muito, o que a maioria das teorias do processo conseguem fazer é indicar como diminuir a carga subjetivista (imperscrutável e inacessível, alias) do juiz. Entretanto, assim, ainda deslizam sobre um conceito de jurisdição atrelado, principalmente, à atividade decisória que se dá na

consciência do julgador, e não a uma atividade decisória na linguagem pela linguagem (LEAL, 2008, p. 27).

Cumprido ressaltar que a teoria de Bulow tem tanta ressonância devido ao interesse da sociedade na solução do direito material, desconsiderando o direito processual. Contudo, nesta vê-se a necessidade de se colocar uma igualdade linear entre as partes e o juiz.

Por isso, uma quarta teoria, formulada por Goldschmidt, denominada como “teoria do processo como situação jurídica”, tenta aprimorar a teoria da relação jurídica, estabelecendo que o processo é uma situação jurídica, estabelecida por lei (PINTO, 2008). Assim, o único contraponto da teoria anterior é que o processo não é uma relação, e sim uma situação jurídica. O problema é que a divisão entre direito material e direito processual permanece, considerando o processo não só como um instrumento, mas um instrumento legal.

Seguindo, o professor José Alfredo de Oliveira Baracho traz uma contribuição muito grande para o direito processual ao considerar que o processo é uma instituição constitucionalizada, sendo portanto, uma garantia de direitos, munido de princípios constitucionais. Nessa perspectiva, conseguimos perceber que de nada adianta o direito material se não há uma forma eficaz de garantir esses direitos, que se constitui pelo processo. Dessa forma, para se discutir o processo é necessário uma análise constitucionalizada do direito, com contornos teóricos da pós-modernidade, em que se entende que tudo que está previsto no direito é obrigatório, inclusive os princípios, como contraditório, ampla defesa, devido processo legal, entre outros que abaixo discriminaremos.

À luz desta teoria, conforme bem destaca Davi Souza de Paula Pinto, “as garantias instrumentais denominada também de garantias processuais, existem em função dos direitos materiais e das garantias formais. O processo Constitucionalizado deve obedecer princípios assegurando, a ordem jurídica, os direitos elencados na constituição, dentre outros” (PINTO, 2008).

Em outra linha, Guasp, propõe a “teoria do processo como uma instituição” e define o processo como uma instituição, criado e consolidado no âmbito das ciências sociais. Assim, uma instituição é uma forma padronizada de comportamento relativamente à determinadas necessidades. São modos de agir, sentir e pensar do homem em sociedade e que se reputa tão importantes que qualquer processamento contrário a eles resulta numa sanção específica. Sendo, então, o Estado detentor da

jurisdição, qualquer comportamento contrários à instituição, poderá sofrer sanções previstas em lei. A crítica dessa teoria é que instituição é algo muito impreciso, pois é apenas um padrão previsto na lei, o que não esclarece muito o que é processo, apenas uma noção muito positivada.

Destaca-se, ainda, a teoria do professor Elio Fazzalari que concebe a “teoria do processo como um procedimento em contraditório”, diferenciando processo de procedimento. Nessa perspectiva, procedimento são os passos previsto em lei para se chegar em determinada conclusão. Contudo, se no manejo desses passos não se fizer presente o contraditório, não haverá processo, mas apenas um conjunto de procedimentos. Para esse autor o processo é um procedimento em contraditório com igualdade entre as partes, em simétrica paridade, na preparação do provimento jurisdicional. Contudo, a principal crítica a esta linha de pensamento consiste no esquecimento de que o processo é uma garantia constitucional, não justificando o processo como procedimento garantia constitucional dos outros direitos.

Por fim, a última teoria a ser analisada, e adotada neste estudo da fundamentação das decisões à luz do novo Código de Processo Civil, é a denominada “teoria neo-institucionalista do processo”, do professor Rosemiro Pereira Leal, que dá um passo além na análise da cidadania e participação política por meio do processo. Diante dessa teoria, o processo é uma forma de lutar contra a repressão e a concentração política, como uma "arma" que viabiliza a proteção dos direitos, como um direito em si mesmo, e não como um instrumento. É um direito-garantia constitucional que nos permite combater as arbitrariedades do Estado. Para isso o processo afigura-se como um conjunto de princípios jurídicos, aproximados pelo texto constitucional, com a denominação jurídica de "processo", cuja característica é assegurar o exercício dos direitos criados e expressos no texto constitucional e infra-constitucional por via de procedimento estabelecidos em modelos legais.

Assim, a teoria neo-institucionalista do processo vai além das teorias supramencionadas, vislumbrando o processo a partir de uma conexão teórica com a cidadania constitucionalmente assegurada, que torna o princípio da reserva legal do processo, nas democracias ativas, o êxito fundamental da previsibilidade das decisões.

Nas palavras de Leal (2005):

O Processo (...) não se estabelece pelas forças imaginosa e naturalmente naturais de uma sociedade ou pelo poder de uma elite dirigente ou genialmente judicante, ou pelo diálogo de especialistas, mas se impõem por conexão teórica com a cidadania (soberania popular) constitucionalmente assegurada, que torna o

princípio da reserva legal do processo, nas democracias ativas, o êxito fundamental da previsibilidade das decisões (LEAL, 2005, p. 102).

Assim, por esta perspectiva, as decisões são construídas pelo autor e réu e escritas pelo juiz, tendo as partes uma posição ativa dentro do provimento jurisdicional. O que pode causar desconforto nesta linha de entendimento é que isso coloca o Estado em segundo plano no provimento jurisdicional, pois este não profere uma decisão baseada no seu livre convencimento, mas atua como uma espécie de “homologador” do que foi discutido entre as partes.

Desse modo, essa teoria prevê que por intermédio do processo consagra-se a fiscalização, ou seja, o controle de constitucionalidade aberto a qualquer um do povo, sendo o processo um mecanismo para este constante controle dos direitos supostamente violados, que permite o desenvolvimento crítico democrático do cidadão, discutindo em pé de igualdade a violação dos direitos, no efetivo exercício da cidadania.

Apesar da teoria de Rosemiro Pereira Leal nos parecer a mais adequada ao modelo processual da contemporaneidade, podemos perceber que a instrumentalização do processo ainda permeia o Direito brasileiro. Nesta perspectiva, importante analisarmos as novas disposições processuais introduzidas pelo legislador com um enfoque no possível enquadramento das novidades normativas junto às teorias de processo supramencionadas. Assim, passemos a análise.

3. O NCPC E AS NOVAS DISPOSIÇÕES REFERENTES À FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

3.1. O ART. 489 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A CRITERIOLOGIA DE DECIDIR

Com vistas a viabilizar um maior entrelaçamento entre a matéria processual civil brasileira e as disposições contidas na Constituição Federal, bem como com o intuito de possibilitar que a função jurisdicional seja prestada com maior solidez e celeridade, o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) trouxe em seu bojo um leque de elementos e técnicas normativas que passaram a integrar o sistema procedimental civil pátrio.

No que concerne à fundamentação das decisões, uma das mais significativas garantias processuais de qualquer Estado que se denomine “Democrático de Direito”, a própria Constituição de Federal de 1988 prevê, conforme destacado alhures, em seu artigo 93, inciso IX que todo e qualquer julgamento no âmbito do Poder Judiciário deve ser público, com todas as decisões fundamentadas.

Não obstante a previsão constitucional, o legislador do Novo Código de Processo Civil, num exercício de constitucionalização das normas processuais, reproduziu, em seu artigo 11, o dispositivo contido no texto da Carta Magna, além de ter optado por inserir um rol exemplificativo de hipóteses em que o dever constitucional de fundamentação não é observado. O Código de Processo Civil, desse modo, alça o tema da fundamentação das decisões a um patamar que até então não era possível ser percebido nos Códigos anteriores²³³.

O §1º do artigo 489 do novo Código estabelece um conteúdo mínimo (CÂMARA, 2017, p. 230) que deve estar contido em qualquer decisão judicial. Independentemente de sua natureza (seja sentença, decisão interlocutória, acórdão, etc.), não será considerada fundamentada nas hipóteses em que a decisão se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida (art. 489, §1º, I); quando empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso (art. 489, §1º, II); nos casos em que invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão (art. 489, §1º, III); quando não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (art. 489, §1º, IV); quando se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos (art. 489, §1º, V) e, por fim, nos casos em que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (art. 489, §1º, VI).

Sem embargo de respeitáveis opiniões divergentes²³⁴, acreditamos que o artigo 489, §1º, impõe aos órgãos responsáveis pelo pronunciamento jurisdicional o dever de fundamentar de modo efetivo suas decisões, versando acerca da totalidade dos

²³³O Código de Processo Civil de 1973 até tratava da necessidade de fundamentação das decisões, todavia, de modo menos completo que o atual Código.

²³⁴Elpidio Donizetti considera que não se pode exigir que, em todo e qualquer caso, o juiz fundamente, de forma exaustiva, as suas decisões. (DONIZETTI, 2016, p.572)

argumentos trazidos pelas partes em respeito ao princípio contraditório. Na esteira de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, temos que os provimentos judiciais devem constituir “o resultado lógico da atividade procedimental desenvolvida em torno das questões discutidas e dos argumentos produzidos em contraditório pelas partes em todas as fases do processo, porquanto são elas, as partes contraditoras, que suportarão seus efeitos” (DIAS, 2012, p. 134/135).

Vê-se, portanto, que seguindo a melhor linha de entendimento acerca do que venha a ser o processo, bem como estabelecendo em quais condições a função jurisdicional deve ser prestada, o Novo Código de Processo Civil caminhou bem no sentido de garantir que as partes que se apresentam perante a justiça com o desejo de dirimir determinada controvérsia, possam, no mínimo, contar com a certeza de que a decisão pela qual aguardam será devidamente fundamentada.

3.2. A CRITERIOLOGIA DE DECIDIR E SUA VINCULAÇÃO COM A EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS

Com base no que foi dito, afigura-se como claramente perceptível que o dever de fundamentação das decisões guarda estrita relação com o princípio constitucional do contraditório, previsto no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), que garante aos litigantes, seja em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Certo é que o princípio do contraditório, ao entrelaçar-se com o princípio da fundamentação das decisões, deve ser enxergado em sua concepção mais moderna, bem como em sua dimensão substancial, e não mais como mero direito à informação e reação. É necessário que haja uma participação plena das partes na formação do convencimento do julgador. Vê-se, pois, que a mera garantia de ser informado acerca de uma manifestação da outra parte e a possibilidade de reagir a essa manifestação não é mais suficiente para que se considere que o princípio do contraditório tenha sido exercido.

Nesse sentido, leciona André Cordeiro Leal que “*mais do que garantia de participação das partes em simétrica paridade, portanto, o contraditório deve ser efetivamente entrelaçado com o princípio (requisito) da fundamentação das decisões,*

de forma a gerar bases argumentativas acerca dos fatos e do direito debatido, para a motivação das decisões” (LEAL, 2002, p.105).

É a partir dessas perspectivas que se vislumbra a decisão judicial como resultante da interação entre as partes e o juiz, possibilitando que suas argumentações e alegações realizadas dentro do ambiente dialético que é o processo constituam verdadeiros elementos de influência do julgador no momento de proferir o provimento judicial, devendo sempre explicitar as razões que o levaram a decidir daquela maneira.

Nesta acepção, pela teoria neo-institucionalista, conforme mencionado alhures, Rosemiro Pereira Leal (2005), além considerar o processo como um procedimento em contraditório, propõe uma participação cidadã na formulação das decisões jurisdicionais, como meio de exercício da cidadania propriamente dita e controle contra arbitrariedades o Estado. Em suas palavras:

A Teoria Neo-Institucionalista preconiza fiscalidade (controle de constitucionalidade aberto a qualquer do povo) do processo legiferante nas bases instituintes e constituintes da legalidade, bem como na atuação e modificação, aplicação ou extinção do direito constituído e trabalha a socialização do conhecimento crítico-democrático em pressupostos (direito fundamental) de auto-ilustração (dignidade) pelo exercício da cidadania como legitimação ao direito-de-ação coextenso ao procedimento processualizado (LEAL, 2015, p. 105).

Dessa maneira, o Código de Processo Civil, ao consignar a possibilidade da extinção de formulação de decisões baseadas no livre convencimento do julgador, confirma o fato de que o juiz está para o processo quase que um “homologador” do que foi discutido entre as partes, não podendo decidir fora do que foi objeto de discussão, consagrando, assim, o princípio da não surpresa esculpido no novo Códex Processual.

Neste diapasão, o dispositivo objeto do presente estudo — o art. 489 do Código de Processo Civil — ao estipular um “roteiro” pelo qual o aplicador do Direito deverá seguir, claramente inaugura o entendimento acima mencionado, garantindo aos litigantes um processo constitucional democrático, com a presença dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório e da vedação de decisões surpresas.

Sobre o princípio da não surpresa, instituído pelo novo código, este estabelece que o juiz não pode alegar algo que não tenha sido discutido pelas partes. Assim, nesta nova perspectiva, temos que a fundamentação do juiz só pode abarcar o que foi discutido entre as partes, o que nos garante que uma decisão é originada do contraditório entre as partes e não do arbítrio do juiz. Caso um juiz perceba que um determinado artigo se adequa ao caso concreto, porém não foi abordado pelas partes,

será obrigado a abrir vista as partes para que se manifestem sobre o dispositivo, garantindo uma decisão constitucional.

Assim, diante das exigências elencadas criteriosamente pelo Novo Código, têm-se positivado o compromisso do juízo em: promover a integração da dimensão normativa do dispositivo à dimensão fática; impedir as conhecidas “decisões prontas”, de modo a conduzir o magistrado a enfrentar o conteúdo dos autos em cotejo com a norma, particularizando o *decisium*; enfrentar todas as questões capazes de, por si sós e em tese, infirmar a sua conclusão sobre os pedidos formulados, sob pena de se reputar não fundamentada a decisão proferida; e promover a similitude entre as teses jurídicas do paradigma e do caso concreto nas hipóteses de aplicação de precedentes e enunciados de súmula (ALMEIDA, 2017).

4. ASPECTOS RELEVANTES TRAZIDOS PELO CÓDIGO DE 2015 SOBRE A TEMÁTICA DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

4.1. DIFERENÇA CONCEITUAL DE MOTIVAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO DIANTE DO PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

O princípio da fundamentação das decisões, conforme visto, permeia o processo brasileiro, sendo positivado tanto na Constituição Federal, como no Código de Processo Civil de 1973 e, claro, no novo Código de Processo Civil de 2015. A Carta Maior, ao estabelecer as disposições gerais do Poder Judiciário, em seu art. 93, inc. IX e X, preconiza que todas as decisões emanadas dos órgãos do Poder Judiciário serão fundamentadas, sob pena de nulidade, e que todas as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas (BRASIL, 1988). O novo Códex de Processo Civil, em seu art. 489, estabelece como elemento essencial da sentença os fundamentos, em que o juiz resolverá as questões de fato e de direito (BRASIL, 2015), divergindo da remota codificação apenas no tocante a definição desta exigência, que anteriormente era considerada um requisito (BRASIL, 1973).

Dessa forma, podemos notar que o ordenamento jurídico pátrio, ao optar pela expressão “fundamento”, nitidamente faz uma distinção deste para “motivação”. Nesta linha de pensamento, Carlos Aurélio Mota de Souza analisa gramática e juridicamente essa diferenciação, que muitas vezes é deixada de lado pelos estudiosos do Direito,

porém imprescindível para o entendimento e aplicação do princípio da fundamentação das decisões.

Pela análise de Souza (2006):

Motivo (do latim *motivum*, o que move), é causa ou razão de algo, o que causa ou determina alguma coisa. Para o juiz, motivar é explicar ou justificar os motivos ou as razões dos fundamentos.

Fundamento (do latim *fundamentum*, de *fundare*), base, alicerce; razão ou argumento em que se funda uma tese, concepção, ponto de vista; razão justificativa (Dicionário Aurélio). Nas decisões judiciais, é o juízo fundante de uma decisão; é o argumento relevante, dentre muitos, determinado pelo juiz segundo uma escala de valoração, necessária à livre apreciação das questões. O mesmo dicionarista (Idem, I-II:332-333) esclarece que na terminologia processual, fundamentos da ação, fundamentos do pedido ou fundamentos da demanda apresentam como fundamentos de fato e de direito, mas exprimem sempre as circunstâncias da prática de um ato: 'é o motivo determinante e justificativo dos atos jurídicos (...) ou é a razão preponderante' para satisfação de uma pretensão (SOUZA, 2006).

Segundo esse entendimento, ao nosso ver, a motivação está intimamente ligada a ideia de procedimento, como ocorre nos casos das decisões administrativas tomadas pela Administração Pública em sua função atípica, norteado pelo princípio constitucional da motivação. Assim, o procedimento deve ser motivado, ou seja, deve expor os motivos e razões que ensejaram aquele provimento. Em contrapartida, a fundamentação se relaciona diretamente com a noção de processo como um direito-garantia constitucional, envolvendo o plano da segurança jurídica do indivíduo em relação ao Estado-jurisdição, bem como a efetividade da decisão jurisdicional em sua correlação com o contraditório paritário.

Assim, o novo Código de Processo Civil, ao manter a exigência da fundamentação das decisões e apresentar uma criteriolgia que deve ser seguida pelo magistrado no momento de prolação da decisão, garante aos cidadãos um provimento estatal constitucional e participativo, possivelmente afastando o conhecido livre convencimento motivado do juiz, conforme se analisará detalhadamente abaixo.

4.2. O ARTIGO 371 DO NCPC E O AFASTAMENTO DO CRITÉRIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

O artigo 371 do CPC de 2015 determina que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”. O mencionado dispositivo reforça a importância da prova (e da respectiva apreciação do julgador) na formação de um

processo justo e equânime, ao estabelecer um liame entre as provas produzida pelas partes e a decisão que se originar da análise acerca desses elementos instrutórios. É necessário, entretanto, dicutir e compreender em que medida a valoração da prova realizada pelo julgador afeta o conteúdo e a fundamentação das decisões judiciais, posto que a fundamentação das decisões, pelo menos num plano ideal, deveria possuir como um de seus pilares a análise pormenorizada e séria de todos os meios probatórios trazidos à baila pelas partes.

Num primeiro momento, a sistemática do processo civil adotava o chamado critério da “prova legal” para esboçar quais seriam os parâmetros de valoração das provas. Com base neste critério, apenas a lei definiria e escalonaria quais os valores atribuídos a cada meio de prova, sendo que determinadas provas poderiam possuir um maior ou menor grau de afirmação, a depender de sua natureza. Desse modo, ao julgador não caberia qualquer possibilidade de proceder à valoração dos instrumentos probatórios existentes dentro de um procedimento.

Posteriormente, o critério da prova legal cedeu lugar ao denominado critério da “íntima convicção”, que como o próprio nome diz, permitia ao julgador total liberdade para apreciar e valorar as provas, resultando, com isso, num julgamento preponderantemente norteado pelas convicções e sentimentos pessoais do juiz. Em um caminho oposto ao preconizado pelo critério anterior, o critério da íntima convicção dava margens para que as decisões judiciais sequer fossem fundamentadas, uma vez que as próprias crenças e subjetividades do julgador pautariam as decisões por ele proferidas.

Com o intuito de promover um sopesamento entre o caráter extremo dos critérios anteriores, passou-se a adotar, posteriormente, o denominado critério do “livre convencimento motivado”, estipulando que no momento de apreciação das provas o juiz possui liberdade para conferir a cada elemento probante o valor que considerar devido, devendo, para tanto, fundamentar sua decisão sobre a escolha da valoração daquela prova. O sistema do livre convencimento motivado foi expressamente adotado pelo Código Civil de 1973, em seu artigo 131, dispondo que o “juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. Com base nesse critério de valoração de provas, o julgador passou a deter a faculdade de estabelecer quais as provas seriam capazes de influenciar na

formação de seu convencimento. Bastaria, portanto, que o juiz fundamentasse a adoção dessas provas.

Merece destaque, entretanto, o fato de que uma visão moderna e democrática do processo não permite que hajam altas doses de discricionariedade do órgão julgante no momento de apreciar as provas carreadas aos autos. Em sendo assim, o critério do livre convencimento motivado há muito se mostrou ultrapassado, ainda que a “escolha” das provas seja fundamentada pelo juiz. Pertinente a colocação de Streck, ao defender a retirada do livre convencimento motivado do CPC de 2015: “Era isso que eu queria com a retirada do LC (motivado ou não, tanto faz, porque o LCM é um engodo a-paradigmático; de que adianta motivar o consequente se deixo livre o antecedente? Qualquer aluno de filosofia sabe (d)isso e destrói o LCM em 5 segundos.” (STRECK, 2015)

Parece-nos mais acertada, portanto, a conclusão de o que o CPC 2015, com a inserção do artigo 371, deixou de adotar o critério do livre convencimento motivado, fato que pode ser percebido, entre outros motivos, pela supressão do advérbio “livremente”, que aparecia expresso no artigo 131 do Código anterior. A “livre” apreciação da prova, permitida outrora, não é mais admitida pela sistemática processual vigente, de modo que a discricionariedade que caminhava de mãos dadas com o juiz quando da valoração das provas dá lugar à necessidade de uma “valoração discursiva da prova, justificando seu conhecimento acerca da veracidade das alegações, e indicando os motivos pelos quais acolhe ou rejeita cada elemento do conjunto probatório.” (CÂMARA, 2017)

5. POSICIONAMENTOS JURÍDICOS QUANTO ÀS INVOCAÇÕES PROCESSUAIS

Diante das inovações processuais trazidas pelo novo Código de Processo Civil, principalmente no tocante à temática do presente estudo, inevitável o surgimento de diversas manifestações dos estudiosos do Direito. Assim, passemos a analisar os posicionamentos contrários e favoráveis à exigência da fundamentações das decisões jurídicas.

5.1. POSICIONAMENTOS CONTRÁRIOS À NOVA DISPOSIÇÃO

Os efeitos do artigo 489 do Novo Código de Processo Civil garantiram enorme repercussão e polêmica entres os operadores do direito. Nos grandes debates sobre o tema, uma corrente antagônica sobre o dispositivo se apresentou no sentido de que o referido artigo poderia burocratizar e afastar a celeridade do judiciário, princípio este norteador da nova jornada processualista, demandando, assim, maior tempo dos magistrados. Felizmente, ao aprofundarmos os estudos e pesquisas doutrinárias sobre a inovação processual da fundamentação das decisões, nos deparamos com poucos trabalhos acadêmicos defendendo essa corrente contrária ao dispositivo.

Contudo, alguns posicionamentos merecem destaques para a análise da temática. Nas palavras da recém-formada Kellen Cardoso de Azeredo (2016), "*para que tais preceitos possam ser seguidos deveria haver maior número de julgadores, considerando que para o cumprimento de tais especificações, principalmente a do inciso IV, haverá um dispêndio de tempo por parte dos magistrados superior do que há hoje em dia*".

Como bem destaca Francine Cechet (2017), a corrente contrária às novas disposições enviou, enquanto a lei ainda era um projeto, "*solicitações para o veto de tal artigo (...) justificando que positivada, a norma trará um impacto negativo na prática forense, atingindo diretamente a independência pessoal e funcional do juiz, bem como prejudicando a produção de decisões judiciais, aumentando ainda mais a demora na tramitação processual (...)*".

Ainda nesse sentido, Lenio Luiz Streck, em sua coluna para a Revista Consultor Jurídico (2015), analisou interessantes manifestações virtuais de dois juízes sobre a mudança processual, sendo um deles veementemente contra às novas disposições. Em seu comentário, afirma que não quer "*viver num país em que Juízes não sejam livres para aplicar a lei segundo sua consciência*". Streck rebateu, afirmando que "*a democracia é incompatível com consciências pessoais*".

Ainda, houveram manifestações contrárias ao art. 489, do novo CPC, por parte de entidades de classe, como a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho — Anamatra, a Associação dos Magistrados Brasileiros —AMB e a Associação dos Juízes Federais do Brasil — Ajufe, conforme bem pondera Ada Pellegrini Grinover, Paulo Henrique Lucon e José Tucci, em artigo publicado pela Revista Consultor Jurídico (2015). Segundo os autores, a Anamatra alega que "*a entrada em vigor dessa norma comprometeria a independência funcional dos juízes, prejudicaria a duração razoável do processo, restringiria o disposto no art. 93, inc.*

IX, da Constituição Federal, e tornaria vinculantes súmulas, teses e orientações jurisprudenciais, o que só a Constituição, segundo afirma, poderia realizar”.

De modo geral, percebemos que as divergências quanto a criteriologia de decidir estabelecida pelo novo Código de Processo Civil direcionam-se principalmente para a morosidade e burocratização processual, para o impedimento dos juízos de se valerem de fundamentos não alegados pelas partes e até para alguns despautérios como o da aplicação da lei “segundo sua consciência”.

5.2. POSICIONAMENTOS FAVORÁVEIS À NOVA DISPOSIÇÃO

Em contrapartida, inúmeras são as manifestações favoráveis aos critérios de decidir estabelecidos pelo artigo ora examinado. Contudo, por ser ainda recente a modificação na legislação processual civil, o que mais se encontra são artigos periódicos e manifestações virtuais sobre a temática. Nesse sentido, podemos destacar importantes posicionamentos de estudiosos do Direito versando acerca do referido assunto.

Na dicção de André Mottin (2016):

A exigência da motivação qualificada das decisões judiciais ganha ainda maior relevo no atual momento evolutivo do Direito, em que se promove o ativismo judicial, bem como uma louvável superação das amarras do pensamento lógico-dedutivo e da simples subsunção na dicção do Direito. Aí se incluem tendências do denominado pós-positivismo jurídico, que afirmam a força normativa dos princípios e a transformação da hermenêutica jurídica, com o acolhimento de teorias argumentativas do Direito, como a da ponderação de interesses, de Robert Alexy.

Dada a complexidade das relações jurídicas e demandas judiciais contemporâneas, cada vez mais se reconhece que a norma não se encerra no texto legal, e que é construída no caso concreto, a partir da interpretação, de forma argumentativa. Supera-se a visão estritamente positivista de uma norma pressuposta e de fatos a serem simplesmente a ela subsumidos. A norma passa a ser erigida in casu pelo juiz, a partir da interpretação jurídica, demonstrada por meio da argumentação.

Destarte, não mais se admitindo um significado uno do texto legal, mas vários sentidos que serão ponderados na concretização da norma, torna-se insuficiente ao juiz simplesmente apresentar a sua particular interpretação para o caso, argumentando como chegou a ela. É imprescindível, ainda, que demonstre porque os demais significados possíveis da norma não foram adotados, evitando-se subjetivismos. Torna-se forçoso, pois, que o juiz se manifeste acerca de todos os fundamentos apresentados pelas partes no processo (MOTTIN, 2016).

Ada Pellegrini Grinover, Paulo Henrique Lucon e José Tucci (2015), afirmam:

A adequada motivação das decisões jurídicas constitui uma garantia das partes, que desse modo terão conhecimento da ratio decidendi para verificar

se seu anseio foi respondido pelo Poder Judiciário, e, ainda, de um modo geral, da própria sociedade, que tem, assim, condições de aferir e controlar legitimamente o exercício de um dos poderes estatais (GRINOVER; LUCON, TUCCI, 2015).

Ainda nesse sentido, Nayara Martinazzo (2015) destaca:

Tem-se se claro que o novo Código de Processo Civil acertou ao guiar o julgador no momento da decisão. O novo artigo aperfeiçoou relevantemente o dever de fundamentação ao indicar as hipóteses em que a decisão será considerada não fundamentada. Não se interferiu no mérito da interpretação, mas apenas delineou como a fundamentação não deve ser elaborada.

Trata-se de um grande passo em direção ao processo justo e cumprimento do que determina o artigo 93, inciso IX da Constituição. Mais que isso, o legislador levou em consideração que por mais que exista a contínua cobrança de produtividade sobre o Judiciário, tal efetividade não pode se dar à custa da fundamentação judicial. Essa garantia constitucional não pode ser prejudicada em razão de produtividade e metas, pois o maior prejudicado será justamente quem mais precisa do órgão jurisdicional.

A nova norma processual é um 'sinal de salvação' de uma garantia constitucional que já andava há muito esquecida em meio à pressa. É um resgate de um direito fundamental das partes que trará inúmeros impactos positivos: maior possibilidade de defesa e contraditório, controle da legalidade, efetividade da prestação jurisdicional e soluções concretas, ou seja, a reafirmação da garantia do direito fundamental a um processo justo.

Inúmeras manifestações poderiam ser colacionadas no presente trabalhando, visando enaltecer o legislador brasileiro ao dispor a denominada "criteriologia de decidir" estabelecida pelo artigo 489, do novo Código de Processo Civil. Todavia, importante destacarmos o posicionamento que acreditamos ser o mais plausível para a tão discutida inovação.

5.3. ART. 489: BUROCRATIZAÇÃO E MOROSIDADE PROCESSUAL OU GARANTIA FUNDAMENTAL DO CONTRADITÓRIO?

Levando em conta todos posicionamentos acima mencionados, não podemos deixar de concordar com a corrente favorável à inovação do dispositivo que garante a exigência de uma decisão devidamente fundamentada. Isso porque nós parece, com a devida vênia, um tanto quanto insensato o pensamento de que as novas disposições culminarão em burocratização e morosidade ao judiciário brasileiro.

Tendo como base os três anos que já se passaram da vigência do novo Código Processual, podemos analisar a problemática de forma prática. Não se encontram registros ou estatísticas de que, após o advento da corrente legislação, o lapso de duração médio de um processo judicial tenha se alterado.

Assim, salvo a superveniência de dados estatísticos contrários, posteriores ao presente trabalho, podemos concluir que o tempo de duração das demandas judiciais entre o período de transição dos diplomas processuais não oscilou drasticamente. E, ainda que assim o fosse, não acreditamos ser razoável o comprometimento de uma decisão constitucionalmente democrática em prol de um rápido desfecho processual.

Nesta mesma linha, destacamos, novamente, as palavras de Ada Pellegrini Grinover, Paulo Henrique Lucon e José Tucci (2015):

É um equívoco de natureza lógica, entretanto, computar no prazo da duração razoável do processo uma atividade tão essencial à atividade judicial como a adequada justificação de uma decisão. Seria o mesmo que considerar prejudicial à celeridade do processo a produção de uma prova relevante e necessária à resolução do litígio. Isso sem considerar que motivação dessa natureza, avessa a abstrações, tem maior aptidão de cumprir seu escopo subjetivo, convencendo a parte que sucumbiu do acerto da decisão e desestimulando-a, portanto, a impugná-la (GRINOVER; LUCON, TUCCI, 2015).

Por fim, redundante seria colocarmos todos os argumentos favoráveis à ora estudada disposição processual, visto que estes foram trabalhados enfaticamente ao longo do presente trabalho, ao destacarmos a importância da fundamentação das decisões judiciais para a concretização de um processo constitucional democrático, a necessidade do respeito ao contraditório paritário, bem como a adoção da teoria neo-institucionalista do processo, proposta por Rosemiro Pereira Leal (2005).

Dessa forma, o art. 489, do novo Código de Processo Civil, ao positivar criteriosamente os mecanismos para materialização do princípio constitucional processual da fundamentação das decisões, estabelece, assim, a efetiva garantia do contraditório e da vedação das decisões surpresas.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A despeito de o atual Código de Processo Civil não ter abandonado a instrumentalidade do processo, louvamos as técnicas legislativas inseridas visando uma concreta fundamentação das decisões emanadas do Poder Judiciário brasileiro, bem como entendemos serem estas as formas adequadas de efetivação das garantias fundamentais interligadas ao devido processo legal. Contudo, resta-nos indagar se tais técnicas estão sendo devidamente aplicadas pelos magistrados e, em caso negativo, se as decisões estão sendo devidamente reformadas pelas instâncias superiores que verificam os respectivos descumprimentos.

Ademais, no tocante às críticas contrárias à “criteriologia de decidir”, cumpre-nos ressaltar que, mesmo que acarretasse algum aumento mínimo no tempo de duração das demandas, o que não acreditamos, tendo em vista o fato de que as decisões emadas à luz das novas disposições tendem a serem mais adequadas sob o ponto de vista democrático, este fator não seria, por si só, suficiente para suprir a necessidade de concretização dos princípios garantidores do devido processo legal.

Dessa forma, à guisa de conclusão, acreditamos que novo regramento acerca da fundamentação dos provimentos decisórios estabelecido pelo CPC de 2015 deve ser visto com bons olhos, tendo em vista que sua positivação reforça a ideia de que a fundamentação das decisões é primordial ao provimento jurisdicional, bem como que esta fundamentação seja considerada a maneira de se assegurar a qualquer um do povo um desfecho democrático e constitucional para as lides submetidas ao crivo do Estado, afastando, por consequencia, arbitrariedades e abusividades.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cynara. **A fundamentação das decisões na forma do art. 489, §1º do novo CPC e sua aplicabilidade prática.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI259987,21048-A+fundamentacao+das+decisoes+na+forma+do+art+489+1+do+novo+CPC+e+sua>. Acessado em: 08/03/2018 às 18:56.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

AZEREDO, Kellen Cardozo de. **A problemática da fundamentação nas decisões judiciais perante o novo Código de Processo Civil (Análise do artigo 489, §1º, IV, NCPC).** 2016. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2107/2211>. Acessado em: 27/02/2018, às 17:36.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p. (Série Legislação Brasileira).

BRASIL. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impressao.htm. Acessado em: dezembro/2018.

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. **Novo Código de Processo Civil.** 2. ed. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. São Paulo: Saraiva, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2017. p. 230.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

CECHET, Francine. **A fundamentação das decisões judiciais e as novas perspectivas do artigo 489, parágrafo 1º, da lei 13.105/2015**. 2017. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/francinecechet/artigos/a-fundamentacao-das-decisoes-judiciais-e-as-novas-perspectivas-do-artigo-489-1-da-lei-13-105-2015-3567>. Acessado em: 18/03/2017, às 16:01.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1965, A. v. I.

COLUCCI Maria da Glória Lins da Silva; ALMEIDA, José Maurício Pinto, **Lições de Teoria Geral do Processo**, 4º edição – 3º tiragem, Juruá Editora, Curitiba/PR, 1999.

DIAS. Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Del rey, 2010, 2ª edição. 2012.

DIAS. Ronaldo Brêtas de Carvalho.; SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Suzana Oliveira Marques; DIAS, Renato José Barbosa. BRÊTAS, Yvonne Mól. **Estudo sistemático do Novo CPC: com as alterações introduzidas pela Lei. N.º 13.256/2016**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal**. 13. ed. reform. Salvador: Juspodivm, 2016. v. III.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. V. III. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Em defesa das inovações introduzidas pelo Novo CPC**. Revista **Consultor Jurídico**, 14 de março de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-14/defesa-inovacoes-introduzidas-cpc>. Acessado em: 06/03/2018 às 00:51.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte. Mandamentos, 2002, p.105.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do Processo em Crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira, TGP, **Teoria Geral do Processo**, 6º edição, Thomson Job, São Paulo, 2005, p.105.

MARTINAZZO, Nayara. **O Novo Código de Processo Civil: o resgate da garantia constitucional de fundamentação decisória**. DireitoNet, 06 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9500/O-Novo-Codigo-de-Processo-Civil-o-resgate-da-garantia-constitucional-de-fundamentacao-decisoria>. Acessado em: 05/04/2018 às 19:46.

MOTTIN, André Luís dos Santos. **O Dever judicial de enfrentamento integral de teses: uma análise inicial do artigo 489, § 1º, inciso IV, do Novo Código de Processo Civil**. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 16, nº 1306, 27 de abril de 2016. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/329-artigos-abr-2016/7536-o-dever-judicial-de-enfrentamento-integral-de-teses-uma-analise-inicial-do-artigo-489-1-inciso-iv-do-novo-codigo-de-processo-civil>. Acessado em: 05/04/2018 às 19:01.

PINTO, Davi Souza de Paula. **Teoria Geral do Processo: As diferentes visões teóricas que surgiram no decorrer da história do Direito sobre o processo**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 56, ago 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5102>

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Motivação e fundamentação das decisões judiciais e o princípio da segurança jurídica**. Revista Brasileira de Direito Constitucional - Nº 7 - Jan./Jun 2006 - Vol.2.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do NCPC**. Revista **Consultor Jurídico**, 19 de março de 2015, 8h00. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>. Acessado em: novembro/2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 47. ed. Belo Horizonte: Forense, 2015. v. I.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 47. ed. Belo Horizonte: Forense, 2015. v. II.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 47. ed. Belo Horizonte: Forense, 2015. v. III



Contidos nesta obra estão seletos estudos jurídicos produzidos por discentes da Faculdade Mineira de Direito - PUC Minas - em participação a ciclo de pesquisa promovido pelo Núcleo Acadêmico de Pesquisa no ano de 2017/2018. Aventuraram-se os autores ao investigar, empregando método multidisciplinar, as problemáticas diversas que os operadores do direito são compelidos a enfrentar.

AUTORES

<i>Ana Carolina Baracho</i>	<i>Laura Elísia Carvalho Cardoso</i>
<i>Ana Eliza Alves Silva</i>	<i>Letícia Mariano Borges de Figueiredo</i>
<i>Ana Luiza Tiburcio Guimarães</i>	<i>Lucas Roquette Freitas Henriques</i>
<i>Ana Vitória Bragança Lana Ataíde</i>	<i>Lucca Sá Motta Dias de Assis</i>
<i>Bárbara dos Santos Choucair</i>	<i>Marcel Chaves Ferreira</i>
<i>Bárbara Thaís Pinheiro Silva</i>	<i>Mariana Gualberto da Silveira</i>
<i>Brunna Leão Jácome Ferreira</i>	<i>Mariana Wamser Ferreira</i>
<i>Daniela Dantas Carvalho</i>	<i>Marianna Campos Dias Assis</i>
<i>Debora Duarte Rodrigues Braga</i>	<i>Melissa de Carvalho Moreira</i>
<i>Dimas Ferreira Lopes</i>	<i>Murilo Lemos Wehdorn</i>
<i>Ênio Vinícius Martins Ferreira</i>	<i>Paulo Henrique Mazzoni Mota</i>
<i>Felipe Diógenes A. de Paula Cândido</i>	<i>Priscila Pereira Cavalcanti dos Santos</i>
<i>Gabriel Nepomuceno Barbosa</i>	<i>Rayssa Laleska de Oliveira Costa</i>
<i>Gabriela Helena Tassara Calenzani</i>	<i>Renatha Amaral Silva</i>
<i>Gustavo Mendes de Oliveira Costa</i>	<i>Thais Guedes Yasuda</i>
<i>Jéssica Batista Barbosa</i>	<i>Vitor Maia Veríssimo</i>
<i>João Vitor Silva de Aquino</i>	<i>Yuri César de Almeida Silva</i>
<i>Júlia Dilly Campos</i>	

Bárbara Thaís Pinheiro Silva
Neuler Mendes Gomes Júnior
Pedro Henrique Cardoso Gonçalves

Organizadores