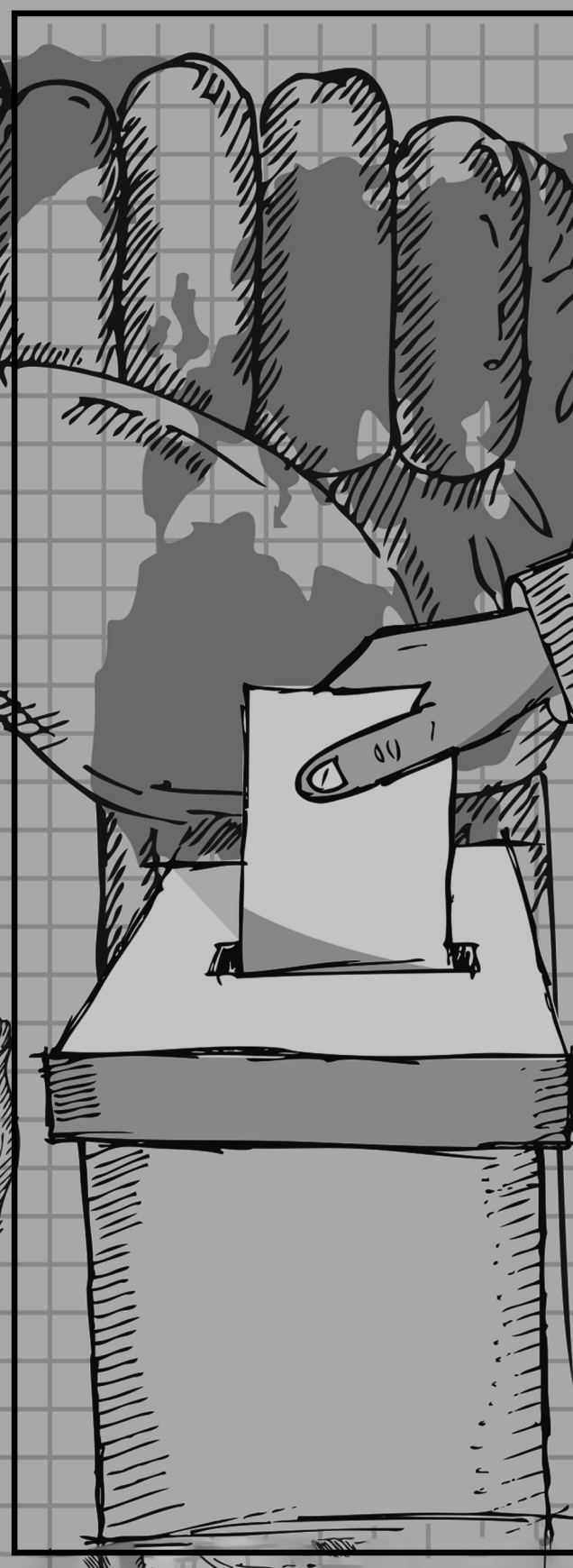


INSTITUIÇÕES DA DEMOCRACIA, DA CIDADANIA E DO ESTADO DE DIREITO

ADAYLSON WAGNER SOUSA DE VASCONCELOS
(ORGANIZADOR)

 **Atena**
Editora
Ano 2020



INSTITUIÇÕES DA DEMOCRACIA, DA CIDADANIA E DO ESTADO DE DIREITO

ADAYLSON WAGNER SOUSA DE VASCONCELOS
(ORGANIZADOR)

 **Atena**
Editora
Ano 2020

Editora Chefe

Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

Assistentes Editoriais

Natalia Oliveira

Bruno Oliveira

Flávia Roberta Barão

Bibliotecária

Janaina Ramos

Projeto Gráfico e Diagramação

Natália Sandrini de Azevedo

Camila Alves de Cremo

Luiza Alves Batista

Maria Alice Pinheiro

Imagens da Capa

Shutterstock

Edição de Arte

Luiza Alves Batista

Revisão

Os Autores

2020 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do Texto © 2020 Os autores

Copyright da Edição © 2020 Atena Editora

Direitos para esta edição cedidos à Atena

Editora pelos autores.



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição *Creative Commons*. Atribuição-Não-Comercial-NãoDerivativos 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores, inclusive não representam necessariamente a posição oficial da Atena Editora. Permitido o *download* da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

A Atena Editora não se responsabiliza por eventuais mudanças ocorridas nos endereços convencionais ou eletrônicos citados nesta obra.

Todos os manuscritos foram previamente submetidos à avaliação cega pelos pares, membros do Conselho Editorial desta Editora, tendo sido aprovados para a publicação.

Conselho Editorial

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná

Prof. Dr. Américo Junior Nunes da Silva – Universidade do Estado da Bahia

Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais

Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília

Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense
Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa
Prof. Dr. Daniel Richard Sant’Ana – Universidade de Brasília
Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia
Profª Drª Dilma Antunes Silva – Universidade Federal de São Paulo
Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá
Prof. Dr. Elson Ferreira Costa – Universidade do Estado do Pará
Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima
Prof. Dr. Gustavo Henrique Cepolini Ferreira – Universidade Estadual de Montes Claros
Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionele delle Figlie de Maria Ausiliatrice
Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira – Universidade Católica do Salvador
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
Prof. Dr. Luis Ricardo Fernandes da Costa – Universidade Estadual de Montes Claros
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas
Profª Drª Maria Luzia da Silva Santana – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Ciências Agrárias e Multidisciplinar

Prof. Dr. Alexandre Igor Azevedo Pereira – Instituto Federal Goiano
Profª Drª Carla Cristina Bauermann Brasil – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. Antonio Pasqualetto – Pontifícia Universidade Católica de Goiás
Prof. Dr. Cleberton Correia Santos – Universidade Federal da Grande Dourados
Profª Drª Daiane Garabeli Trojan – Universidade Norte do Paraná
Profª Drª Diocléa Almeida Seabra Silva – Universidade Federal Rural da Amazônia
Prof. Dr. Écio Souza Diniz – Universidade Federal de Viçosa
Prof. Dr. Fábio Steiner – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Fágner Cavalcante Patrocínio dos Santos – Universidade Federal do Ceará
Profª Drª Girlene Santos de Souza – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Prof. Dr. Jael Soares Batista – Universidade Federal Rural do Semi-Árido
Prof. Dr. Júlio César Ribeiro – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Profª Drª Lina Raquel Santos Araújo – Universidade Estadual do Ceará
Prof. Dr. Pedro Manuel Villa – Universidade Federal de Viçosa
Profª Drª Raissa Rachel Salustriano da Silva Matos – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Ronilson Freitas de Souza – Universidade do Estado do Pará
Profª Drª Talita de Santos Matos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Tiago da Silva Teófilo – Universidade Federal Rural do Semi-Árido
Prof. Dr. Valdemar Antonio Paffaro Junior – Universidade Federal de Alfenas

Ciências Biológicas e da Saúde

Prof. Dr. André Ribeiro da Silva – Universidade de Brasília
Profª Drª Anelise Levay Murari – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Benedito Rodrigues da Silva Neto – Universidade Federal de Goiás
Profª Drª Débora Luana Ribeiro Pessoa – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Douglas Siqueira de Almeida Chaves -Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Edson da Silva – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri
Profª Drª Eleuza Rodrigues Machado – Faculdade Anhanguera de Brasília
Profª Drª Elane Schwinden Prudêncio – Universidade Federal de Santa Catarina
Profª Drª Eysler Gonçalves Maia Brasil – Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira
Prof. Dr. Ferlando Lima Santos – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Profª Drª Gabriela Vieira do Amaral – Universidade de Vassouras
Prof. Dr. Gianfábio Pimentel Franco – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. Helio Franklin Rodrigues de Almeida – Universidade Federal de Rondônia
Profª Drª Iara Lúcia Tescarollo – Universidade São Francisco
Prof. Dr. Igor Luiz Vieira de Lima Santos – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Jefferson Thiago Souza – Universidade Estadual do Ceará
Prof. Dr. Jesus Rodrigues Lemos – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Jônatas de França Barros – Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. José Max Barbosa de Oliveira Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Prof. Dr. Luís Paulo Souza e Souza – Universidade Federal do Amazonas
Profª Drª Magnólia de Araújo Campos – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Marcus Fernando da Silva Praxedes – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Profª Drª Maria Tatiane Gonçalves Sá – Universidade do Estado do Pará
Profª Drª Mylena Andréa Oliveira Torres – Universidade Ceuma
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federaci do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Paulo Inada – Universidade Estadual de Maringá
Prof. Dr. Rafael Henrique Silva – Hospital Universitário da Universidade Federal da Grande Dourados
Profª Drª Regiane Luz Carvalho – Centro Universitário das Faculdades Associadas de Ensino
Profª Drª Renata Mendes de Freitas – Universidade Federal de Juiz de Fora
Profª Drª Vanessa Lima Gonçalves – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande

Ciências Exatas e da Terra e Engenharias

Prof. Dr. Adélio Alcino Sampaio Castro Machado – Universidade do Porto
Prof. Dr. Carlos Eduardo Sanches de Andrade – Universidade Federal de Goiás
Profª Drª Carmen Lúcia Voigt – Universidade Norte do Paraná
Prof. Dr. Douglas Gonçalves da Silva – Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia
Prof. Dr. Eloi Rufato Junior – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Profª Drª Érica de Melo Azevedo – Instituto Federal do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Fabrício Menezes Ramos – Instituto Federal do Pará
Profª Dra. Jéssica Verger Nardeli – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho
Prof. Dr. Juliano Carlo Rufino de Freitas – Universidade Federal de Campina Grande
Profª Drª Luciana do Nascimento Mendes – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Marcelo Marques – Universidade Estadual de Maringá
Profª Drª Neiva Maria de Almeida – Universidade Federal da Paraíba
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Profª Drª Priscila Tessmer Scaglioni – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Takeshy Tachizawa – Faculdade de Campo Limpo Paulista

Linguística, Letras e Artes

Profª Drª Adriana Demite Stephani – Universidade Federal do Tocantins
Profª Drª Angeli Rose do Nascimento – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro
Profª Drª Carolina Fernandes da Silva Mandaji – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Profª Drª Denise Rocha – Universidade Federal do Ceará
Prof. Dr. Fabiano Tadeu Grazioli – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões
Prof. Dr. Gilmei Fleck – Universidade Estadual do Oeste do Paraná
Profª Drª Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná
Profª Drª Miranilde Oliveira Neves – Instituto de Educação, Ciência e Tecnologia do Pará
Profª Drª Sandra Regina Gardacho Pietrobon – Universidade Estadual do Centro-Oeste
Profª Drª Sheila Marta Carregosa Rocha – Universidade do Estado da Bahia

Conselho Técnico Científico

Prof. Me. Abrãao Carvalho Nogueira – Universidade Federal do Espírito Santo
Prof. Me. Adalberto Zorzo – Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza
Prof. Me. Adalto Moreira Braz – Universidade Federal de Goiás
Prof. Dr. Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos – Ordem dos Advogados do Brasil/Seccional Paraíba
Prof. Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva – Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí
Prof. Me. Alexsandro Teixeira Ribeiro – Centro Universitário Internacional
Prof. Me. André Flávio Gonçalves Silva – Universidade Federal do Maranhão
Profª Ma. Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa
Profª Drª Andreza Lopes – Instituto de Pesquisa e Desenvolvimento Acadêmico
Profª Drª Andrezza Miguel da Silva – Faculdade da Amazônia
Profª Ma. Anelisa Mota Gregoleti – Universidade Estadual de Maringá
Profª Ma. Anne Karynne da Silva Barbosa – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Antonio Hot Pereira de Faria – Polícia Militar de Minas Gerais
Prof. Me. Armando Dias Duarte – Universidade Federal de Pernambuco
Profª Ma. Bianca Camargo Martins – UniCesumar
Profª Ma. Carolina Shimomura Nanya – Universidade Federal de São Carlos
Prof. Me. Carlos Antônio dos Santos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Ma. Cláudia de Araújo Marques – Faculdade de Música do Espírito Santo
Profª Drª Cláudia Taís Siqueira Cagliari – Centro Universitário Dinâmica das Cataratas
Prof. Me. Clécio Danilo Dias da Silva – Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Me. Daniel da Silva Miranda – Universidade Federal do Pará
Profª Ma. Daniela da Silva Rodrigues – Universidade de Brasília
Profª Ma. Daniela Remião de Macedo – Universidade de Lisboa
Profª Ma. Dayane de Melo Barros – Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Me. Douglas Santos Mezacas – Universidade Estadual de Goiás
Prof. Me. Edevaldo de Castro Monteiro – Embrapa Agrobiologia
Prof. Me. Eduardo Gomes de Oliveira – Faculdades Unificadas Doctum de Cataguases
Prof. Me. Eduardo Henrique Ferreira – Faculdade Pitágoras de Londrina
Prof. Dr. Edwaldo Costa – Marinha do Brasil
Prof. Me. Eliel Constantino da Silva – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita
Prof. Me. Ernane Rosa Martins – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás
Prof. Me. Euvaldo de Sousa Costa Junior – Prefeitura Municipal de São João do Piauí
Profª Ma. Fabiana Coelho Couto Rocha Corrêa – Centro Universitário Estácio Juiz de Fora
Prof. Dr. Fabiano Lemos Pereira – Prefeitura Municipal de Macaé
Prof. Me. Felipe da Costa Negrão – Universidade Federal do Amazonas
Profª Drª Germana Ponce de Leon Ramírez – Centro Universitário Adventista de São Paulo
Prof. Me. Gevair Campos – Instituto Mineiro de Agropecuária
Prof. Me. Givanildo de Oliveira Santos – Secretaria da Educação de Goiás
Prof. Dr. Guilherme Renato Gomes – Universidade Norte do Paraná
Prof. Me. Gustavo Krahl – Universidade do Oeste de Santa Catarina
Prof. Me. Helton Rangel Coutinho Junior – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Profª Ma. Isabelle Cerqueira Sousa – Universidade de Fortaleza
Profª Ma. Jaqueline Oliveira Rezende – Universidade Federal de Uberlândia
Prof. Me. Javier Antonio Albornoz – University of Miami and Miami Dade College
Prof. Me. Jhonatan da Silva Lima – Universidade Federal do Pará
Prof. Dr. José Carlos da Silva Mendes – Instituto de Psicologia Cognitiva, Desenvolvimento Humano e Social
Prof. Me. Jose Elyton Batista dos Santos – Universidade Federal de Sergipe
Prof. Me. José Luiz Leonardo de Araujo Pimenta – Instituto Nacional de Investigación Agropecuaria Uruguay
Prof. Me. José Messias Ribeiro Júnior – Instituto Federal de Educação Tecnológica de Pernambuco
Profª Drª Juliana Santana de Curcio – Universidade Federal de Goiás
Profª Ma. Juliana Thaisa Rodrigues Pacheco – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Kamilly Souza do Vale – Núcleo de Pesquisas Fenomenológicas/UFPA
Prof. Dr. Kárpio Márcio de Siqueira – Universidade do Estado da Bahia
Profª Drª Karina de Araújo Dias – Prefeitura Municipal de Florianópolis
Prof. Dr. Lázaro Castro Silva Nascimento – Laboratório de Fenomenologia & Subjetividade/UFPR
Prof. Me. Leonardo Tullio – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Ma. Lilian Coelho de Freitas – Instituto Federal do Pará
Profª Ma. Liliani Aparecida Sereno Fontes de Medeiros – Consórcio CEDERJ
Profª Drª Lívia do Carmo Silva – Universidade Federal de Goiás
Prof. Dr. Lucio Marques Vieira Souza – Secretaria de Estado da Educação, do Esporte e da Cultura de Sergipe
Prof. Me. Luis Henrique Almeida Castro – Universidade Federal da Grande Dourados
Prof. Dr. Luan Vinicius Bernardelli – Universidade Estadual do Paraná
Prof. Dr. Michel da Costa – Universidade Metropolitana de Santos
Prof. Dr. Marcelo Máximo Purificação – Fundação Integrada Municipal de Ensino Superior

Prof. Me. Marcos Aurelio Alves e Silva – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de São Paulo

Profª Ma. Maria Elanny Damasceno Silva – Universidade Federal do Ceará

Profª Ma. Marileila Marques Toledo – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri

Prof. Me. Ricardo Sérgio da Silva – Universidade Federal de Pernambuco

Profª Ma. Renata Luciane Polsaque Young Blood – UniSecal

Prof. Me. Robson Lucas Soares da Silva – Universidade Federal da Paraíba

Prof. Me. Sebastião André Barbosa Junior – Universidade Federal Rural de Pernambuco

Profª Ma. Silene Ribeiro Miranda Barbosa – Consultoria Brasileira de Ensino, Pesquisa e Extensão

Profª Ma. Solange Aparecida de Souza Monteiro – Instituto Federal de São Paulo

Prof. Me. Tallys Newton Fernandes de Matos – Faculdade Regional Jaguaribana

Profª Ma. Thatianny Jasmine Castro Martins de Carvalho – Universidade Federal do Piauí

Prof. Me. Tiago Silvio Dedoné – Colégio ECEL Positivo

Prof. Dr. Welleson Feitosa Gazel – Universidade Paulista

Instituições da democracia, da cidadania e do estado de direito

Editora Chefe: Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira
Bibliotecária: Janaina Ramos
Diagramação: Luiza Alves Batista
Correção: Flávia Roberta Barão
Edição de Arte: Luiza Alves Batista
Revisão: Os Autores
Organizador: Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

I59 Instituições da democracia, da cidadania e do estado de direito / Organizador Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos. – Ponta Grossa - PR: Atena, 2020.

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

Inclui bibliografia

ISBN 978-65-5706-548-8

DOI 10.22533/at.ed.488200311

1. Democracia. 2. Cidadania. 3. Estado de Direito. I. Vasconcelos, Adaylson Wagner Sousa de (Organizador). II. Título.

CDD 342

Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

Atena Editora

Ponta Grossa – Paraná – Brasil

Telefone: +55 (42) 3323-5493

www.atenaeditora.com.br

contato@atenaeditora.com.br

APRESENTAÇÃO

Em **INSTITUIÇÕES DA DEMOCRACIA, DA CIDADANIA E DO ESTADO DE DIREITO – VOL. I**, coletânea de dezoito capítulos que une pesquisadores de diversas instituições, se faz presente discussões de temáticas que circundam a grande área do Direito a partir de uma ótica de cidadania que impacta na construção de um estado democrático de direito genuinamente inclusivo, diverso e de/para todos.

Temos, nesse primeiro volume, cinco grandes grupos de reflexões que explicitam essas interações. Neles estão debates que circundam constitucionalismo e neoconstitucionalismo; direito tributário e suas ressonâncias; direito à informação, proteção de dados, transparência e democracia; gênero, ações afirmativas e realidade indígena; além de refúgio e migração.

Constitucionalismo e neoconstitucionalismo traz análises relevantes como decisões sobre direito animal no panorama nacional e latino-americano, judicialização da geopolítica, a temática dos precedentes e do foro especial por prerrogativa de função.

Em direito tributário e suas ressonâncias são verificadas contribuições que versam sobre dedução das despesas educacionais, extrafiscalidade como mecanismo de redução de desigualdades e imunidade tributária.

No direito à informação, proteção de dados, transparência e democracia são encontradas questões sobre a informação como requisito de aperfeiçoamento do estado, proteção de dados, crítica ao utilitarismo em relação ao direito à informação e a transparência como elemento basilar para a democracia.

Gênero, ações afirmativas e realidade indígena contempla estudos sobre o questionar do paradigma binário, combate à discriminação no ambiente de trabalho, ações afirmativas a partir da realidade do Rio de Janeiro, políticas públicas de acesso para estudantes indígenas no ensino superior e multiculturalismo.

Refúgio e migração apresenta reflexões sobre proteção dos refugiados que pleiteiam refúgio e asilo político e a migração italiana ao Brasil.

Assim sendo, convidamos todos os leitores para exercitar diálogos com os estudos aqui contemplados.

Tenham proveitosas leituras!

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1..... 1

A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE EVOLUTION OF BRAZILIAN SUPREME COURT (STF) DECISIONS ON ANIMAL LAW AND THE CONSTITUTIONAL COURTS OF THE NEW LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM COUNTRIES

Jadson Correia de Oliveira

Vanessa Estevam Alves

Raíssa Fernanda Cardoso Toledo

DOI 10.22533/at.ed.4882003111

CAPÍTULO 2..... 18

A JUDICIALIZAÇÃO DA GEOPOLÍTICA COMO ÚLTIMA FRONTEIRA EPISTEMOLÓGICA DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Guilherme Sandoval Góes

DOI 10.22533/at.ed.4882003112

CAPÍTULO 3..... 30

CONSIDERAÇÕES SOBRE A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS PRECEDENTES

Vinícius Correia Trojan

Fábio Roberto Kampmann

DOI 10.22533/at.ed.4882003113

CAPÍTULO 4..... 40

O FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Bruno Thiago Krieger

Raul Ribas

Doacir Gonçalves de Quadros

DOI 10.22533/at.ed.4882003114

CAPÍTULO 5..... 55

TRIBUTAÇÃO E DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO: A INCONSTITUCIONALIDADE DO LIMITE LEGAL DE DEDUÇÃO DAS DESPESAS EDUCACIONAIS DA BASE DE CÁLCULO DO IRPF

Darlan Alves Moulin

Célio de Mendonça Clemente

Maria Débora Mendonça Cosmo

Ricarda Mendonça Cosmo

Rosane Augusto Iellomo

DOI 10.22533/at.ed.4882003115

CAPÍTULO 6..... 69

A EXTRAFISCALIDADE TRIBUTÁRIA COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DA POBREZA E DAS DESIGUALDADES SOCIAIS EM TEMPOS DE CRISE SOCIOECONÔMICA DO ESTADO

Darlan Alves Moulin

Raphael Malaquias de Sá de Souza

Malena Aquino da Silva
Ruth Ramos Dantas de Souza
Daniella Souza Santos de Carvalho

DOI 10.22533/at.ed.4882003116

CAPÍTULO 7..... 82

COMO SE ENTENDE A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA SOBRE OS LIVROS ELETRÔNICOS

Mateus Guimarães Torres
Maria Christina Barreiros D´Oliveira
Jonas Rodrigo Gonçalves

DOI 10.22533/at.ed.4882003117

CAPÍTULO 8..... 96

DIREITO FUNDAMENTAL À INFORMAÇÃO COMO INSTITUTO DE QUALIFICAÇÃO DA CIDADANIA E APERFEIÇOAMENTO DO ESTADO

William Albuquerque Filho

DOI 10.22533/at.ed.4882003118

CAPÍTULO 9..... 111

PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS E A TRATAMENTO DELES MOTIVADA PELO INTERESSE PÚBLICO

Luciana Waly de Paulo

DOI 10.22533/at.ed.4882003119

CAPÍTULO 10..... 125

UMA CRÍTICA AO UTILITARISMO PRESENTE EM DECISÕES JUDICIAIS EM QUE O DIREITO À INFORMAÇÃO LEVA À OBJETIFICAÇÃO HUMANA

Simone Alvarez Lima

DOI 10.22533/at.ed.48820031110

CAPÍTULO 11..... 136

A TRANSPARÊNCIA DOS ATOS PÚBLICOS COMO VALOR FUNDAMENTAL DA DEMOCRACIA NO SÉCULO XXI

Thiago Flores dos Santos

DOI 10.22533/at.ed.48820031111

CAPÍTULO 12..... 148

A NECESSIDADE DE REPENSAR O PARADIGMA BINÁRIO DE GÊNERO

Monalisa Moraes Oliveira Reis

DOI 10.22533/at.ed.48820031112

CAPÍTULO 13..... 163

O PAPEL DAS POLÍTICAS AFIRMATIVAS NO COMBATE À DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO E ETNIA NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

Darlan Alves Moulin
Alexsandro Oliveira de Souza
Daiane Oliveira dos Santos
Taiane da Silva

Daniele Alessandra dos Reis

DOI 10.22533/at.ed.48820031113

CAPÍTULO 14..... 175

AÇÕES AFIRMATIVAS NA EDUCAÇÃO E NO SERVIÇO PÚBLICO: A EXPERIÊNCIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Delcy Alex Linhares

DOI 10.22533/at.ed.48820031114

CAPÍTULO 15..... 192

ESTUDANTES INDÍGENAS NA UNIVERSIDADE: BREVE RELATO DA POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSO E PERMANÊNCIA NO ESTADO DO PARANÁ

Deborah Cristina Oliveira da Costa

Isabel Cristina Rodrigues

DOI 10.22533/at.ed.48820031115

CAPÍTULO 16..... 207

DIREITO E MULTICULTURALISMO: O RESPEITO À DIVERSIDADE CULTURAL DOS INDÍGENAS NO BRASIL

Wagner Lemes Teixeira

DOI 10.22533/at.ed.48820031116

CAPÍTULO 17..... 212

A EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO AOS REFUGIADOS SOB A ÉGIDE DO PROCEDIMENTO DE CONCESSÃO DE REFÚGIO E ASILO POLÍTICO

Tomaz Felipe Serrano

DOI 10.22533/at.ed.48820031117

CAPÍTULO 18..... 234

SONHO, CONQUISTA E GLÓRIA: LIÇÕES DA MIGRAÇÃO ITALIANA AO BRASIL NO PERÍODO DO *RISORGIMENTO*

Yuri Matheus Araujo Matos

Luciana de Aboim Machado

DOI 10.22533/at.ed.48820031118

SOBRE O ORGANIZADOR..... 249

ÍNDICE REMISSIVO..... 250

CAPÍTULO 1

A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE EVOLUTION OF BRAZILIAN SUPREME COURT (STF) DECISIONS ON ANIMAL LAW AND THE CONSTITUTIONAL COURTS OF THE NEW LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM COUNTRIES

Data de aceite: 01/11/2020

Data de submissão: 04/08/2020

Jadson Correia de Oliveira

University of Coimbra. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE. Centro Universitário do Rio São Francisco – UNIRIOS. Universidade Católica do Salvador – UCSal.
<http://lattes.cnpq.br/2155898544894802>

Vanessa Estevam Alves

Faculdade Sete de Setembro – FASETE.
Lawyer.
<http://lattes.cnpq.br/7135949964635542>

Raíssa Fernanda Cardoso Toledo

Faculdade Sete de Setembro – FASETE.
Centro Universitário do Rio São Francisco – UNIRIOS.
<http://lattes.cnpq.br/4670197430960040>

ABSTRACT: This paper carries out a study on the evolution of the Brazilian Supreme Court's (STF) decisions on animal law concerning cockfights, *vaquejada*, and animal sacrifice in religious rituals, as well as analyzes it comparatively to the treatment of animals in the countries of the new Latin American constitutionalism. It is motivated by the need to demonstrate the growing change in the way animals are seen as sentient beings, and no longer as a thing. This study aims to answer the following question:

What is the position of the Constitutional Courts of the countries that adhere to the New Latin American Constitutionalism in decisions that involve conflicts between fundamental rights and animal law? The dialectical approach was employed to carry out the paper, based on doctrinal research, studies related to the theme, and decisions of the Constitutional Courts. By analyzing the explicit prohibition of cruelty against animals in the Federal Constitution and the clear legislative intent to protect these living beings, it can be concluded that the STF places animal welfare above other constitutional rights, and declares unconstitutional violations of article 225 of the Constitution, with similar decisions by the Constitutional Court of Colombia.

KEYWORDS: Animal sacrifice, Religious rituals and Animal Law, STF's Decisions about Animal Law.

UMA ANÁLISE COMPARADA DA EVOLUÇÃO DAS DECISÕES DO STF ACERCA DO DIREITO ANIMAL COM AS CORTES CONSTITUCIONAIS DOS PAÍSES DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

RESUMO: O presente artigo realiza um estudo sobre a evolução das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre direitos dos animais em relação as brigas de galo, vaquejada e sacrifício de animais em rituais religiosos, bem como, analisa-o, comparativamente, com o tratamento dispensado aos animais nos países do novo constitucionalismo latino-americano. Justifica-se pela necessidade de demonstrar a crescente

mudança no modo de ver os animais como seres sencientes, e não mais como coisa. Busca-se responder a seguinte indagação: Qual o posicionamento das Cortes Constitucionais dos países adeptos do Novo Constitucionalismo Latino-Americano em decisões que envolvem conflitos entre direitos fundamentais e o direito animal? Para realização do artigo foi utilizado o método dialético, tomando por base pesquisas doutrinárias, artigos relacionados ao tema e decisões das Cortes Constitucionais. Concluindo-se que, ante a explícita vedação a crueldade contra animais na Constituição brasileira e da clara intenção do legislador em proteger esses seres, o STF coloca o bem-estar animal acima de outros direitos constitucionais, declarando inconstitucionais violações ao artigo 225 da CRFB/88, existindo decisões semelhantes da Corte Constitucional da Colômbia.

PALAVRAS-CHAVE: Sacrifício de animais; Rituais religiosos e Direito Animal; Decisões do STF sobre Direito Animal.

1 | INTRODUCTION

Animal species were once seen as things and consequently were not rights holders, but today there is a growing endeavor for their de-objectification and the recognition of their sentience. Although many countries have not adopted this classification yet, some Constitutions already bring provisions to protect these defenseless beings. Therefore, given this new scenario, it is necessary to bring to light research on animal law in Latin America from the perspective of constitutional jurisdiction.

In Brazil, the decisions of the Brazilian Supreme Court (STF) on cockfights, *vaquejada* (a type of rodeo where two cowboys on horseback pursue and attempt to take down a bull by pulling on the animal's back body and tail in a marked area), and, recently, on the rituals of animal sacrifice in African-derived religions deserve attention. Such cases are highlighted because of the collision between animal law and cultural and religious manifestations, establishing the need for a judicial decision in a paradoxical scenario.

The STF's positions on animal law do not seem contradictory, even when in conflict with other rights and guarantees, considering they have placed animal welfare above customs and traditions so far, by prohibiting maltreatment and cruelty, especially those that occur in the form of spectacle or entertainment. It agrees with the decisions rendered in trials concerning cockfights and *vaquejada*, where it was emphasized several times by the ministers in their votes that the sacrifice of animals in religious rituals were performed without cruelty.

Thus, in the face of this STF position, the following question arises: What is the positioning of the Constitutional Courts of the new Latin American Constitutionalism countries in decisions that involve conflicts between fundamental rights and animal law?

In this regard, the choice of the countries that support such a movement did not occur randomly, but due to the fact that the main characteristics of this new Constitutionalism are: the Ecocentrism, the defense of cultural traditions, and the constitutionalization of

the indigenous cosmovision. Consequently, the agenda regarding the protection of the *Pachamama* and the good living is particularly relevant, and the Constitutional Courts of those countries must use such interpretative vectors at the time of the decision.

Furthermore, it is significant to highlight that, although there is strong doctrinal disagreement, this article adopted the indication presented by Ruben Martinez Dalmau, when stating that the countries of the new Latin American Constitutionalism are: Colombia, Venezuela, Bolivia, and Ecuador. (DALMAU, 2019).

The dialectical approach was employed to carry out the paper, based on doctrinal research, studies related to the theme, and Boolean Search on the decisions of the Constitutional Courts, reaching the conclusion that the Constitutional Court of Colombia faced very similar issues and sought the protection of animals, even with some difficulties. In contrast, no equivalent decisions were found in the Constitutional Courts of Venezuela, Ecuador, and Bolivia, even the last two countries being recognized for their Ecocentrism practices.

2 | HISTORICAL NOTES ON THE RELATIONSHIP BETWEEN HUMANS AND ANIMALS

First and foremost, it is necessary to clarify that the discussion on the relationship between human beings and animals is quite old. Philosophers like Pythagoras and Aristotle had already discussed and defended theses on this complicated relationship, as well as St. Augustine, St. Thomas Aquinas, St. Francis of Assisi, Descartes, Voltaire, and Montaigne (BARATELA, 2015) also left their opinions on the subject.

Baratela (2015, pp.18-19) recalls that in ancient Greece, the school of Pythagoras encouraged its disciples to treat animals with respect because the soul that inhabits the human body today could return inhabiting an animal or a plant. Thus, hurting an animal would be the same thing as hurting a human. Alcmeon, in his turn, presented himself as an opponent of this way of thinking, since he believed in man's superiority because of his ability to think, as the other creatures were only able to perceive. Aristotle, for his part, preached the existence of animals to serve man, as properties.

However, the thought of philosopher René Descartes (2006, p.57) is darker, as he claimed that animals would only be automatons. This thought served as a basis for experiments on animals, dissected while still alive; the cruelty against animals led to criticism, most notably the philosopher Montaigne (1972, p. 208) stood out when he said that "we owe justice to men and mercy and kindness to other creatures that may be capable of receiving it. There is some relationship between them and us, and some mutual obligation."

Animals were then objectified long ago, considered to be deprived of consciousness, irrational and soulless beings, which are some of the reasons used to justify their supposed inferiority to human beings and the cruelty directed at them.

But a growing wave emerges fighting for animals, alongside trends developed with the intention of de-objectification, the recognition of these beings as subjects of law and their sentience.

In this context, to consider that animals are sentient beings means to say that they possess the capacity to feel sensations such as pain, cold and warmth, and feelings (joy, fear, and anguish) in a conscious way. However, in many countries, they have still been considered things.

This view has been gradually modified so that the civil codification of some countries has changed in order to recognize the sentience of animals or merely to state that they are not things, as occurred in Portugal, France, and New Zealand. Moreover, although the Brazilian Civil Code still treats animals as things, they are already working on bills to amend them in this regard.

The concern about the rights of these sentient beings is becoming more and more evident, not only in the codes but also in the Constitutions themselves, highlighting here the recent inclusion in the Charters of Ecuador (2008) and Bolivia (2009) on the rights of nature, *Pachamama*, where animal rights are covered.

In fact, some Latin American countries are starting to take a fresh look at animals, a protective and guarantor vision, even when they do not consider them subjects of rights or when they still consider them as things, as is the case in Brazil.

Before this new perspective of animal law, it is worth introducing some of the discussions in the Brazilian Supreme Court that involved animal law in conflict with cultural traditions and other fundamental rights and, therefore, an object of great repercussion.

3 | ANIMAL LAW IN DECISIONS RENDERED BY THE BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT

History shows that the view on animal welfare has changed throughout time, according to the period, the region, and the animal. Nonetheless, animal treatment as something at the disposal of their owners, at the mercy of human beings, is also the rule.

But, as well as many parts of the world, animals have become a subject of concern by Brazilian legislators, who dedicated an item of Article 225 of the current Federal Constitution for animal protection, resulting in the prohibition against cruel treatment. As a consequence, they are processing bills that seek to amend the provision of the Brazilian Civil Code that still treats animals as a thing.

Therefore, on August 7, 2019, the Brazilian Senate approved Bill 27/2018, which determines that non-human animals have a *sui generis* legal nature, are subject to impersonal rights deserving of jurisdictional guardianship, and their treatment as a thing is forbidden, thereby reinforcing the constitutional text itself. However, this bill still needs to return to the Lower House of the National Congress of Brazil, due to the modifications

suffered. It is worth noting that Bill 351/2015, which deals with the issue, also got approval in the Senate and is still awaiting a vote in the Lower House.

The fact is that this new approach has brought discussions in the legal field, since the animals now have differentiated treatment, in addition to the constitutional prohibition against maltreatment and the protection guaranteed in article 32 of Federal Law 9.605/98. Moreover, being part of this new scenario of the relationship between humans and animals, the judiciary branch has now decided disputes over the custody of pets. The Superior Court of Justice (STJ) addressed the right to visit pets in the Special appeal (REsp) 1. 713.167-SP, judged on 06/19/2018, with the understanding that “in the dissolution of a family entity, it is possible to recognize the right to visit a pet acquired in a stable union, demonstrating the relationship of affection with the animal. (STJ, Case Law report, No. 634, 2018).

Despite that, it is worth mentioning the decisions of the Brazilian Supreme Court, which is the highest court on the constitutionality of laws and normative acts, involving allegations of violation of item VI, paragraph 1, of article 225 of the Federal Constitution. Therefore, such decisions deserve analysis to identify their evolution over the years and the criteria used in each decision-making.

3.1 The Direct Action of Unconstitutionality (ADI) 1856 and the consolidation of the understanding in the Brazilian Supreme Court (STF) that animals are sentient beings

The cockfights are common knowledge nationwide, and despite being prohibited, this practice is still usual in several regions of the country. Although it had not been regulated or forbidden for a long time, it is well known that the birds participating in what some call cultural manifestation or sport, win when the other bird dies or is exhausted to such an extent that it cannot even stand up. This practice in itself constitutes cruelty directed to the animal, which before the dispute was taken to processes that can be considered as torture sessions.

Despite the explicit cruelty against these sentient beings, state laws were enacted to regulate such competitions, such as the Rio Grande do Norte state law No. 7,380/98, examined in ADI 3776, Fluminense state law 2,895/98, and Santa Catarina state law 11,366/00. All decisions are relevant. However, there is a specific analysis of ADI 1856 for reaffirming the en banc position in ADI 2514 and ADI 3776, presenting some pertinent aspects that led to the validity and to the ratification of the unconstitutionality of the laws that aimed to regulate cockfights.

ADI 1856, in turn, was proposed by the Federal Attorney General in 1998 to question the legal-constitutional validity of the Fluminense state law no. 2.985/98 over the allegation of an offense to article 225, caput, combined with § 1, item VII, of the Federal Constitution.

The main arguments for invalidity of the claim formulated in the case include the allegations of the impossibility of producing evidence of cruelty in the abstract control of

constitutionality, non-inclusion of domestic and domesticated animals in the scope of the constitutional provision and not human interference since the cocks would fight by instinct.

It is important to note, in summary, that all the points listed above were reviewed and overcome, which is why the reasons that justified the validity of the action will be analyzed.

Justice Celso de Mello stated in his vote that “the prohibition of submitting animals to cruel practices covers all specimens of fauna, even when domesticated and in captivity.” He also affirmed that the act involves “unquestionable cruelty against birds of the fighting breeds” in “competitions promoted by violators of the constitutional order and environmental legislation”, and “to qualify the cockfight as a sporting activity or cultural practice is a pathetic attempt to defraud the application of the constitutional rule.” (STF, ADI 1856, 2011).

The justice also cited the text of the manifestation in the record of Civil Appeal No. 479. 743/PE, Regional Federal Appellate Court (TRF) of the 5th Region. It is worth transcribing passages that leave no doubt about the cruel nature of the practice: “the animal has the feathers of its neck, thighs and under its wings cut (*pelinchado*)” - “it has its dewlap and eyelids operated” - “another procedure consists of pulling it by the tail, dragging it in the shape of an eight” - “it is bathed in cold water and placed in the sun until it opens its beak, so tired” - “the rooster spends his life imprisoned in a small cage” - they fight with “fake metal spurs and silver beaks.” It is evident that the roosters do not act by instinct but by human interference. (STF, ADI 1856, 2011).

Justice Ayres Brito, on the occasion, stressed that “to spill blood and physically mutilate an animal is not even the intended goal”; the end is the death of one of them, and that the Supreme Court could not miss the opportunity to express its “repudiation, based on the Constitution, to this type of practice, which is neither a sport nor a manifestation of culture.” As well, he stated that “from the torture of a rooster to the torture of a human being is only one small step. Justice Cezar Peluso, in the same sense, added that “regulation is not only prohibited by Article 225” - “the law also offends the dignity of the human person, because it implies, in a certain way, a stimulus to the most primitive and irrational impulses of the human being.” (STF, ADI 1856, 2011).

In the face of these last arguments, it is appropriate to highlight a phrase capable of showing that the concern of the justices is truly justifiable: “After they had accustomed themselves at Rome to the spectacles of the slaughter of animals, they proceeded to those of the slaughter of men, to the gladiators.” (MONTAINE, 1972, p. 2017).

3.2 Trial of the Direct Action of Unconstitutionality (ADI) 4983 and the unconstitutionality of the *vaquejada*

The purpose of ADI 4983 was State Law 15.299/2013 of Ceará, which regulated the *vaquejada*. The Federal Attorney General, the plaintiff of the lawsuit, said that the law in question would not have constitutional backing because it violated the provisions of article 225, § 1, VII of the Federal Constitution, and in case of conflict between it and art.215 of the same constitution, that deserved higher authority.

The Federal Attorney General pointed out that during the *vaquejada* “a duo of cowboys, mounted on different horses, pursues to take down a bull by pulling its tail in a marked area,” the tail is “twisted until the animal falls with its four legs up”, demonstrating the brutal character of the practice. Moreover, he also said that it originally was a necessity to gather the cattle, but became a “highly profitable sports spectacle” and that the animals started to be caged, whipped, and instigated.

A technical report signed by Dr. Irvênia Luíza de Santis Prada and attached to the file concluded that “there were traumatic injuries to the runaway animals, including chances of ripped-off tails and the consequent involvement of the nerves and spinal cord, causing physical pain and mental suffering.” Likewise, a study carried out by the Federal University of Campina Grande corroborates the report and reveals “irreparable damage also suffered by the horses used in the activity, considering the relevant percentage of occurrence of tendonitis, tenosynovitis, exostosis, focal and exertional myopathies, fractures and, distal tarsal osteoarthritis.” (STF, ADI 4983, 2016).

The State Government of Ceará defended the constitutionality of the law before the “historical importance” of the practice, also affirming that the regulation of the “sport” would protect the constitutional assets referred to as violated. It was because the law obliged the adoption of measures aimed at protecting the physical integrity and health of the animals and that the *vaquejada* would have been recognized as a “rodeo event” by Federal Law no. 10,220/2001, and the practitioners, professional athletes supported by article 215 of the Constitution, as a cultural right, pointing out the relevance of the “sport” to the local economy.

Moreover, the State Government claimed that the sport is part of the culture of the region, recognized as the historical heritage of the northeastern people and that it is a fundamental collective right provided for in Article 216 of the Constitution. Additionally, it claimed that the defense of the environment to the detriment of culture should take place under the facts of the case and that it should not be compared to cockfights and Festivals of the Oxen, since, there is no cruelty against animals as occurred in the cases mentioned. (STF, ADI 4983, 2016).

Among the votes that asked for the validity of the claim formulated in the lawsuit, the words of Justice Marco Aurélio are worth mentioning, when he affirms that “there is not the slightest possibility that the animal does not suffer physical and mental violence when submitted to this treatment”; as well as those of Justice Roberto Barroso, when he states that “cultural manifestations with entertainment characteristics that submit animals to cruelty are incompatible with Article 225, § 1, VII, of the Federal Constitution, when its regulation is impossible enough to avoid cruel practices, without the activity itself being uncharacterized”; Finally, the positioning of Justice Rosa Weber, that “the State does not encourage or guarantee cultural manifestations in which cruel practices against animals are adopted, and in my opinion, the good protected in item VII, paragraph 1 of article 225 of the

Federal Constitution has a biocentric nature, given that the Constitution also gives intrinsic value to non-human forms of life, in this case, sentient beings.” (STF, ADI 4983, 2016).

However, it was not the understanding of all the justices, since some voted against the validity of the claim. In this context, Justice Edson Fachin stated that “in our view, there is no reason to prohibit the event and the competition, which reproduce and technically evaluate the capturing skills of cowboys, developed in the rural area of this great country.” Justice Gilmar Mendes added that “the unconstitutionality would result in the illegality of thousands of people who engage in this activity both on an amateur and professional level, as well as people who gather to see this type of spectacle. That is to say, to withdraw from these communities the minimum amount of entertainment they can sometimes enjoy.” (STF, ADI 4983, 2016).

After close voting, the Brazilian Supreme Court (STF) Justices decided to grant the validity of the claim and declared the unconstitutionality of the Law.

Nevertheless, the discussion carried out in the Court did not prevent the practice of *vaquejada*, since its regulation occurred through Constitutional Amendment (EC) 96/2017. A paragraph was added to article 215 of the Constitution to say that sports with animals registered as cultural manifestation are not considered maltreatment, provided that regulated by a specific law that ensures the welfare of animals involved, the reason why on August 19, 2019, bill 8240/2017 passed. This bill aims to promote changes in Law No. 13. 364/2016, and includes the implementation of a program that ensures the protection of animal welfare in the *vaquejadas*, which must proceed to presidential approval.

It is relevant to point out that the STF will once again address the abovementioned discussed and already deliberated issue when considering the ADI’s 5728 and 5772 filed regarding EC 96/2017. However, it is hard to speculate on a result, even after the decision of ADI 4983, since it came down by a narrow majority.

3.3 The Brazilian Supreme Court (STF) and the animal sacrifice in religious manifestations

In the most recent case involving animal law, the STF, when ruling on Extraordinary Appeal No. 494.601, had to consider the constitutionality of the State Law of the Brazilian state of Rio Grande do Sul No. 12.131/2004, which allows the sacrifice of animals in rituals of African-derived religions. The controversial topic made newspaper headlines and the decision of the Court was both applauded and criticized.

Partially, this combination of feelings that brought about negative criticism is based on the expectations generated by the previous decisions of the STF, which had placed animal rights above cultural manifestations.

The Extraordinary Appeal was filed against a decision rendered by the Court of Justice of the State of Rio Grande do Sul, after the denial to the request for a declaration of unconstitutionality of the abovementioned State Law which had inserted a provision in the State Code for Animal Protection, to exclude the prohibition of cruel treatment in the case of

sacrifice of animals in religious rituals and in cults and liturgies of African-derived religions. (STF. STF News, 2019)

The discussion involved confrontations concerning religious freedom, isonomy, secularity, the administrative or penal character of the exception inserted, and the existence of cruelty against animals. It should be emphasized that there were no disagreements among the justices regarding the constitutionality of the law.

Nevertheless, some votes were aimed at granting the law the interpretation in accordance with the Constitution, encompassing other religious rituals, forbidding the practice of maltreatment and conditioning the sacrifice to the consumption of the meat, as in the vote of the rapporteur, Justice Marco Aurélio.

In this regard, the Justice stated in his reasoning that “allowing the practice of immolation in religious rituals of all faiths, under the principle of isonomy, does not mean to remove the protection of animals embodied in Article 225 of the Federal Constitution.” He also added that “the sacrifice of animals is acceptable if, once the maltreatment at slaughter is prevented, the meat is destined for human consumption because by doing so, the level of protection granted to animals by the Federal Constitution is preserved without the complete suppression of the exercise of religious freedom.” Hence, the vote of the Justice was for not granting the Extraordinary Appeal. (STF, Extraordinary Appeal No. 494.601, 2019).

Subsequently, giving early notice of his vote, Justice Edson Fachin acknowledged the full validity of the legal text and voted for not granting the Extraordinary Appeal. For him, the specific mention of African-derived religions is not unconstitutional, once the use of animals is, in fact, intrinsic to these cults and they should be given even stronger legal protection, since they are the object of stigmatization and structural prejudice from society. (STF, Extraordinary Appeal No. 494.601, 2019).

It is also worth highlighting the vote of Justice Luís Roberto Barroso, when he stated that “according to the belief, only when animal life is sacrificed without suffering, can the communication between the sacred and temporal worlds be established,” as well as, that “it is not a sacrifice for entertainment purposes, but for the exercise of a fundamental right which is religious freedom.” Undoubtedly making a comparison with the case law based on the trials of the *Farra do Boi* (“Festival of the Oxen,” a bloodsport that consists of beating a bull to exhaustion), *vaquejada*, cockfights, and dog fighting.

In terms of social participation, the explanations of the *amici curiae* Oxê Social Institute; the Charitable, Cultural and Religious Association *Ilê Axé Oxalá Talabi*; and the Temple of Umbanda and Charity Institution *Caboclo Flecheiro D’Arará*, pointed out that the purpose of using the animals in religious practices is to energize that being, so it can be consumed by the participants. They also emphasized that it is not allowed to use practices that injure the animal, because this would desecrate its vital energy; similarly, the Afro-Umbandista (from Afro-Brazilian religion *Umbanda*) and Spiritualist Federation of Rio Grande do Sul stated that “while the animal remains living in the *Casa de Santo* (the

temple), it cannot be maltreated, because it is considered to be sacred since it will serve as an offering to the *Orixá*.” (STF, Extraordinary Appeal No. 494.601, 2019). The animal that will be sacrificed and will serve as an offering is, by no means, maltreated, as a matter of fact, it is taken care of until the moment of the slaughter, which is performed, in the same manner, by several other people who slaughter the animal specifically for consumption. (STF, Extraordinary Appeal No. 494.601, 2019).

Justices Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, and Luiz Fux also considered the law constitutional. The last stated that, with this example of case law, the STF would be putting an end to the ongoing violence and the attacks to temples of African-derived cults - due to the prejudice that persists in Brazil, even though this country is rich in cultural diversity, and plural in its essence. Along the same lines, Justice Cármen Lúcia considered that “the specific reference to African-derived religions aims to confront the prejudice that exists in society, which does not only occur with religions but also to people of African descent.” (STF, STF News, 2019).

Therefore, the Extraordinary Appeal was unanimously voted to be dismissed, considering that the inexistence of cruelty in African-derived religious rituals, for the sake of the preservation of the offering, was a factor of great relevance for the decision making. Even though the focus had been on religious freedom, secularity, and isonomy, the justices demonstrated that the inexistence of cruelty in the aforementioned rituals made them compatible with Article 225 of the Federal Constitution.

4 | ANIMAL LAW AND THE NEW LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM

Colombia, Venezuela, Ecuador, and Bolivia are frequently mentioned countries in studies dedicated to the New Latin American Constitutionalism, and despite the disagreements regarding the inclusion of the Constitution of Colombia as part of the abovementioned constitutional movement, it was possible to verify a greater concern in decisions of their Constitutional Court about the protection of the life and the dignity of animals. Moreover, except for Colombia, the other supporting countries of this constitutionalist movement - including Brazil, a country of European cultural tradition – continue to perceive animals as things. However, some peculiarities must be observed.

In this scenario, the Constitutions of Ecuador and Bolivia have broken off with the anthropocentric character and put the nature as the subject of rights, the *Pachamama* (Mother Earth). Brandão (2013, pp. 46-47) recalls that a paradigmatic shift has taken place in the New Latin American Pluralist Constitutionalism, in which the human being is considered part of *Pachamama*, in a biocentric model that aims to achieve harmony between men and nature.

However, Machado Júnior (2016, p. 3) remarks that “despite the constitutional conception, the Ecuadorian Civil Code does not provide for any legal treatment to animals that is different from the one addressed to things and objects.” Furthermore, María Belén

Hernández Bustos and Verónica María Fuentes Terán (2018, p. 108) have stated that “currently, there is no Animal Protection Law in Ecuador, although it exists in neighboring countries, such as Colombia and Peru.” In Ecuador, there has only been a draft Organic Law for Animal Welfare, since 2014, known as “LOBA”, which aims to reform article 585 of the Civil Code. In addition, no ruling of the Constitutional Court was found in situations similar to those faced by the STF.

Concerning the Bolivian experience, in 2015 a law was passed to protect animals against acts of cruelty and maltreatment, being noteworthy the exception brought in the final provisions that provide for this: “The use of animals in the activities practiced in traditional medicine – as well as in the rituals that are conducted according to the culture and traditions of indigenous nations and peoples – are exempt from the application of this law, and should be carried out avoiding unnecessary suffering and prolonged agony to them” (BOLIVIA, Law 700/2015). It is undeniable that the abovementioned exception reflects two of the most outstanding characteristics of the *nuevo* (new) constitutionalist movement, namely, plurinationalism and legal pluralism. Moreover, the law under consideration is severely criticized because it does not address the cruelty against wild animals, it merely states that a specific rule will be issued about them.

The Constitution of Venezuela does not make any specific mention of animal law, but there is a reference to the competence of the National Public Power to maintain animal and plant health, with respect to disease prevention. Furthermore, Carolina Pincheira Sepúlveda (2016, p. 100) states that Law No. 39.33815/2010, which regulates the Protection of Free and Captive Domestic Fauna, is the most relevant one in animal matters since its purpose is to establish the protection, control, and welfare of domestic animals, regulating their ownership, possession, management, use, and trading, achieving the so-called “Optimal Animal”.

It should be clarified that the Constitution of Colombia does not allude to the protection of animals, however it is, currently, the only country that acknowledges animals as sentient beings – after the approval of Law 1774/2016 – “which is the reason for them to receive special protection against the suffering and pain caused by humans, defining as punishable behaviors in this respect and modifying the Civil Code” (SEPÚLVEDA, 2016, p. 103).

Furthermore, considering the problem posed by this research, three decisions of the Constitutional Court have been located; they specifically address animal rights and also demonstrate the evolution of the case law of the aforementioned Court, namely: judgment C-666/10, judgment C-283/2014 and judgment C-041/17, which are explained below.

On December 14, 2009, the Court accepted the request of the Colombian citizen Carlos Andrés Echeverry Restrepo to declare unconstitutional, among others, bullfights and cockfights, since they were incompatible with constitutional principles.

One of the author’s arguments for the elaboration of the plea was that these cultural manifestations perpetuate a system of beliefs and values based on the maltreatment of

beings that are in a hierarchically inferior and helpless position. He also claimed that these practices contradicted the very social function of the animals, which according to him is represented in their exemplary or educational function, that is, “in the dissemination of values that our society insistently demands: respect for life, dignity in handling, compassion for the unfortunate, etc.” (COLOMBIA, CONSTITUTIONAL COURT, C-666/10).

In 2010 the Constitutional Court, taking into consideration the reflections on religious freedom, eating habits of human beings, medical research and experimentation, and the protection of cultural diversity and its forms of expression, concluded in judgment C-666/10 that “it would be possible the undertaking of activities related to bullfights and cockfights that consisted of existing cultural manifestations”, but the decision prevented the creation of new expressions of these activities. (STF. International Case Law Research, No. 7, 2018). Hence, it is possible to notice that the Court has created a limitation to religious freedom and cultural manifestations that may arise after the decision, aiming to prevent the creation of new practices that result in the suffering of animals, under the cloak of constitutional protection to religious or cultural freedom.

The final part of the abovementioned decision deserves to be highlighted because, while it partly accepts the request for animal protection, motivated by the need to defend the social interest manifested in the cultural traditions, it also limits this same freedom of manifestation of the citizens by not admitting the creation of other ones after the publication of the decision.

In 2014 the Colombian Constitutional Court rendered another decision with great social and cultural impact, a decision that placed animal rights, animal welfare, above the right to cultural manifestation, as it considered constitutional a law that definitively prohibited the use of wild, native or exotic animals in fixed or itinerant circuses.

Judgment C-283/2014 concluded that the traditions and customs that were established in time could not constitute a reasonable basis for perpetuating practices that are currently seen by society as incorrect and undesirable. Also, similar to the thinking of the author of the previous lawsuit, the judgment adds that cultural manifestations should help educate society about the importance of respecting the rights of living beings that share the planet with humans, as well as that animal abuse, in many cases, precedes an attitude of extreme cruelty, merely for fun or lack of compassion. (STF. International Case Law Research, No. 7, 2018).

It should be noted that even though it was a cultural manifestation, a tradition that has followed generations, the welfare of the animals was placed above it, and in this specific case there was no time delimitation, and the decision was valid for both existing circuses and for those that would still be created because tradition and culture would not justify the cruelty or maltreatment of animals.

The third decision of the Court was rendered in 2017, resolving to declare the expression “*menoscabem gravemente*” enforceable, provided for in Article 5 of Law

1774/2016, which added Article 339A to the Colombian Penal Code; and also declaring unenforceable paragraph 3 of Article 5 of the aforementioned law, which added Article 339B to the Penal Code, establishing a time limit of two years, from the notification of the decision, for the Congress of the Republic to adapt the legislation to the constitutional case law¹. However, the declaration of unconstitutionality of the provision that exempted the application of the punishment provided for the crime of maltreatment of animals in the Penal Code, i.e. paragraph 3 of Article 5 of Law 1774 of 2016, made reference to Article 7 of Law 84 of 1989, which was the object of decision C-666/2010.

What seemed to be another step forward in the field of animal law, culminated as a setback, given that Daniel Fernando Gutiérrez Hurtado and Juan Pablo Osorio Marín requested the nullity of the abovementioned judgment for the following reasons:

(i) infringement of the guarantee of the natural judge; (ii) infringement of the constitutional judgement rendered unappealable by non-compliance with the precedent established in the judgements C-666 of 2010, C-889 of 2012 and Notice 025 of 2015; (iii) infringement of the guarantee of constitutional judgment, by extending in case law a passive crime of a conduct that is not contemplated by the legislator; (iv) failure to observe the fullness of the appropriate manners of each attempt. (COLÔMBIA, C-041/2017).

Accepting the allegation of infringement of the constitutional judgement rendered unappealable, the nullity of the second numeral of Judgment C-041 of 2017 was declared; for the infringement of the constitutional power, ruled with the judgement in C-666/2010 and C-889/2012.

Nonetheless, despite finding these three decisions of the Colombian Constitutional Court that bear some resemblance to the discussions faced by the STF regarding the right to cultural and religious manifestations in conflict with animal law, no similar discussion was found among the Constitutional Courts of Venezuela, Ecuador and Bolivia, after a case law search was carried out on the website of their respective Constitutional Courts using the following phrases: a) *derecho de los animales*; b) *derecho animal*; c) *ley animal*; d) *“gallo de pelea”*; e) *“sacrificio de animales”* and; f) *“tauromaquia”*.

1. **ARTICLE 5.** The following title is added to the Penal Code: TITLE XI-A: ON CRIMES AGAINST ANIMALS. SOLE CHAPTER. Crimes against the life and the physical and emotional integrity of animals. **Article 339A.** Anyone who, by any means or procedure, maltreats a pet, a tamed animal, a vertebrate wild animal, or an exotic vertebrate, causing it death or injury that seriously harm their health or physical integrity, will incur a prison sentence from twelve (12) to thirty six (36) months, and a special disqualification of one (1) to three (3) years from exercising any profession, trade, business or ownership related with animals and a fine ranging from five (5) to sixty (60) legally minimum monthly salaries. **Article 339B.** Punitive aggravating circumstances. The punishments established in the previous article will be increased by one half to three quarters, if the behavior is committed: a) With excessive cruelty; b) When one or various of the cited behaviors are perpetrated on a public thoroughfare or in a public place; c) When employing those deemed legally incompetent or underage minors or in the presence of these individuals; d) When sexual acts are committed with the animals; e) When one of the crimes established in the previous articles are committed by a public servant or someone who exercises public functions. **Paragraph 3.** Those who carry out the behaviors described in Article 7 of Law 84 of 1989 will not be guilty of the crimes established in this Law”. (COLOMBIA, CONSTITUTIONAL COURT, C-041/2017).

5 | CONCLUSION

According to the analysis carried out, the animals, which used to be seen as inferior beings to humans, have gradually gained some recognized qualities. If they were once considered to be irrational and soulless beings, incapable of feeling pain or any other feeling, nowadays some countries have been recognizing their sentience, many of them advocating the recognition of these beings as subjects of rights.

This debate is also present in Latin American countries, including Brazil, and especially in those whose constitutions are considered as part of the New Latin American Constitutionalism, namely Colombia, Venezuela, Bolivia, and Ecuador. The representativeness of such countries in this research is relevant because this movement has constitutionalized cultural manifestations. Thus, in a possible conflict between cultural manifestations and animal law, what would be the most socially and constitutionally appropriate solution? For this reason, this investigative study analyzed the subject in the light of Brazilian constitutionalism as well as of the abovementioned countries, which come from different origins, in order to find similarities and distinctions among the interpretations presented by the respective Constitutional Courts.

In Brazil, even though the sentience of animals has not been explicitly recognized, the Constitution sets forth their protection, and the STF, by means of its decisions, has been reinforcing the understanding that cruelty against animals is prohibited, in respect to article 225 of the Federal Constitution of 1988 (CRFB/88), keeping as a criterion the existence or not of cruelty, whether in cultural or religious manifestations, to consider constitutional or not the rule that is the purpose of the lawsuits.

In Colombia, although there is no Constitutional article on the subject, the country has already recognized animals as sentient, and the decisions of their Constitutional Court show that the Courts have tried to protect these beings.

Hence, the Court initially recognized the cruelty perpetrated against animals in bullfights and cockfights, but only prohibited the creation of new manifestations of the activity, allowing the existing ones. Subsequently, the Court ruled in favor of the animals and this time made a point of emphasizing that its understanding would also apply to existing circuses. However, at the final judgment, although the Court declared unconstitutional the provision that excluded the application of punishment provided for the crime of maltreatment of animals in rodeo, bullfights, and cockfights, the decision was declared null for achieving the constitutional *res judicata*. Thus, even with the nullity of part of the decision, the Constitutional Court of Colombia has been trying to protect animals from cruel treatment, along the same lines as the STF.

Concerning the other countries that are part of the New Latin American Constitutionalism, it was demonstrated that although they resemble Brazil in terms of still considering animals as things, no decisions of the Courts were found on similar matters,

and they do not seem to have evolved with regard to animal law, especially in Ecuador, where there is not even a law that regulates any protection whatsoever.

Even though the existence of some progress in the field of animal law is acknowledged within the STF, the decision on the constitutionality of the *vaquejada* was quite heated – on the one hand because the “shows” generate jobs and, on the other hand, because they involve a lot of money – turning the decision into null after the Constitutional Amendment 96/2017, thus being necessary to wait for the position of the Supreme Court in the judgment of the Direct Actions of Unconstitutionality concerning the constitutionality of the aforementioned amendment, to verify whether the criterion of cruelty against animals will once again define the decision, reaffirming the position of the justices.

On the other hand, with regard to the subject of animal sacrifices in religious manifestations, the STF, despite having taken animal law into consideration, was concerned to guide the decision on the aspect of religious freedom, apparently leaving the subject that would be the main one to secondary importance.

Finally, it can be concluded from the comparative analysis of the decisions collected in this study that, even though animal law has been acknowledged as a social and constitutional principle, it is still not used as the main interpretative vector of the Constitutions when in conflict with cultural manifestations, being at various times relegated to the nonconstitutional level or conditioned to the fulfillment of certain requirements.

REFERENCES

BARATELA, Daiane Fernandes. **A proteção jurídica da fauna à luz da Constituição brasileira**. 206 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

BOLÍVIA. Constituição (2009). **Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia**. 2009. Disponível em: <<http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20Constitucion.pdf>>. Acesso em: 22 julho de 2019.

BOLÍVIA. Ley nº 700/2015. **Ley para la defensa de los animales contra actos de crueldad y maltrato**. Disponível em: <https://www.comunicacion.gob.bo/sites/default/files/dale_vida_a_tus_derechos/archivos/LEY%20700%20ACTUALIZACION%202018%20WEB.pdf>. Acesso em 22 de julho de 2019.

BRANDÃO, Pedro Augusto Domingues Miranda. **O novo constitucionalismo pluralista Latino-Americano**: participação popular e cosmovisões indígenas (Sumak Kawsay e Pachamama). 2013. 154 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, Recife.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 1.856**. Relator: Min. CELSO DE MELLO. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634>>. Acesso em 15 de maio de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 4.983**. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>>. Acesso em 16 de maio de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência Internacional, nº 7. 2018**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/intranetSdoPautaPlenario/anexo/mais.pdf>>. Acesso em 17 de maio de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Relator. Recurso Extraordinário 494.601**. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Disponível em: Acesso em 15 de maio de 2019. <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE494601MMA.pdf>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto-vogal. Recurso Extraordinário 494.601**. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE494601EF.pdf>>. Acesso em 15 de maio de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF declara constitucionalidade de lei gaúcha que permite sacrifício de animais em rituais religiosos. **Notícias STF**. 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=407159>>. Acesso em: 15 de maio de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. **Informativo de Jurisprudência, nº 634, 2018**. Disponível em: <www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0634.pdf>. Acesso em: 14 de maio de 2019.

BUSTOS, María Belén Hernández; TERÁN, Verónica María Fuentes. La Ley Orgánica de Bienestar Animal (LOBA) en Ecuador: análisis jurídico. **Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)** 2018, vol. 9/3 108-126. Disponível em: <https://revistes.uab.cat/da/article/view/v9-n3-herandez-fuentes/pdf_11>. Acesso em: 20 de julho de 2019.

COLÔMBIA. Constituição (1991). **Constitucion Política de Colombia**. 1991. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>>. Acesso em 03 de julho de 2019.

COLÔMBIA. **Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia número C-666/2010**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-666-10.htm>>. Acesso em 07 de julho de 2019.

COLÔMBIA. **Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia número C-283/2014**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-283-14.htm>>. Acesso em 20 de junho de 2019.

COLÔMBIA. **Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia número C-041/2017**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-041-17.htm>>. Acesso em 20 de julho de 2019.

DALMAU, Rubens Martinez. As constituições do Novo Constitucionalismo Latino-Americano funcionaram? **Revista Culturas Jurídicas** v. 5, nº 12, 2019, págs. 42-67, 2019.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**: Regras para a direção do espírito. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo, Martin Claret, 2006.

EQUADOR, Constituição (2008). **Constitución de la Republica del Ecuador**. 2008. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_const.pdf>. Acesso em: 03 de junho de 2019.

MACHADO JÚNIOR, José Carlos. A Proteção Animal Nas Terras Da Pacha Mama: A Insuficiência Da Proposta De Lei Orgânica Do Bem-Estar Animal No Equador. **Revista de Biodireito e Direitos dos Animais**, v. 2, n. 2, p. 38 – 55 – Curitiba: Jul/Dez. 2016. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/revistarbda/article/view/1342/pdf>>. Acesso em: 20 de julho de 2019.

MONTAIGNE, Michel. **Ensaio**. Tradução de Sérgio Milliet. São Paulo: Abril S.A. Cultural e Industrial, 1972.

SEPÚLVEDA, Carolina Pincheira. Estatuto Jurídico De Los Animales En La Constitución Y Leyes Comparadas: Breve Recopilacion Del Caso Latinoamericano. **Derecho y Humanidades**, nº27, 2016, pp. 95-118. Disponível em: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/09/doctrina45752.pdf>>. Acesso em: 20 de julho de 2019.

VENEZUELA. Constituição (1999). **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**, 1999. Disponível em: < <http://www.minci.gob.ve/wp-content/uploads/2011/04/CONSTITUCION.pdf>>. Acesso em 01 de julho de 2019.

CAPÍTULO 2

A JUDICIALIZAÇÃO DA GEOPOLÍTICA COMO ÚLTIMA FRONTEIRA EPISTEMOLÓGICA DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Data de aceite: 01/11/2020

Data de submissão: 30/08/2020

Guilherme Sandoval Góes

Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Universidade da Força Aérea (UNIFA). Rio de Janeiro-RJ
<http://lattes.cnpq.br/2871461339617415>

RESUMO: O presente trabalho tem a finalidade de analisar as novas fronteiras epistemológicas do neoconstitucionalismo, que partem da hipótese de que geopolítica e democracia são vetores fundamentais à preservação dos direitos fundamentais do cidadão comum brasileiro. Ou seja, a busca do desenvolvimento geopolítico não deve se afastar dos pilares democráticos do Estado de Direito, daí a relevância do estudo da judicialização da geopolítica, no qual as grandes decisões geopolíticas do Estado brasileiro são levadas para julgamento do Poder Judiciário. É por isso que o presente artigo pretende examinar a necessária conexão epistemológica envolvendo o direito e a geopolítica, como elemento propulsor de uma nova hermenêutica do desenvolvimento nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Neoconstitucionalismo estratégico, Judicialização da geopolítica, Geodireito.

THE JUDICIALIZATION OF GEOPOLITICS AS THE LAST EPISTEMOLOGICAL FRONTIER OF NEOCONSTITUTIONALISM

ABSTRACT: The present work aims to analyze the new epistemological frontiers of neoconstitutionalism, which start from the hypothesis that geopolitics and democracy are fundamental vectors for the preservation of the fundamental rights of ordinary Brazilian citizens. In other words, the search for geopolitical development must not depart from the democratic pillars of the rule of law, hence the relevance of the study of the judicialization of geopolitics, in which the major geopolitical decisions of the Brazilian State are brought to the Judiciary for judgment. That is why this article intends to examine the necessary epistemological connection involving law and geopolitics, as a driving force for a new hermeneutics of national development.

KEYWORDS: Strategic Neoconstitutionalism, Judicialization of geopolitics, Geolaw.

1 | INTRODUÇÃO

O estudioso do direito constitucional contemporâneo, independentemente de ser positivista ou neoconstitucionalista, deve ser capaz de compreender o espaço multidisciplinar que une o direito e a geopolítica, disciplinas que se imbricam de tal maneira que acabam desaguando na garantia de direitos fundamentais do cidadão comum.

Infelizmente, há que se reconhecer que esta linha epistemológica ainda é incipiente no Brasil. É necessário, por conseguinte, abrir novos espaços de reflexão científica dentro da teoria constitucional, fazendo-a alçar voo mais elevado em direção a um constitucionalismo dito estratégico, que se junta ao neoconstitucionalismo principialista pós-positivista.

Portanto, o núcleo central do presente trabalho acadêmico é examinar a **judicialização da geopolítica**, que, muito embora ainda seja um fenômeno academicamente oculto no País, já é uma realidade nos tribunais brasileiros, notadamente no Supremo Tribunal Federal (STF), na medida em que as grandes questões geopolíticas do Estado brasileiro são levadas ao Poder Judiciário, seja na esfera concentrada, seja na esfera difusa do controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, não se refuta o amplo campo de reflexões a fazer, porém há que se admitir que, em tempos de estatalidade pós-moderna, um dos grandes desafios do Estado Neoconstitucional de Direito é deslocar para a centralidade do regime jurídico de proteção dos direitos fundamentais o diálogo epistemológico entre a Constituição e a Grande Estratégia de Desenvolvimento Nacional. Com tal tipo de intelecção em mente fica mais fácil compreender a base teórica fundante do presente artigo, cuja linhagem científica pretende caminhar para além da judicialização da política para alcançar o patamar mais elevado da judicialização da geopolítica, aqui vislumbrada como o deslocamento das questões geopolíticas fundamentais do Estado brasileiro, que são levadas para a decisão final de juizes e tribunais. E por mais paradoxal que possa parecer, é o próprio legislador democrático um dos principais impulsionadores da judicialização da geopolítica no Brasil.

Em consequência, o encontro epistemológico do direito e da geopolítica torna-se ainda mais relevante, valendo destacar que:

já é possível diagnosticar os avanços trazidos pela Constituição de 1988, que navega dentro de um *cenário pós-tudo*, vale dizer um mundo que é, a um só tempo, filosoficamente pós-moderno, juridicamente pós-positivista, midiaticamente pós-verdadeiro, soberanamente pós-nacional, geopoliticamente pós-bipolar, internacionalmente pós-americano, *jusprotetivament* pós-constitucional e estadisticamente pós-welfarista. (GÓES; MELLO, 2019, p. 326).

É nesse diapasão que o presente capítulo pretende identificar as bases epistemológicas de um novo paradigma constitucional-exegético focado no desenvolvimento nacional. Com efeito, urge proteger os direitos sociais do homem brasílico a partir de uma geopolítica autóctone capaz de transformar potencial em poder efetivo do Estado brasileiro, garantindo-se dessarte vida digna para todos, sem nenhum tipo de discrimen.

Nesse sentido, outro caminho não há senão o de examinar sistemicamente os diálogos epistemológicos entre a Constituição e a Estratégia de Desenvolvimento Nacional (Grande Estratégia), como elemento propulsor da efetividade de direitos fundamentais, notadamente, os direitos sociais estatais prestacionais de segunda dimensão. Portanto,

não basta reaproximar a ética e o direito, como o faz brilhantemente o paradigma neoconstitucionalista do direito; é preciso transpor limites para criar um corpo sofisticado de doutrina da hermenêutica do desenvolvimento nacional, cuja linha dominante é o consequentialismo jurídico-estratégico das decisões judiciais, mormente em países de modernidade tardia, como é o caso do Brasil.

Eis aqui a ideia-força de que a hermenêutica do desenvolvimento nacional deve ser vislumbrada como um dos elementos fundantes do neoconstitucionalismo pós-positivista, modelo exegético voltado para a busca da dignidade da pessoa humana e para a garantia de todas as três dimensões de direitos fundamentais e, não, apenas, dos direitos civis e políticos.

É urgente, pois, nesses tempos de pandemia mundial, aperfeiçoar o sistema protetivo de direitos fundamentais a partir da industrialização do País e do seu desenvolvimento científico-tecnológico, daí a relevância da leitura ontológico-estratégica da Constituição, que deve levar em consideração a questão estratégica no processo de ponderação de valores constitucionais.

Ora, um país sem estratégia de desenvolvimento nacional, é um país à deriva que, sem rumo, não sabe aonde quer chegar. Não haverá vida digna para todos, sem uma estratégia de desenvolvimento genuinamente brasileira. No exato sentido do texto da Constituição de 1988, importa perguntar se é possível construir uma sociedade livre, justa e solidária sem uma estratégia genuinamente nacional de industrialização do País, focada na distribuição de renda? Da mesma forma, pergunta-se: é possível promover o bem de todos, aí incluídos os direitos sociais dos hipossuficientes, adotando-se uma estratégia de subordinação aos interesses vitais dos centros mundiais de poder?

De tudo se vê, por conseguinte, a relevância de uma perspectiva hermenêutica neoconstitucionalista, capaz de sistematizar os diálogos científicos entre a estratégia nacional de desenvolvimento e a consecução dos objetivos fundamentais da Constituição de 1988 (art. 3º, incisos I a IV).

Nesse diapasão, firme é a nossa convicção de que a eficácia positiva dos direitos fundamentais dos hipossuficientes perpassa, necessariamente, pela concepção de uma “Grande Estratégia de Desenvolvimento Nacional”.

Para realizar sua função de distribuir justiça, o direito constitucional não pode ficar ao largo da geopolítica, assim como esta não pode ficar alheia ao direito. Logo, é dever do estadista brasileiro ganhar visão prospectiva de longo prazo para saber “jogar o jogo estratégico” dentro dos preceitos do Estado Democrático de Direito. Da mesma forma que é dever do jurista pátrio saber reinterpretar a Constituição à luz dos princípios geopolíticos que moldam a ordem mundial pós-moderna.

Enfim, esse é o espectro temático deste artigo.

21 A ERA DO GEODIREITO E A GUERRA JURÍDICA (LAWFARE)

A geopolítica mundial contemporânea vem passando por grandes transformações em consequência de quatro momentos de ruptura paradigmática da História da humanidade, a saber: o fim da Guerra Fria (1989), o ataque terrorista às Torres Gêmeas (2001), a crise financeira neoliberal (2008) e, mais, recentemente, a crise do coronavírus (2019).

Tais eventos têm impactos geopolíticos, que se projetam sobre a ordem jurídica de todos os Estados, notadamente, dos países subdesenvolvidos de modernidade tardia do Sul Global, como, infelizmente, é o caso do Brasil. Trata-se de uma ordem mundial altamente complexa, que circunscreve a disputa pela liderança mundial da globalização neoliberal entre os Estados Unidos e a China. Com efeito, desde o fim da Guerra Fria, em 1989, despontou a ordem mundial pós-moderna, que ainda se encontra em construção, mas que a partir da crise do coronavírus, em 2019, coloca, de um lado, o resgate da globalização neoliberal, regida pela China e, do outro, a perspectiva da desglobalização da economia, patrocinada pelos Estados Unidos e seus aliados capitalistas democráticos (União Europeia e Japão).

Vive-se, assim, a era da desordem mundial, tão bem esgrimida por Luiz Alberto Moniz Bandeira quando destacava que a “Ciência Política necessita estudar a ontogênese do Estado, no processo da opressiva acumulação do poder capitalista, que não apenas se nega, (...), mas igualmente anula a negação, ao longo da história e da evolução da economia mundial”. (MONIZ BANDEIRA, 2016, p. 24).

Em consequência, resta indubitável a relevância do estudo da geopolítica mundial à luz do poder global de potências hegemônicas, sempre calcado na “ontogenia do leviatã geopolítico”, cuja imagem projeta a ideia de único ente estatal capaz de garantir paz e segurança ao sistema internacional, ou seja, de um Estado-leviatã universal capaz de garantir a *pax* mundial através de sua força hegemônica de escala planetária.

Com efeito, não se pode negar que a projeção mundial da *pax americana* impulsionou a globalização neoliberal, como bem destaca Vicente de Paulo Barretto:

O termo “globalização” foi, também, associado a um projeto sociopolítico, a *Pax Americana*, que após a queda do Muro de Berlim, foi considerado como hegemônico. O projeto, tanto para alguns teóricos, como na prática das relações financeiras, passou a ser considerado como qualitativamente superior aos demais modelos de regimes políticos, econômicos e sociais, encontrados nas diferentes nações do planeta. (BARRETTO, 2010, p. 215-216).

Portanto, há que se reconhecer que a futura ordem pós-coronavírus pode alterar o conceito de estatalidade pós-moderna, na medida em que abarca novas condicionantes, como, por exemplo, a emergência sanitária em escala global que se projetará sobre os novos arranjos políticos, sociais e culturais de toda a humanidade, agora regidos por preceitos da moral kantiana, como bem destaca Giorgio Agamben (2020).

E assim é que, na esteira desta complexidade pós-moderna, a dinâmica do direito constitucional também se acelera, na medida em que se vê compelida a incorporar na sua equação jurídico-epistêmica novas variáveis até então desconsideradas, tais como, essa influência da geopolítica mundial das potências hegemônicas sobre as normas jurídicas de direito Interno.

É por tudo isso que urge trazer a lume toda a complexidade do **geodireito**, aqui conceituado como “o ramo da ciência que estuda as relações epistemológicas entre a geopolítica e o direito, com o objetivo de identificar a projeção geopolítica sobre o direito (constitucionalização da geopolítica), bem como o controle jurídico sobre a geopolítica (judicialização da geopolítica)”.

Como já dito antes, o tema ainda é inédito no Brasil. Não temos nenhuma grande obra acadêmica sobre este assunto, como na Itália, por exemplo. Lá, existem diversos estudiosos, como Natalino Irti, com a obra “Norma e lugar: princípios de geodireito” (2005), que pesquisa as relações entre as forças de desregulamentação da economia e da tecnologia (tríade capitalista democrática) e os ordenamentos jurídicos dos demais países.

Da mesma forma, Philip Bobbitt, nos Estados Unidos, desenvolve densa literatura sobre as relações entre a estratégia nacional, o direito constitucional e o direito internacional público (DIP). No entanto, diferentemente de Natalino Irti que usa expressamente a palavra geodireito, o eminente doutrinador Philip Bobbitt não o faz, porém sua longa obra trata do início ao fim das relações entre a estratégia nacional e o direito constitucional e, destes com o direito internacional. Aliás, são as próprias palavras de Bobbitt que mostram essa sua característica dual de constitucionalista e estrategista, *verbis*:

Talvez esta convicção deva-se à minha história pessoal incomum: às vezes acho não só que estava fadado a escrever este livro, como talvez que eu seja um dos poucos que desejariam fazê-lo. Afinal, nos últimos 25 anos, levei uma vida dupla. Como professor, dividi minha vida entre o Texas e a Inglaterra. Nos Estados Unidos, ensino Direito constitucional na Universidade do Texas; no Reino Unido, dei aulas de estratégia nuclear, primeiro em Oxford e mais tarde no Kings College em Londres. No exterior, ensino apenas estratégia; em meu país, apenas Direito. (BOBBITT, 2003, p.3).

Ou seja, a era do geodireito analisa as tensões das relações jurídicas e geopolíticas contraditórias, complexas e nem sempre claras. Em número e em intensidade, tais tensões aumentam em função do grau de industrialização e internacionalização das atividades comerciais do Estado, bem como da sua posição geopolítica no sistema mundial. Isto significa dizer que a teoria neoconstitucional contemporânea não pode prescindir da compreensão da geopolítica mundial e seus impactos no campo constitucional e vice-versa.

Há indubitavelmente uma matriz de impactos cruzados que envolve as grandes estratégias mundiais de poder hegemônico do Centro Global e a elaboração de normas jurídicas internas de países de modernidade tardia do Sul Global. A nosso juízo, eis aqui o grande desafio do jurista brasileiro do século XXI: compreender, com acuidade acadêmica,

os elementos teóricos do geodireito, construindo um novo paradigma neoconstitucional de estatalidade positiva atenuada, que harmonize, de um lado, a tríade “Estado mínimo-livre iniciativa-abertura mundial do comércio” e, do outro, o trinômio “Estado interventor-dignidade da pessoa humana-justiça social”.

Na virada do século XX para o século XXI, um geodireito submisso aos centros mundiais de poder é o grande avisador de tempos sombrios para as classes menos favorecidas da sociedade brasileira. Destarte, é imperioso conceber uma grande estratégia nacional de desenvolvimento econômico e social, voltada para a redução das desigualdades regionais e também sociais.

Realmente é melancólico constatar que, no Brasil, esta linhagem científica ainda é embrionária, carecendo de maior desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial. No entanto, há que se reconhecer que a chamada guerra jurídica permanente (*Lawfare*) entre os Estados Unidos e a China, seja pela liderança mundial da globalização neoliberal, seja pela disputa tecnológica do controle da aldeia global mcluhaniana. Ou seja, o que se quer aqui demonstrar não é a guerra tradicional, mas, sim a guerra comercial, que se transforma em guerra jurídica, o que evidentemente impõe a visão de que a Constituição tem sim uma dimensão estratégica, que não pode ser negligenciada.

Entre a era da desglobalização de Trump e era da multipolaridade da potência chinesa, desponta a era do geodireito, a era da guerra jurídica de quarta geração.

É nesse sentido que, resignificando Carl von Clausewitz, agora com tintas de estatalidade pós-moderna, pode-se dizer que o direito é a continuação da geopolítica por outros meios, vale explicitar: a guerra jurídica é a nova guerra da pós-modernidade, guerra de quarta geração, na qual manobras jurídico-constitucionais serão usadas como substitutas das manobras das forças armadas, visando alcançar determinados objetivos fundamentais de Estado, sejam de que natureza forem (de política externa, econômica, segurança nacional/militar, psicossocial ou científico-tecnológica). Nesse mesmo sentido, a lição de Charles J. Dunlap JR:

Guerra Jurídica é um conceito que é discutido com mais frequência no governo, nos círculos acadêmicos e no âmbito da mídia. Lamentavelmente, essa discussão não é tão clara como poderia ser. O objetivo deste comentário é esclarecer o significado da expressão “guerra jurídica”, procurando discutir sua origem, como está sendo usada por lados opostos em conflitos modernos e quais são seus desafios de longo prazo. Muito embora eu venha trabalhando tal definição ao longo de vários anos, hoje em dia, eu defino “guerra jurídica” como sendo a estratégia de usar - ou abusar - do direito como um substituto dos meios militares tradicionais para alcançar um objetivo operacional. Assim sendo, neste contexto de guerra jurídica, vejo o direito da mesma forma que qualquer outro tipo de armamento. É um meio que pode ser usado para o bem ou para o mal. (DUNLAP JR, 2008, p. 146).

Com tal tipo de inteligência em mente, fica fácil compreender que, no Brasil, esses conceitos que desdobram o geodireito, tais como, guerra jurídica (*lawfare*), judicialização da

geopolítica, Estado Estratégico de Direito, constitucionalismo estratégico, leitura estratégica da Constituição e Constituição-Estratégica, necessitam ganhar maior visibilidade científica, começando a aparecer, seja no horizonte jurisprudencial, seja no horizonte acadêmico.

Em suma, a intenção aqui foi mostrar o vasto caminho a percorrer pelo direito constitucional pátrio no sentido de traçar os elementos teóricos do geodireito brasileiro, de modo a compreender melhor os diálogos epistemológicos indissociáveis entre o desenvolvimento nacional e o sentimento constitucional de justiça, mormente nesses tempos sombrios de globalização neodarwinista de neutralização axiológica da Constituição-Dirigente. Por certo, são poucos os livros e os artigos que investigam tais diálogos epistemológicos imanentes, daí a magnitude científica do geodireito no campo do direito constitucional contemporâneo.

Sem conter qualquer tipo de inclinação ideológica, o geodireito pode oferecer à teoria constitucional formidável instrumento hermenêutico de garantia de direitos fundamentais, notadamente, dos direitos estatais prestacionais de segunda dimensão, que dependem necessariamente de ações estratégicas do Estado.

Infelizmente, há que se reconhecer que, no direito constitucional brasileiro, a norma que garante o desenvolvimento nacional praticamente não tem nenhuma efetividade ou eficácia positiva, chegando muito próximo da ideia de mera folha de papel, tal qual concebida por Lassalle (1988).

Observe, com a devida agudeza de espírito, que essa ineficácia da norma constitucional do desenvolvimento nacional impacta diretamente os direitos sociais de segunda dimensão, deixando em estado de miserabilidade parcelas cada vez maiores da sociedade brasileira.

Urge, pois, edificar as bases de um direito constitucional genuinamente autônomo, que leve em consideração a plena compreensão da geopolítica mundial, com investigação científica séria acerca dos efeitos benéficos e nocivos de uma globalização neo-hobbesiana, que se projeta fortemente sobre o constitucionalismo dos países de modernidade tardia.

3 | O NEOCONSTITUCIONALISMO E A JUDICIALIZAÇÃO DA GEOPOLÍTICA

A presente segmentação temática tem a finalidade de apresentar a judicialização da geopolítica como um dos elementos fundantes do neoconstitucionalismo pós-positivista, cujo eixo central é a busca da dignidade da pessoa humana para todos os cidadãos.

Com efeito, pautado na reaproximação entre ética e direito, o neoconstitucionalismo é a arma principal para enfrentar as vulnerabilidades sociais advindas da globalização neoliberal, que optou pela desconstrução do Estado Democrático Social de Direito (*Welfare State*). Observe, com atenção, que tal cenário acaba operando a quebra de equilíbrio do sistema jurídico de proteção dos direitos fundamentais, na medida em que passa a privilegiar a primeira dimensão (direitos civis e políticos de natureza absenteísta) em detrimento da

segunda (direitos sociais, econômicos, culturais e trabalhistas de natureza prestacional), fazendo ressurgir das cinzas a hegemonia exegética do arquétipo constitucional liberal.

Já o mundo pós-pandemia apresenta duas grandes tendências constitucionais contemporâneas, que coloca, de um lado, o projeto epistemológico neoliberal do capitalismo democrático, liderado pelo poder geopolítico unipolar (democracia liberal de inspiração lockeana), e, do outro, a perspectiva de um projeto epistemológico metaconstitucional da ordem mundial multipolar de equilíbrio de poder (democracia cosmopolita de inspiração kantiana). É nesse sentido que se busca articular estudos referentes ao panorama geopolítico mundial e seus impactos na ordem constitucional dos Estados nacionais.

É nesse diapasão que um País, como o Brasil, de industrialização retardada, não conseguirá garantir vida digna para todos se não tiver a capacidade de construir uma “Grande Estratégia Nacional” de desenvolvimento, autônoma e focada na consecução dos objetivos fundamentais da Constituição de 1988.

Eis aqui um dos grandes desafios do neoconstitucionalismo quando pensado à luz da hermenêutica do desenvolvimento nacional, qual seja: demonstrar que a efetividade dos direitos fundamentais do cidadão comum e, em especial, dos hipossuficientes, depende do posicionamento geopolítico do Estado perante o sistema internacional.

Nesse sentido, há que se reconhecer que o direito constitucional dos países subdesenvolvidos não pode ser aquilo que o capitalismo democrático imposto pelas nações desenvolvidas diz que é. Nessa mesma linha de pensamento, a visão de Samuel Pinheiro Guimarães:

A norma pela norma, a ideia de que é melhor para o Brasil cooperar com o processo liderado pelas grandes potências de elaborar normas internacionais - e que ter alguma norma seria melhor do que não ter nenhuma norma internacional -, pois o Brasil é um país fraco e sujeito ao arbítrio das grandes potências, é um grave equívoco. O Brasil não deve aceitar normas internacionais que contrariem ou criem empecilhos a seus interesses fundamentais de reduzir as desigualdades, de eliminar as vulnerabilidades e de realizar seu potencial. (GUIMARÃES, 2006, p. 297).

Um verdadeiro Estado Democrático de Direito será aquele no qual a interpretação da Constituição não fica adstrita tão somente ao esquema imposto pelas forças hegemônicas do sistema internacional, mas, deve, sim, navegar na direção de uma geopolítica autóctone, amparada pelas teses pós-positivistas que promovem o desenvolvimento nacional a partir da técnica da ponderação de valores constitucionais.

Em essência, a fé que anima o neoconstitucionalismo estratégico é a busca do vínculo entre os dois pensamentos (jurídico e geopolítico), trazendo a lume a reflexão acadêmico-conceitual sobre um dos fenômenos mais significativos da pós-modernidade: a judicialização da geopolítica. Assim, passa-se, pois, da mera judicialização da política para o tão complexo fenômeno da judicialização da geopolítica.

Em consequência, surge a nova fronteira epistemológica do neoconstitucionalismo, qual seja, incorporar na técnica da ponderações de valores constitucionais de mesma hierarquia os princípios do desenvolvimento nacional e da soberania juntamente com as demais normas constitucionais, aí incluídos os direitos fundamentais e a proteção do meio ambiente.

Nesse sentido, os grandes projetos geopolíticos do País serão judicializados, cabendo ao Poder Judiciário, notadamente, o Supremo Tribunal Federal, conhecer os valores em jogo, não podendo nesse mister desconsiderar os elementos geopolíticos que circunscrevem o caso decidendo. Para o bem ou para o mal, o STF necessita conhecer os impactos da geopolítica mundial não apenas sobre nossa Carta Ápice, mas, também, sobre o ordenamento jurídico como um todo.

Isto quer dizer que o Poder Judiciário - enquanto parte integrante do poder político do Estado - se vê cada vez mais despreparado para solucionar complexos problemas brasileiros, que são levados para juízes e tribunais, independentemente da sua vontade. Ou seja, as grandes questões estratégicas do Brasil (marcos regulatórios de exploração do pré-sal; políticas de conteúdo nacional, base da indústria de defesa, dicotomia entre a proteção do meio ambiente e o desenvolvimento sustentável da Amazônia, privatizações e fusões de empresas multinacionais e muitas outras).

É nesse sentido que o fenômeno da judicialização da geopolítica inova a teoria constitucional hodierna com sua impactante ideia de Constituição Estratégica, com a qual o Poder Judiciário é conectado com a globalização da economia e a geopolítica mundial. Urge, por conseguinte, que a classe de constitucionalistas do Brasil ganhe inteligência mais densa para compreender que, para além das grandes questões políticas nacionais que se apresentam ao Poder Judiciário, o juiz constitucional do terceiro milênio já não pode mais ficar apartado do conteúdo geopolítico que subjaz à questão constitucional sendo por ele aferida.

Aliás, é bem de ver que o fenômeno da judicialização da (geo)política - aqui compreendido como a invasão do direito sobre a (geo)política - já era diagnosticado desde os tempos de Alexis de Tocqueville, valendo reproduzir *in verbis*, fragmentos de seu pensamento que impressionam pela atualidade:

O que o estrangeiro encontra maior dificuldade em compreender nos Estados Unidos é a organização judiciária. Quase não há, por assim dizer, ocorrência política na qual não se evoque a autoridade do juiz. De onde se conclui, naturalmente, que nos Estados Unidos o juiz é uma das primeiras forças políticas. (...) De onde vem esse poder? (...) Os americanos outorgaram a seus tribunais um imenso poder político (...) O juiz americano é, por conseguinte, levado ao terreno da política, independentemente de sua vontade. Ele só julga a lei porque tem de julgar um processo, e não pode eximir-se de julgar um processo. A questão política que ele deve resolver liga-se ao interesse dos pleiteantes, e não poderia recusar-se a decidi-la sem incorrer na negação da justiça. (TOCQUEVILLE, 1998, p. 70-74).

Verdadeiramente impressionante a lição de Alexis de Tocqueville, quando destaca que o Poder Judiciário é uma das primeiras forças políticas dos Estados Unidos, o que evidentemente faz do magistrado um dos principais decisores geopolíticos da nação. Em consequência, por dever de ofício, ao decidir a questão político-estratégica que lhe é submetida, o juiz decide o destino do País. É cumprindo sua missão judicante que o juiz penetra na esfera geopolítica para transformar a vida nacional.

Enfim, com base na análise realizada, resta indubitável que o eixo hermenêutico do neoconstitucionalismo perpassa necessariamente pela atividade exegético-estratégica do Poder Judiciário, que se transforma, por sua vez, na última trincheira da concretização dos direitos constitucionais, notadamente, os direitos fundamentais de segunda dimensão.

É nesse diapasão que a judicialização da geopolítica se transforma na pedra angular da hermenêutica do desenvolvimento nacional, que, por sua vez, se apresenta como última fronteira epistemológica do neoconstitucionalismo.

Trata-se de uma teoria material da Constituição focada na hermenêutica do desenvolvimento nacional, cujo produto final visa a formulação de políticas públicas de promoção da dignidade da pessoa humana, com redução das desigualdades regionais e sociais. Entendemos que a própria designação “neoconstitucionalismo estratégico” já projeta de per si a ideia-força de conciliar o direito e o pensamento estratégico.

Deixa-se para reflexão do leitor, em exame concreto da realidade, se a opção estratégica que vem sendo adotada pela América Latina e, em especial, pelo Brasil, atende aos seus próprios interesses ou, ao contrário, se é apenas a concretização de uma estratégia que lhe é exterior e emanada das potências hegemônicas, notadamente, Estados Unidos e China.

4 | CONCLUSÃO

O presente trabalho analisou o fenômeno da judicialização da geopolítica como última fronteira epistemológica do neoconstitucionalismo pós-positivista. Destarte, em um primeiro momento, investigou-se a era do geodireito e a guerra jurídica, que se desenvolve a partir dos fatores reais de poder mundial sobre o constitucionalismo dos países de modernidade tardia.

Com efeito, procurou-se demonstrar que, na era do geodireito, estratégia nacional e direito constitucional devem estar lado a lado na garantia dos direitos fundamentais do cidadão comum e na defesa da soberania estatal; definitivamente, não convém embarcar na onda da desconstrução do Estado Democrático Social de Direito, que a globalização neoliberal tenta impor.

Ou o direito constitucional mitiga a projeção geopolítica das potências hegemônicas, ou então se confirmam as previsões de teorias geopolíticas que sempre inferiorizam nosso País em relação aos centros mundiais de poder. Daí a necessidade de que a Constituição

seja vislumbrada sob a ótica da grande estratégia nacional. Neste diapasão, enfatizou-se uma imagem incomum no âmbito da teoria constitucional tradicional e que é aquela que mostra as conexões entre a geopolítica e o direito (geodireito). Com efeito, o pensamento acadêmico pátrio ainda não desenvolveu uma teoria constitucional concebida à luz do desenvolvimento nacional, em que a realidade geopolítica mundial se perfaz como conseqüência do poder em si.

Foi com tal espírito acadêmico que o presente artigo procurou sistematizar a nova dinâmica da teoria constitucional contemporânea, que se vê obrigada a incorporar na equação constitucional elementos geopolíticos da estrutura mundial de poder, que incidem, diretamente, seja na plena efetividade ou eficácia social dos direitos fundamentais, seja na proteção dos hipossuficientes.

Portanto, ao jurista do século XXI já não mais lhe é dado permanecer alheio a variáveis metajurídicas que influenciam diretamente o direito interno dos países de modernidade tardia. Com efeito, não há como negar que o direito constitucional hodierno perpassa por uma de suas fases mais delicadas de sua evolução, onde se constata com maior clareza o fenômeno da judicialização da geopolítica e, na sua esteira, a necessidade da hermenêutica do desenvolvimento nacional.

Foi por isso que este trabalho acadêmico procurou desenvolver a ideia de uma hermenêutica do desenvolvimento nacional, como um modelo exegético pós-positivista capaz de harmonizar o Estado Liberal de Direito (primeira dimensão de direitos) com o Estado Democrático Social de Direito (segunda dimensão de direitos).

Pela sistematização engendrada, foi possível demonstrar que o neoconstitucionalismo tem a missão de idealizar um novo arquétipo constitucional de estatalidade positiva atenuada, que harmonize de um lado a tríade “Estado mínimo-livre iniciativa-abertura mundial do comércio” e, do outro, o trinômio “Estado interventor-dignidade da pessoa humana-sentimento constitucional de justiça”.

Este é o grande caminho a trilhar na consecução dos direitos fundamentais de todas as dimensões, notadamente os direitos estatais prestacionais de segunda dimensão. Com estas considerações, encerra-se este trabalho acadêmico, na expectativa de sua contribuição para o aperfeiçoamento da teoria neoconstitucional, na medida em que destaca que a estratégia nacional e o direito constitucional devem estar lado a lado na garantia dos direitos fundamentais do cidadão comum.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Reflexões sobre a peste**. Ensaios em tempos de pandemia. Tradução de Isabella Marcatti. São Paulo: Boitempo, 2000.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BOBBITT, Philip. **A guerra e a paz na história moderna**. O impacto dos grandes conflitos e da política na formação das nações. Tradução de Cristiana de Assis Serra. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

DUNLAP JR, Charles J. **Lawfare today**: a perspective. In: Yale Journal of International Affairs 146-154 (Winter 2008).

GÓES, Guilherme Sandoval; MELLO, Cleyson Moraes. A Hermenêutica do Desenvolvimento Nacional à Luz do Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 118, pp. 321-364, jan./jun. 2019.

GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. **Desafios brasileiros na era de gigantes**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

IRTI, Natalino. **Norma e luoghi**. Problemi di geo-diritto. Roma-Bari: Laterza, 2005.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 2ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

MONIZ BANDEIRA, Luiz Alberto. **A desordem mundial**: O espectro da total dominação: Guerras por procuração, terror, caos e catástrofes humanitárias. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2016.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Da democracia na América**. Traduzido e condensado por José Lívio Dantas. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1998.

CAPÍTULO 3

CONSIDERAÇÕES SOBRE A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DOS PRECEDENTES

Data de aceite: 01/11/2020

Data de submissão: 30/07/2020

Vinícius Correia Trojan

Universidade do Contestado
Porto União – Santa Catarina
<http://lattes.cnpq.br/2367099302472369>

Fábio Roberto Kampmann

Universidade do Contestado
Porto União – Santa Catarina
<http://lattes.cnpq.br/7574707152825893>

RESUMO: A presente pesquisa objetiva a análise dos precedentes com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015 sob o enfoque da (in)constitucionalidade material, por ter o Código de Processo Civil permitido ao judiciário legislar, e formal, sob o fundamento de que a eficácia vinculante só pode ser concedida por emenda à constituição, jamais por legislação ordinária. Nesse ponto, considerou-se que não há inconstitucionalidade material, pois o judiciário não está prescrevendo condutas, mas há formal, afinal o rito de Emenda Constitucional é o que garante a supremacia da Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Precedente, efeito vinculante, inconstitucionalidade.

CONSIDERATIONS ABOUT THE (UN)CONSTITUTIONALITY OF THE PRECEDENTS

ABSTRACT: The present research objective the analysis of the precedents with the promulgation of the Civil Procedure Code of 2015 under the focus of the (un)constitutionality material, for having the Civil Procedure Code allowed to legislate, and formal, under the fundament that the binding effectiveness only can be granted by a constitutional amendment, never by ordinary legislation. On this point, considered that there's no material unconstitutionality, because the judiciary are not prescribing conducts, but there is formal, after all the rite of constitutional amendment is what guarantee the constitution supremacy.

KEYWORDS: Precedents, bidding effect, unconstitutionality.

1 | INTRODUÇÃO

Ensina-se, nas lições iniciais de teoria do direito que a tradição jurídica brasileira é a do Civil Law, ou seja, a Lei positivada tem função primeira no ordenamento, enquanto a jurisprudência é norte interpretativo. Configuração oposta é a da Common Law anglo-saxônica, no qual os precedentes são as fontes primordiais do direito.

Em 2004, entretanto, com a Emenda Constitucional N° 45, criaram-se as denominadas “súmulas vinculantes”, enunciados oponíveis à administração pública e ao judiciário. Com

aspirações semelhantes, foi promulgado em 2015 o Código de Processo Civil - Lei nº 13.105. Em novembro do ano mencionado, o saudoso Ministro do Superior Tribunal Federal Teori Zavascki, em entrevista ao site jurídico Conjur, declarou que “caminhamos a passos largos para o common law”.

No que tange à força cogente dos precedentes, a principal modificação foi a obrigatoriedade dos juízes e dos tribunais de primeira instância seguirem certos precedentes além das súmulas vinculantes, enumerados no artigo 927 do Códex Processual, sob pena de as decisões proferidas serem consideradas omissas, conforme prescreve o artigo 489, § 1º, inciso VI do referido diploma normativo.

Além disso, em certas hipóteses, a existência de precedente acarreta na improcedência liminar do pedido, consoante a redação do artigo 332 do Código Procedimental, ou obsta o trâmite de recurso, nos termos do artigo 1.030, inciso I, da referida Lei.

Diante da ruptura do *status quo*, objetiva-se com o presente analisar a constitucionalidade dos denominados precedentes vinculantes, instituídos pelo Código de Processo Civil de 2015.

2 | REFERÊNCIAL TEÓRICO

2.1 A (in)constitucionalidade material dos precedentes sob o prisma da separação de poderes

Uma norma será materialmente inconstitucional quando seu teor estiver em descompasso com os princípios e regras estabelecidos pela Constituição da República (BRANCO; MENDES, 2016). Doutro norte, a Constituição Federal estabelece, em seu artigo segundo, a separação entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

A separação dos poderes é determinada pelo artigo 2º da Constituição Federal de 1988 com o seguinte teor: “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Uma de suas funções na Lei Fundamental do Estado é a limitação do poder e dismantelar tentativas de abuso do próprio Estado em face do cidadão. Delimitam-se as funções e abrangência dos entes estatais, a fim de vedar que todos recaiam sobre a mesma pessoa. Em suma, cabe primordialmente ao Legislativo a criação de leis, ao Executivo a execução e administração do orçamento, e ao judiciário a resolução de conflitos e interpretação das leis (MORAES, 2017).

Já em 2004, sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, Lênio Streck apontava e criticava o hibridismo insurgente no país com a sobrevivência de efeitos vinculantes a determinadas decisões judiciais, denominando tais institutos de anti-hermenêuticos ao atribuírem demasiada relevância ao que decide os Tribunais Superiores, dificultando a tarefa do hermeneuta, impedindo a concretização de direitos fundamentais (STRECK, 2014).

Inclusive, a forma pela qual o Brasil fortaleceu os Tribunais Superiores não encontra exemplos no direito comparado. As cortes superiores ganham destaque, ao mesmo tempo em que se aniquila o espaço decisório dos juízos de primeira instância, sem a correspondente legitimação do judiciário pela Constituição (STRECK, 2016).

Há também preocupação quanto ao engessamento do direito, pois a superação do entendimento vinculante, muito embora possa ocorrer, é dificultada pela improcedência liminar do pedido, pelos indeferimentos monocráticos de recursos e por eventuais condenações à litigância de má-fé. Dificulta-se o transcurso natural do processo, o qual possibilita a argumentação da parte (STRECK, 2016).

Dito isso, importante salientar que o magistrado singular na análise casuística não deve proceder na aplicação do precedente de modo silogístico, mas sim analisar se de fato a *ratio decidendi* é harmônica e se estará sendo preservada a coerência e a integridade do direito. Desta forma, estarão sendo respeitados simultaneamente a Constituição Federal e o Código de Processo Civil (STRECK, 2016).

À atividade jurisdicional não cabe inovar na interpretação do direito, criando teses vinculantes, tarefa primordial do Poder Legislativo. O Código de Processo Civil, para Lênio Streck (2017), não observou a cláusula da separação dos poderes, basilar do Estado Democrático de Direito, razão pela qual padece de inconstitucionalidade material.

Em sentido oposto, Peixoto (2017) posiciona-se favorável à introdução gradual dos precedentes no direito pátrio, e argumenta no sentido de que, ao contrário da atividade legislativa, as decisões judiciais do artigo 128 carecerão de motivação, ou seja, não serão mero exercício arbitrário do subjetivismo judicial.

Peixoto (2017) sustenta ainda que a função de prescrever condutas, ou seja, legislativa, continua sendo do poder legislativo, enquanto ao judiciário cabe o julgamento de tais condutas, mas agora de forma unitária. Nada mudou quanto à separação dos poderes, apenas acresceu-se elementos aptos a proporcionarem segurança jurídica.

No direito comparado, situação semelhante foi enfrentada na declaração de inconstitucionalidade dos Assentos do direito português. A ação originária que resultou na declaração de inconstitucionalidade foi de despejo, por desvirtuamento em um contrato de arrendamento. A parte ré alegou a caducidade do direito da autora, com fulcro em um assento e, irrisignada, houve recurso, mas a sentença foi mantida em segunda instância, até que a autora conseguiu levar seu caso ao Tribunal Constitucional Português, alegando que os assentos violavam a separação dos poderes e não eram fontes válidas do direito. No acórdão, os julgadores iniciaram com um apanhado histórico do instituto cuja inconstitucionalidade fora suscitada. Após, faz uma revisão acerca das doutrinas daquele país sobre o tema, consignando que alguns doutrinadores entendem os assentos incompatíveis com a Constituição, por serem demasiadamente abstratos e regulamentarem condutas futuras, enquanto outros defendiam que se tratava de interpretação autêntica às normas. Concluiu-se, no entanto, que “os assentos se apresentam com carácter prescritivo,

constituindo verdadeiras normas jurídicas com o valor de “quaisquer outras normas do sistema”, revestidas de carácter imperativo e força obrigatória geral” (PORTUGAL,1993, p. 29).

Na ótica de Peixoto (2017) o exemplo do direito português, quando declarou em 1993 a inconstitucionalidade dos assentos por virtude da separação dos poderes pode ser utilizado como argumento para inconstitucionalidade das inovações do Código de Processo Civil, ao se considerar que o instituto português, a contrário do efeito vinculante atribuído aos precedentes pátrios, não permitia a revisão, ou seja, o *overruling* do posicionamento, e sua eficácia não era apenas em face do judiciário, mas toda comunidade portuguesa. Não foi o fator dos assentos não terem sido inseridos por emenda constitucional, portanto, o fator que levou a sua declaração de inconstitucionalidade.

2.2 A inconstitucionalidade dos precedentes por vício formal

O presente tópico se presta a dois objetivos: (1) analisar a (in)constitucionalidade por conta de vício formal dos precedentes, na forma do que será adiante explanado; e (2) perquirir acerca da viabilidade de introdução de sistema de precedentes mediante lei.

A inconstitucionalidade por vício formal ocorre quando há violação ao processo legislativo, prescrito de maneira detalhada pela Constituição Federal, independente do conteúdo da legislação aprovada pelo parlamento. Exemplo desta hipótese de inconstitucionalidade é quando a Constituição Federal atribui competência para propositura de lei a determinada autoridade, mas outra a inicia. Mesmo a aprovação do dispositivo pelo parlamento não é capaz de elidir o vício na origem da Lei (BRANCO; MENDES, 2016).

Na ótica de Rossi (2015) o incidente de resolução de demandas repetitiva e o incidente de assunção de competência estão enraizados de vício de inconstitucionalidade formal. Isso porque suas decisões são dotadas de eficácia *erga omnes*, a mesma conferida às Súmulas Vinculantes, entretanto, as súmulas vinculantes encontram previsão constitucional, pois foram introduzidas no ordenamento jurídico após aprovação de emenda constitucional, especificamente a Emenda Constitucional n. 45 de 2004. O autor ainda explana que não poderia o legislador infraconstitucional atribuir força vinculante a certas decisões sem previsão da Carta Magna justamente porque, de certo modo, a eficácia vinculante é semelhante a criação de uma Lei, com a diferença que a vinculação não se opera ao Poder Legislativo, mas o faz quanto ao Executivo e ao Judiciário (ROSSI 2015). Na mesma esteira, Streck (2017) pontuam que, ainda que expressamente a decisões dos institutos mencionados não vinculem a administração pública, na prática, em decorrência da facilidade do manejo da reclamação, há sim o efeito vinculante.

Rossi (2015) prega a inconstitucionalidade do artigo 928, uma vez que sua pretensão é atribuir a certos precedentes a mesma força normativa conferida às decisões do controle de constitucionalidade, com a diferença de que este encontra guarida na Constituição da República. O legislador infraconstitucional, portanto, extrapolou sua esfera de normatização,

uma vez que o Código de Processo Civil não foi aprovado com o quórum exigido para as emendas constitucionais, que exigem aprovação por dois quintos dos parlamentares, em dois turnos, nas duas casas, Senado e Câmara dos Deputados, na forma do §2º do artigo 60 da Constituição Federal.

A doutrina fala em sistematização dos precedentes e entende que o problema da insegurança jurídica pode ser facilmente solvido mediante a conferição de efeitos vinculantes a certas decisões, o que esbarra no desrespeito à Constituição – única norma apta a regulamentar quais pronunciamentos judiciais terão ou não eficácia vinculante. A Carta Magna, atualmente, atribui tal efeito apenas às súmulas vinculantes, de modo que quaisquer outras decisões, para serem vinculantes, precisam necessariamente passar pelo quórum exigido para promulgação de uma Emenda Constitucional, na forma do §2º do artigo 60 da Constituição Federal (STRECK, 2016).

Não obstante o alegado vício formal, ainda que se estivesse tratando de vinculação de precedentes criado por Emenda Constitucional, o sistema seria compatível com a constituição, mas encontraria diversos percalços em sua aplicabilidade, pois a cultura jurídica brasileira encontra dificuldades em assimilar e incorporar conceitos muito próprios do *common law*. A aplicação dos precedentes no país encontra sua maior dificuldade no fato de que isso ocorreu por intermédio de lei, mas não necessariamente do avanço cultural e da compreensão da comunidade jurídica sobre a matéria. Exemplo disso é que, frequentemente, tese jurídica é confundida com a *ratio decidendi*, o que é um equívoco, pois se tratam de elementos diversos, bem como o fato de que mesmo na Common Law, o precedente sempre estará abaixo da Lei em sentido estrito, mas no Brasil muitas vezes a Lei é preterida pela súmula vinculante. Teme-se que a necessidade de oferecer aos jurisdicionados segurança jurídica e celeridade, com fulcro no *stares decisis* do *common law*, suprima-se os direitos fundamentais assegurados pela ordem jurídico-constitucional vigente. Imprescindível que os institutos de julgamentos de casos repetitivos sejam interpretados apenas dessa forma, como julgados com o condão de solucionar diversas demandas, e nunca como um sistema de precedentes (STRECK, 2017).

Barroso e Mello (2016) defendem a ascensão no pós-guerra do Poder Judiciário, principalmente no que concerne à proteção de direitos fundamentais. Assim, a nova magistratura é proativa e, em virtude do excesso de demandas, não constrói mais as decisões judiciais de modo artesanal, utilizando de modelos e de assessores diariamente pois, na visão dos autores, simplesmente não há tempo hábil para tanto, sendo os precedentes de suma importância na tarefa, e entendem necessário que ao final dos julgamentos seja fixada a tese jurídica, compreendida como expressão sinônima da *ratio decidendi* e do *holding*. Os autores correlacionam a ampliação do rol de possibilidades que ensejam a propositura da Reclamação com a eficácia dos precedentes. Para os autores, o fato de que o descumprimento de tese de direito fixada em julgamento de Incidente de

Resolução de Demandas Repetitivas ou Incidente de Assunção de Competência é o que confere aos acórdãos destes julgamentos o efeito vinculante.

Ademais, ponto crucial no equívoco em que incorreu o legislador concerne ao modo de surgimento do precedente. No *common law*, o precedente não simplesmente nasce, mas é construído. Determinado Tribunal Superior decide de certa forma e, com o decorrer do tempo, em razão do conteúdo da decisão, ela é integrada e respeitada pela própria corte e pelos demais órgãos jurisdicionais que lhe são subordinados. No Brasil, o precedente à brasileira surge tão-somente com determinado quórum conferido ao *leading case*, independentemente do seu conteúdo e de sua aceitação posterior, sendo que “somente se, historicamente, ele for utilizado na argumentação das partes e na fundamentação de novas decisões judiciais é que ele começará a ganhar o status de precedente” (STRECK, 2016, p. 1227). O autor utiliza como exemplo o caso *Madison versus Marbury*: sua relevância ao decorrer das décadas é atribuída não pelo quórum, mas pelo teor da decisão harmonizadora. Por isso não se pode dizer que o Código de Processo Civil inaugurou sistema de precedentes (STRECK, 2016).

No Brasil não há cultura do precedente e a mesma, uma vez que é “cultural”, ou seja, pressupõe-se sua construção na comunidade, o que não ocorre de forma imediata e requer certo tempo (ROSSI, 2015).

Para o autor, se o problema é com o excesso de demandas, a solução estaria em aperfeiçoamento do judiciário, e não em um sistema de precedentes elaborado de forma supérflua. Ainda, é fundamental compreender que o precedente difere da lei e, portanto, deve ser analisado o porquê da sua incidência no caso em concreto. Da mesma forma, não é feito apenas para eficácia futura, mas também para solver a lide concreta submetida à apreciação (ROSSI, 2015).

Na visão de Rossi (2015), o sistema de precedentes garante a segurança quando deveria, de fato, ser priorizada a reflexão acerca das decisões tomadas nos processos, a fim de serem inviabilizados os subjetivismos e as arbitrariedades causados pela mera exegese positivista. O juiz não pode se tornar um mero exegeta da jurisprudência, repetindo de forma silogística o que foi decidido anteriormente nos precedentes judiciais de que trata o artigo. A mera aplicação das decisões, sem a necessária reflexão acerca daquilo que está sendo decidido no caso concreto, é demasiadamente simplista para algo de tamanha complexidade como é o direito. Ou seja, “não se pode reduzir o discurso do Direito (dito jurisprudencial) a uma pauta de isonomia forçada a qualquer custo para geração de uma eficiência quantitativa” (ROSSI, 2015, p.336)

Houve, apesar da inconstitucionalidade de determinadas interpretações e de determinados elementos do Código de Processo Civil, a substituição da análise constitucional para o exame pragmático. Não importa se determinadas interpretações violam a Constituição, conquanto estejam aptas a assegurar à sociedade a tão almejada

celeridade. O processo deixa de ser utilizado como via de concretização de direitos fundamentais, em uma concepção utilitarista (STRECK, 2016).

Rossi (2015) não desconhece a problemática de logística que assola o judiciário e acarreta no abarrotamento das comarcas e dos tribunais. Entretanto, afirma que o impasse não pode e nem deve ser solvido por via de decisões apenas por ser decidido, com a mera subsunção entre a literalidade da lei ou do precedente e o caso concreto. Os institutos de homogeneização aumentaram a quantidade em desprestígio da qualidade das decisões judiciais, sob o pretexto de diminuir a morosidade do trâmite processual. Perdeu-se, assim, a valorização do caso individual, transformando-se a jurisdição em uma mera operação matemática (ROSSI, 2015). Para Streck e Abboud (2017, p. 1223) “O antigo juiz boca-fria-da-lei é substituído por um juiz-boca-fria-da-súmula ou ainda “juiz--boca-fria-de-qualquer-provimento-vinculante-dos-tribunais-superiores”. (1223)

Rossi (2015) critica justamente na ausência de crítica pelos juristas brasileiros na praxe jurídica. Olha-se a jurisprudência, então a lei e, apenas em última hipótese, a doutrina. Dessa forma, os julgados são apenas repetições, sem se submeterem a uma reflexão mais profunda e refinada.

Peixoto (2017, p. 18), discorda da premissa de criação de uma exegese dos precedentes, pois “os precedentes são textos e, tal qual a lei, precisarão ser interpretados dentro da sua facticidade, sempre havendo a possibilidade de superação pelo tribunal competente e da realização da distinção pelos demais tribunais”. O autor entende que sempre será necessária a análise entre a *ratio decidendi* fixada pelo tribunal e o caso concreto e, caso a parte discorde da incidência do precedente, poderá pugnar pela distinção em seu caso, sem contar a construção dialética dos precedentes, com participação das partes e da sociedade via *amicus curiae*. Outrossim, precedentes cuja estruturação não fora bem formulada e não haja aceitação, embora formalmente obrigatórios, serão rejeitados pelo judiciário. Há ainda a possibilidade de *dissapprove precedent*, quando o magistrado aplica o precedente no caso concreto, mas faz constar a sua discordância do entendimento.

Como solução, tem-se a hermenêutica filosófica, que faz contraponto à exegese do positivismo jurídico. Para esta última, a mera previsão legal ou jurisprudencial basta de per si para solucionar o caso concreto em análise. Deveras, o texto em si, abstrato, possibilidade que se chegue em diversas conclusões. Assim, “uma concepção hermenêutica sobre o Direito é, necessariamente, uma terceira via entre o positivismo e o jusnaturalismo, pois estabelece uma relação circular entre a autonomia e a co-originalidade” (ROSSI, 2015,p.324)

Os precedentes vieram no intuito de solver a variação das decisões da *civil law*, fenômeno observado no Brasil. É pertinente e lógico que o juiz esteja vinculado às suas decisões e às decisões dos tribunais que o são superiores. Atuação contrária a essa premissa resulta em solipsismo e absolutismo judicial, ressaltando-se sempre que a atividade judiciária é voltada não ao órgão julgador, mas às partes e a sociedade. O livre-

convencimento não é, nem de longe absoluto, e deve dar vazão a outros valores mais importantes (MARINONI, 2015)

Considerando que o juiz atende às regras abertas, é fundamental na hodiernidade, para fins de segurança judicial, a previsibilidade do entendimento aplicável àquele conceito (MARINONI, 2015)

Mormente haver os dois sistemas de controle de constitucionalidade regulamentados e utilizados, a questão da inconstitucionalidade ainda não foi trazida à baila, ao menos pelas Cortes Superiores – Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Segundo Peixoto (2017), com base em alguns julgamentos anteriores da Suprema Corte brasileira, é provável que seja mantido o status quo do Código de Processo Civil.

3 I CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise a respeito da (in)constitucionalidade de um sistema jurídico como um todo, por estar envolta a elementos técnico-jurídicos-políticos nunca se mostra simples. Buscou-se a hermenêutica, material e formal, a respeito da adequação do Código de Processo Civil a respeito dos presentes com a Constituição Federal – Lei Maior do Estado.

Pontua-se, no entanto, que o poder do legislativo criar o direito continua hígido. O judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas interpretando o direito preexistente, de forma a assegurar segurança jurídica aos jurisdicionados. Desde que não inove prescrevendo condutas e limitando o direito, há harmonia material entre a eficácia vinculante dos precedentes e a Constituição da República.

No tocante à alegada(in)constitucionalidade formal sob o fundamento de que a eficácia vinculante só pode ser atribuída por intermédio de emenda constitucional, conforme ocorrido com as sumulas vinculantes, o posicionamento encontra defensores, mas também opositores, os quais reputam desnecessário o quórum especial exigido ao poder constitucional reformador, porque a vinculação é apenas interna aos órgãos judiciários e não pode ser oposta face à administração pública.

Há de se considerar o embasamento teórico fornecido por Lênio Streck: legislação ordinária não tem o condão de alterar a forma de exercício da jurisdição, tampouco de estabelecer tamanha extensão aos poderes dos Tribunais. Ainda sem adentrar ao mérito dos precedentes, por melhores e mais perfeitos que sejam, o vício de inconstitucionalidade é insuperável nesse ponto e clama sua declaração pelo judiciário.

Eis um paradoxo e uma dificuldade: o judiciário tem o dever enquanto garantidor da superioridade da constituição de declarar a nulidade de uma norma que o fortalece.

Em uma democracia é imprescindível o respeito às “regras do jogo”. As ressalvas legislativas não são obsoletas ou meras indicações: lá estão para assegurar que determinadas matérias, por decorrência de sua relevância às questões de Estado, devem necessariamente passar por maior debate legislativo e devem ser ratificadas mais de uma vez, porquanto têm o condão de acarretarem influência em diversos setores

Quanto à (in)conveniência dos precedentes, há de se ponderar que a mesma Constituição e as mesmas legislações federais não podem ter 26 significados para cada unidade federativa, nem podem as partes terem o resultado de seu processo condicionado a turma ou juiz em que este será distribuído. O Código de Processo Civil, portanto, traz em si os primeiros passos rumo à evolução da unicidade do direito e coerência do sistema.

Considerando, não obstante o vício de inconstitucionalidade, conforme já mencionado, o Código de Processo Civil se encontra vigente na ordem jurídica e com a presunção de constitucionalidade intacta. Portanto, enquanto e se tiver a inconstitucionalidade declarada, será aplicado. Para a tarefa e como condição de respeito ao conteúdo da Carta Política, necessário(1) o respeito, na criação do precedente, do direito constitucional ao contraditório, possibilitando sempre às partes arguirem a argumentação que repute necessária, sendo ela de fato sopesada pelos julgadores; (2) a aplicação do precedente só ocorra conquanto haja devida equivalência fática entre precedente e caso concreto, devendo o magistrado ou órgão colegiado sempre se atentar e possibilitar a manifestação das partes acerca da distinção, para se evitar a mera exegese; (3) os Tribunais não devem temer *o overruling*, pois não podem estar alheios às modificações sociais, sob pena de engessamento do direito e do judiciário; (4) as ferramentas não põem servir como método de jurisprudência em hipótese alguma. Talvez as condições sejam utópicas.

De qualquer sorte, a lei está em vigência e é tarefa de toda comunidade jurídica velar pela sua aplicação coadunada com a Constituição da República.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; STRECK, Lênio Luiz. O solilóquio epistêmico do ministro Roberto Barroso sobre precedentes. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-03/senso-incomum-soliloquio-epistemico-ministro-barroso-precedentes?imprimir=1>>. Acesso em 04 out. de 2010.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>. Acesso em 05 de out. de 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilma Ferreirar. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. Rio de Janeiro: Atlas, 2018.

PEIXOTO, Ravi. (In)constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC/2015: um debate necessário. *Civil Procedure Review*, v.8, n.2: 93-133, may-aug., 2017.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 74396. Relator: Monteiro Diniz. Lisboa, 7 de dezembro de 1993. Não. Lisboa, 7 dez. 1973. 74

NUNES, DIERLE; MENDES, ALUISIO; JAYME, FERNANDO GONZAGA. (Org.). A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015. 1ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, v. , p. 153-184.

ROSSI, Júlio Cesar. Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2018

_____. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: 2004.

CAPÍTULO 4

O FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Data de aceite: 01/11/2020

Submissão em 05/08/2020

Bruno Thiago Krieger

Universidade Regional de Blumenau (FURB).
Departamento de Direito.
Blumenau/SC
<http://lattes.cnpq.br/2610396298730350>

Raul Ribas

Universidade Regional de Blumenau (FURB).
Departamento de Direito.
Blumenau/SC
<http://lattes.cnpq.br/4818793802558761>

Doacir Gonçalves de Quadros

Centro Universitário Internacional (UNINTER).
Departamento de Direito.
Curitiba/PR
<http://lattes.cnpq.br/1155024846734406>

RESUMO: Este artigo tem por objeto o estudo sobre o foro especial por prerrogativa de função e o princípio da separação de poderes. A sua problemática consiste em analisar se é constitucional a Proposta de Emenda à Constituição nº 333/17 de autoria do senador Álvaro Dias (PV-PR), que prevê a restrição do foro especial por prerrogativa de função aos chefes dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. A tese defendida neste artigo é de que entregar a jurisdição sobre os crimes praticados durante o exercício do mandato por parlamentar a qualquer juiz de primeiro grau, retiraria a autonomia do parlamentar, podendo existir uma influência

de membros do Poder Judiciário no Poder Legislativo, inclusive autorizando proteções ou mesmo perseguições políticas.

PALAVRAS-CHAVE: Foro especial por prerrogativa de função, Princípio da Separação dos Poderes, Inconstitucionalidade, Proposta de Emenda à Constituição, Cláusula Pétrea.

THE SPECIAL FORUM FOR PREROGATIVE OF FUNCTION AND THE PRINCIPLE OF SEPARATION OF POWERS

ABSTRACT: This article has as object the study of the special forum for prerogative of function and the principle of separation of powers. The problematic aspect of the abovementioned theme lies in the examination of whether the proposed Constitutional Amendment n. 333/17, is in fact constitutional or not. Written by Senator Álvaro Dias (member of the political party PV-PR), the amendment provides restrictions to the immunity by function of the heads of the Executive, Legislative and Judiciary. The defended thesis in this article is that providing jurisdiction over crimes committed during the exercise of the parliamentary mandate to any first-instance judge, would remove the autonomy of the Parliament and may enable the occurrence of influences perpetrated by the members of the Judiciary in the Legislative Power, and its members, including authorizing protections or even political persecutions.

KEYWORDS: Special Forum for Prerogative of Function, Principle of Separation of Powers, Unconstitutionality, Proposed Amendment to the Constitution, Eternity Clause.

1 | INTRODUÇÃO

O foro especial por prerrogativa de função está presente em nossa Constituição (art. 102, inciso I, alínea b e c; art. 105, inciso I, alínea a; entre outros dispositivos) e tem como objetivo instituir um determinado tribunal ou juízo, para o julgamento de algumas demandas que envolvam alguma autoridade pública. É com alguma frequência que se discute se este dispositivo se trata de uma prerrogativa ou de um privilégio.

Inclusive, tramita na Câmara Federal a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) de nº 333/17, de autoria do senador Álvaro Dias (PV-PR), já aprovada no Senado Federal (texto integral no anexo I), que prevê a diminuição do foro especial por prerrogativa de função, pela referida proposta, ficaria estabelecida esta prerrogativa apenas para o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, o Presidente da Câmara dos Deputados, o Presidente do Senado Federal e o Presidente do Supremo Tribunal Federal, ou seja, os chefes dos três poderes.

A proposta deste artigo é verificar se esta redução do foro especial por prerrogativa de função é compatível com o sistema constitucional vigente, em especial sob uma análise do princípio da separação dos poderes (art. 2º e art. 60, §4º, inciso III da Constituição Federal).

Para isto, faz-se necessário esclarecer o que seria o princípio da separação dos poderes; bem como uma apresentação do que é o foro especial por prerrogativa de função, com direcionamento no sentido de saber se este se configura como cláusula pétrea e, por fim, uma análise da possibilidade e dos limites das Propostas de Emenda à Constituição que interferem em cláusulas pétreas, a fim de balizar a constitucionalidade ou não da PEC nº 333/17.

2 | O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Na análise do foro por prerrogativa de função tem centralidade destacada o conceito de separação de poderes e a sua incorporação no contexto constitucional moderno.

O desenvolvimento e divulgação orgânicos da ideia de poderes de Estado separados por função foi operado – não obstante elaborações anteriores em Aristóteles e John Locke – por Charles-Louis de Secondat, barão de Montesquieu, que o ordenou como pressuposto da liberdade. Com efeito, para Montesquieu (1995, p. 168):

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder

sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

A íntima ligação entre a separação dos poderes estatais e a liberdade política do cidadão se revela, para Montesquieu, na necessidade de que o controle da centralização de poder em determinado governo leve a “tranquilidade de espírito” em que um “cidadão não possa temer outro cidadão” (Montesquieu, 1995, p. 168).

Um estudo mais profundo sobre o livro *O Espírito das Leis* revela a presença das habilidades intelectuais em Montesquieu que transitam entre a sociologia, o direito, a filosofia política e a história.

No âmbito da sociologia suas contribuições estão em procurar compreender o fato histórico a partir do costume, das ideias, leis e instituições. Como chegar ao inteligível? Para Montesquieu primeiro é preciso captar por trás da sequência aparentemente acidental dos acontecimentos as causas mais profundas que os explicam.

No campo da filosofia política Montesquieu em sua obra oferece uma teoria política. Do capítulo I ao XIII, encontramos a teoria dos três tipos de governo em que ele classifica os diferentes tipos de governo a partir de dois critérios: natureza e princípio. Do XIV ao XIX, Montesquieu reflete sobre a influência do clima e do solo sobre os homens, seus costumes e instituições. E, por fim, do capítulo XX ao XXVI, ele descreve a influência do comércio, da moeda, do número de habitantes e religião sobre os hábitos, costumes e as leis da sociedade.

Em conjunto estas três partes do livro de Montesquieu procura uma explicação dos fenômenos políticos a partir de variáveis sociais procurando entender a organização social a partir da influência de causas físicas e materiais.

No campo da política a teoria política de Montesquieu esta assentada na moderação como o mecanismo que permite o funcionamento estável dos governos. Como chegar a moderação nos governos?

A resposta dele a esta questão é a partir da sua teoria da separação dos poderes. Aristóteles, Marcilio de Pádua, Grotius, Puffendorf, Bodin, Locke estão dentre os pensadores que se colocam com os defensores da separação dos poderes para se chegar a moderação dos poderes. Em Montesquieu a separação de poderes é a forma de organização que garante o bom funcionamento dos governos, a separação consiste na possibilidade da existência de um poder capaz de contrariar outro poder. Montesquieu cita a Inglaterra e a sua Constituição como exemplo ideal de governo moderado em que o executivo está nas mãos do monarca, as Casas Legislativas duas assembleias na posse do povo e da nobreza. E, por fim, o Judiciário que não é um poder de pessoa, mas o poder das leis.

Foi nas revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII que a teoria ganhou contornos institucionais. Na Revolução Inglesa, a separação de poderes está presente no contexto político-revolucionário de conflito entre o Parlamento e o Rei, resultando, ao final

da Revolução Gloriosa, em 1689, com a instituição do *Bill of Rights*, que estabeleceu as bases da contenção da monarquia inglesa no contexto da ascensão de Guilherme III.

Esse conceito de separação de poderes também foi incorporado aos ideais da Revolução Francesa, constando expressamente na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 como pressuposto para a existência de uma Constituição: “Artigo 16. Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

Também presente no direito norte-americano, com o sistema de freios e contrapesos, a doutrina da separação dos poderes para os federalistas não possuía a utilidade única da garantia da liberdade do indivíduo (como para Montesquieu), mas estava “imediatamente voltada à otimização do desempenho das funções do Estado, fundando-se também no princípio da divisão do trabalho”, como nos lembra Eros Roberto Grau (2005, p. 226).

Erigido a dogma constitucional, a separação de poderes teve previsão expressa nas constituições brasileiras – com exceção da Constituição de 1937, que instituiu o Estado Novo –, constando na Constituição Federal de 1988 como princípio fundamental, em seu art. 2º, dispondo que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (Brasil, 1988).

Mas é preciso fazer a distinção entre funções de poder com separação de poderes, como nos adverte José Afonso da Silva (2015, p. 110).

Para referido autor, a distinção das funções de Estado se observa na especialização das tarefas do governo, levando-se em consideração a sua natureza (legislativa, executiva e jurisdicional). Já a separação de poderes se materializa com a existência de órgãos especializados para o exercício de cada uma das funções, o que obsta a concentração de poderes (Silva, 2015, p. 110).

Todavia, a evolução do Estado contemporâneo impõe uma releitura da separação dos poderes e a dinâmica relação entre os órgãos legislativos, executivos e judiciários.

É importante visualizar, brevemente, o modelo de direito existente antes do Estado Liberal de Direito, a fim de que se compreenda as razões de seu surgimento. Segundo Ferrajoli (2015, p. 17-18), o modelo de direito vigente era o jurisprudencial pós-moderno, o qual, em razão da inexistência de um monopólio da produção normativa, tinha como base intrínseca a justiça ou a racionalidade, vez que era o predomínio das máximas que valiam para determinação do Direito. De tal modo, verifica-se um verdadeiro contraste entre a moral e o direito, pois, nem sempre, o que estava escrito valia, havia que ser considerado justo pelo intérprete.

É nesse contexto que surge o Estado de Direito Liberal, que tem como principal causa a ascensão da burguesia, uma vez que o interesse no momento era se proteger das arbitrariedades e da falta de previsibilidade do Estado de Polícia. De tal forma, o surgimento deste modelo de Estado tem como escopo principal garantir alguns direitos fundamentais, em especial, os pautados na liberdade e na propriedade, buscando, deste modo, garantir o

pleno funcionamento do sistema capitalista, com a proteção dos direitos da elite econômica da época (Novais, 2013, p. 73-76).

No entanto, com o surgimento de diversas tensões sociais, as quais começaram a ameaçar o poder da burguesia, essa não via mais outra possibilidade que não a permissão da intervenção estatal em alguns casos, momento em que começam a surgir os direitos sociais. O impacto do surgimento dos direitos sociais levou a organização de movimentos socialistas e também a novas práticas de gestão governamental do Estado, por meio da intervenção no âmbito econômico para atenuar as consequências oriundas da relação proveniente da sociedade de mercado (Carvalho et. al, 2018, p. 223).

Esses direitos foram verdadeiras “moedas de troca” da elite social para a sua própria manutenção no poder, além, é claro, de trazer algumas vantagens, sendo as principais delas: a flexibilização do sistema, o que possibilitou a sua manutenção de forma mitigada; a divisão por todo o povo dos custos da infraestrutura básica, necessária para o desenvolvimento do capital e o benefício decorrente da concessão de obras e serviços públicos (Streck e Moraes, 2014, p. 76-78).

Porém, em ambos os modelos, não havia o controle de constitucionalidade, em relação ao conteúdo das normas, tão somente, o controle formal. Ou seja, na classificação dos modelos de direitos trazidos por Ferrajoli, pode-se dizer que estes primeiros seriam parte do modelo legislativo, aonde não importava o conteúdo da norma, mas sim a sua fonte, reconhecendo a possibilidade de existência normas injustas, mas válidas, era o preço que se pagava pela certeza do direito, foi um momento de fortalecimento da segurança jurídica, ainda que isso não representasse, necessariamente, a existência de “justiça” (Ferrajoli, 2015, p. 17-19).

Fez-se necessário superar esse modelo, uma vez que foi sob o manto da legalidade que o mundo viu surgir modelos de Estado que horrorizaram a humanidade, como o nazismo e o fascismo. Razão pela qual adveio o terceiro modelo de direito apresentado por Ferrajoli como o modelo constitucional, no qual houve o reforço do princípio da legalidade com o acréscimo da sua esfera substancial. Assim, uma norma para ser válida, não dependia mais, tão somente, da forma como foi produzida, mas também do seu conteúdo, que deve ser compatível com a norma constitucional, a qual possui força hierárquica superior as demais normas (Ferrajoli, 2015, p. 19-22).

Porém, esta não é a única visão do surgimento das ordens constitucionais democráticas, outra análise, menos romantizada e, provavelmente, mais realista é trazida por Cláudio Ladeira de Oliveira (2014, p. 200-201):

O desenvolvimento da separação de poderes, uma das características do Estado de Direito, por exemplo, pode ser explicado como uma forma de “desoneração de funções”. Os governantes cedem poder aos tribunais, que passam a ser compostos por funcionários sobre cujo trabalho os próprios governantes não possuem mais autoridade imediata, porque o excessivo

monopólio do poder político pode ser disfuncional e também possui custos (Holmes, 2003: 26). Com isso eles podem atingir um duplo objetivo: criar uma “blindagem política” contra decisões politicamente impopulares que resultam da aplicação da lei, mas eram imprevistas, e ficam agora a cargo do judiciário, e também permitir que seu tempo seja destinado a tarefas mais importantes do que a aplicação da lei em cada caso concreto onde surge uma controvérsia. Se a com “independência judicial” os legisladores devem abdicar de alguma espécie de poder político em benefício do judiciário, o fazem para evitar o ressentimento de grupos punidos em virtude das decisões nos casos concretos de disputa sobre a aplicação da lei, fortalecendo assim sua própria posição. Naturalmente que, para os governantes, esta opção só é racional se o judiciário for composto por funcionários afastados das disputas políticas cotidianas, hipótese na qual não será capaz de “mobilizar suporte político” para atuar como grupo político concorrente (Holmes, 2003: 27). Motivação similar explica o surgimento do aspecto de generalidade das leis, a qual exonera o governante da tarefa incômoda de tomar centenas de milhares de decisões ad hoc nos casos concretos, uma tarefa para a qual pode faltar tempo, além dos custos políticos inerentes às decisões. (Holmes, 2003: 53).

No entanto, é importante ressaltar que apesar de ter uma visão diferenciada em relação ao surgimento desse modelo, Cláudio Ladeira de Oliveira (2014, p. 201) reconhece que com o tempo esses avanços são tomados pelos grupos desfavorecidos, revertendo-se em verdadeiras conquistas políticas, provocando importantes alterações nas relações sociais existentes, o que pode ser comprovado, inclusive, com o fortalecimento do Estado de Direito.

Assim, em uma visão do atual princípio da Separação dos Poderes, compreendendo a sua origem histórica e a sua importância na evolução do Estado, Lenio Luis Streck e Fábio de Oliveira, entendem que não se pode encerrar em um mesmo poder a tarefa exclusiva de exercício de cada função, considerando o sentido funcional ou objetivo da palavra poder. Assim, para Streck e Oliveira (2013, p. 145):

Como é sabido, cada órgão não exerce, exclusivamente, uma única função, em correspondência nominal. [...] Diz-se, então, função típica, aquela correspondente, por excelência ou basicamente, ao órgão e função atípica, aquela exercida pelo órgão em caráter extravagante, pois que relativa, a princípio ou propriamente a outro órgão, ou como meio para o desempenho da sua função clássica ou prioritária, caráter instrumental.

E para garantia da higidez da separação de poderes e dos respectivos dispositivos constitucionais que lhe são inerentes, há dois elementos centrais na sua formulação, conforme destaca José Afonso da Silva (2015, p. 111):

A divisão de poderes fundamenta-se, pois, em dois elementos: (a) especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim às assembleias (Congresso, Câmaras, Parlamento) se atribui a função Legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional; (b) independência orgânica, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja

efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação. Trata-se, como se vê, de uma forma de organização jurídica das manifestações do Poder.

A independência dos poderes, enquanto elemento formador da ideia de separação, para Silva (2015, p. 112) implica que:

(a) a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitem da sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais [...].

É nesse contexto de independência dos poderes que deve ser analisada o foro por prerrogativa de função, como elemento subjacente à separação de poderes.

3 I FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

O foro especial por prerrogativa de função está previsto na Constituição Federal (art. 53, §1º; art. 86, caput; art. 102, inciso I, a e c, entre outros dispositivos), através destes dispositivos a Constituição estabelece que determinado Tribunal, ou mesmo órgão (uma vez que no crime de responsabilidade cometido pelo Presidente da República, é o Senado Federal competente para julgá-lo), julgue determinada autoridade. Assim, o foro especial por prerrogativa de função retira da regra comum de competência determinada autoridade, em razão da função que ocupa.

É necessário compreender que a estipulação de um foro especial decorrente da função do agente político é uma garantia do cargo que ocupa e não do ocupante, assim, não se configura privilégio, mas sim uma garantia constitucional do exercício da função pública (Mendes e Oliveira, 2013, p. 1365). Neste sentido, é importante fazer um acerto de nomenclatura, uma vez que, por vezes, é utilizada a expressão “foro privilegiado”, a fim de denominar este instituto, o que pode trazer a falsa impressão de um privilégio para o ocupante de determinado cargo (Mendes e Oliveira, 2013, p. 1365).

Inclusive, alguns doutrinadores, como o professor Aury Lopes Júnior, apontam como, muitas vezes, o foro especial por prerrogativa de função traz malefícios ao acusado, isto porque, esbarra na impossibilidade de um verdadeiro duplo grau de jurisdição (Lopes Júnior, 2014, p. 486):

Assim, um deputado estadual, julgado originariamente pelo Tribunal de Justiça, somente terá recurso especial e extraordinário dessa decisão, e, em ambos, está vedado o reexame da “prova” do processo, limitando-se a discutir eventual violação de norma federal ou constitucional [...]. Imagine-se então quem é julgado originariamente pelo Supremo Tribunal Federal; o duplo grau de jurisdição é inexistente.

De tal modo, o que, inicialmente, pode ser visto como um privilégio para alguns, na verdade se configura em verdadeiro ônus ao ocupante da função, uma vez que pode acabar ficando impossibilitado de ingressar com qualquer recurso.

Além disso, o foro especial em razão da prerrogativa de função busca estabelecer uma dupla garantia, a favor e contra o acusado, isto porque, o legislador constitucional presumiu que os Tribunais Superiores estariam em melhores condições de julgar os ocupantes de cargo político, tanto em virtude da pressão que podem receber desses, quanto das pressões que podem receber de opositores do acusado, a busca é pela imparcialidade no julgamento (Mendes e Streck, 2013, p. 1365).

Outro aspecto relevante do foro especial por prerrogativa de função é saber se este subsiste após o término da condição que o gerou, ou seja, se após o término do mandato, por exemplo, os atos cometidos durante o exercício da função serão julgados pelo órgão especial ou remetidos a um juiz de primeiro grau?

Até 1999, o Supremo Tribunal Federal tinha o entendimento de que mantinha a competência, dando uma interpretação mais alargada ao foro especial por prerrogativa de função, aplicando a sua súmula 394, editada sob a égide da Constituição de 1946. No entanto, no julgamento do INQ 687, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, o Supremo Tribunal Federal cancelou esta súmula, passando a entender que terminando o exercício do mandato ou da função, terminava, igualmente, o foro especial por prerrogativa de função (Mendes e Streck, 2013, p. 1366).

Houve, inclusive, uma tentativa de ressuscitação da referida súmula, através da edição da Lei nº 10.628/02, a qual alterou o art. 84 do Código de Processo Penal, que mantinha a prerrogativa de foro para crimes cometidos durante o exercício da função, ainda que o inquérito iniciasse posteriormente. Ainda, referida lei incluiu os atos de improbidade administrativa na prerrogativa de foro especial decorrente da função. No entanto, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional referida lei (Lopes Júnior, 2014, p. 487).

A este posicionamento do Supremo, pode ser questionado o fato de haver uma possível “perseguição política” posterior, não permitindo a independência de atuação do agente político. É importante frisar que não se está aqui a defender qualquer ilegalidade cometida por qualquer agente político, mas sim, a sua autonomia no exercício da sua função. Nesta seara, o foro especial por prerrogativa de função, tendo uma interpretação mais ampla, poderia trazer uma maior independência ao agente político (Mendes e Streck, 2013, p. 1365):

É preciso enfatizar, ainda, que a garantia constitucional da prerrogativa de foro passa a ser tanto mais importante se se considera que vivemos hoje numa sociedade extremamente complexa e pluralista, na qual a possibilidade de contestação às escolhas públicas é amplíssima.

De tal modo, em uma sociedade democrática e plural é necessário assegurar uma maior proteção aos agentes políticos, justamente, a fim de evitar autoritarismos, tanto para protegê-los, como para persegui-los.

41 PROPOSTAS DE EMENDAS À CONSTITUIÇÃO CONTRA CLÁUSULAS PÉTREAS – POSSIBILIDADES E LIMITES

Primeiramente, faz-se necessário dizer que, os autores, compreendem o foro especial por prerrogativa de função como uma face do princípio da separação dos poderes, uma vez que referido instituto busca, justamente, trazer uma maior autonomia para o órgão julgador, bem como, não deixar o agente público a deriva da jurisdição de primeiro grau.

Superada esta premissa, o § 4º, do art. 60, traz o que chamamos de cláusulas pétreas, é preciso entender que estas não têm como pretensão manter o mesmo texto constitucional, mas sim, preservar o instituto protegido, sendo que uma mera alteração da redação de uma cláusula pétrea, não importa, necessariamente, em uma inconstitucionalidade, desde que mantenha o núcleo essencial daquela (Mendes e Braco, 2017, p. 122).

As cláusulas pétreas são características das constituições do segundo pós-guerra, que trouxe o Estado Constitucional de Direito, o qual estabeleceu ao lado da legalidade formal, a legalidade substancial (Ferrajoli, 2015, p. 20). Ensina, ainda, Ferrajoli (2015, p. 20):

Com os princípios e direitos fundamentais por esta estabelecidos estipulou-se, de fato, como um solene “nunca mais” aos horrores dos totalitarismos, aquele que chamei de *a esfera do não decidível*: aquilo que nenhuma maioria pode decidir, em violação aos direitos de liberdade, e aquilo que nenhuma maioria pode deixar de decidir, em violação aos direitos sociais, estes e aqueles estabelecidos pela constituição.

Assim, o inciso III, do supramencionado §4º do art. 60 da Constituição Federal irá trazer o seguinte dispositivo: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] III - a separação dos Poderes” (Brasil, 1988). A questão posta é a seguinte, se a PEC 333/2017 é tendente a abolir o princípio da separação dos Poderes ou não.

Para uma melhor compreensão sobre este limite de alteração de cláusula pétrea, pode-se analisar a perspectiva de Sarmento (2001, p. 164):

O traçado destes limites envolve questão sempre delicada. Por um lado, deve-se, em princípio, e em homenagem à democracia, reverenciar as opções adotadas por uma maioria dos representantes do povo tão qualificada, como a necessária para promover uma emenda na Constituição. Afinal de contas, o constituinte não deve converter-se em tirano, aprisionando em camisa-de-força as gerações futuras e subtraindo-lhes a autonomia decisória e a capacidade de adaptação às mudanças sociais. Mas, por outro lado, é vital salvaguardar dos anseios muitas vezes conjunturais das maiorias parlamentares certas

decisões políticas fundamentais, que representam os pilares de determinada ordem jurídica.

Assim, é possível compreender que apesar de não serem absolutas, permitindo sim alguma modificação textual, as cláusulas pétreas devem ser preservadas, sob pena de desfigurar-se completamente a Constituição Cidadã. Neste passo, Sarmiento (2001, p. 165) nos lembra que por inexistir cláusulas pétreas na Constituição de Weimar, esta pode ser modificada radicalmente, apenas por emendas, a ponto de permitir o holocausto, em virtude de uma ampla maioria parlamentar.

Nesse contexto, mesmo que a alteração em discussão esteja veiculada em Proposta de Emenda à Constituição (PEC), é pacífica a possibilidade de utilização dos mecanismos de controle de constitucionalidade que tenham como objeto a referida espécie normativa, em seu aspecto formal ou – e para o que interessa para este trabalho – material.

Rememora-se lição do mestre lusitano Jorge Miranda (1981, p. 586), para quem:

Pode haver inconstitucionalidade por oposição entre normas constitucionais preexistentes e normas constitucionais supervenientes, na medida em que a validade destas decorre daquelas; não por oposição entre normas feitas ao mesmo tempo por uma mesma autoridade jurídica. Pode haver inconstitucionalidade da revisão constitucional, porque a revisão funda-se, formal e materialmente, na Constituição; não pode haver inconstitucionalidade da Constituição.

O tema também não encontra maiores dificuldades no âmbito da jurisdição constitucional. Na história do Supremo Tribunal Federal precedentes que materializaram a declaração de inconstitucionalidade de normas do constituinte reformador, como, *v. g.*, a ADI 939 (julgada em 15/12/1993, tendo como relator o Min. Sidney Sanches) e a ADI 829 (julgada em 14/04/1993, tendo como relator do Min. Moreira Alves).

A alteração do foro especial por prerrogativa de função – ainda que por meio de emenda à constituição –, deixando parlamentares vulneráveis frente ao Poder Judiciário, em especial pelo fato de que “qualquer” juiz de primeiro grau ter competência para julgá-lo, pode sim, trazer perseguição ou proteção política, desestabilizando o núcleo essencial do princípio da separação dos poderes. É importante ressaltar que, como visto, a o foro especial por prerrogativa de função é uma proteção tanto para o juiz, quanto para o jurisdicionado.

E é fundamentalmente essa dimensão de garantia do agente público no sistema constitucional que revela a íntima ligação do foro por prerrogativa (em moldes mais ou menos alargados) com a separação dos poderes. Notadamente nos sistemas democráticos em que as atribuições e competências constitucionais são utilizadas na dinâmica da constante tensão entre os poderes, principalmente em momentos de maior conflito.

Nessa ordem de ideias, se utilizando da expressão desenvolvida por Mark Tushnet, Oscar Vilhena Vieira analisa como comportamentos comuns das instituições, em momentos de maior tensão constitucional, o *constitutional hardball*, ou “jogo duro” constitucional,

marcado pelo uso exacerbado e, algumas vezes, heterodoxo, das prerrogativas constitucionais contra o adversário. Para Vieira (2018, p. 41),

No jogo duro constitucional, as instituições permanecem atuando dentro de seus campos de atribuição, mas tomando decisões contundentes e eventualmente controvertidas, que desafiam as concepções estabelecidas de validade, com o objetivo de alterar as relações de poder. De uma perspectiva realista, quando essas estratégias são bem-sucedidas, além de aumentar o poder do vencedor no curto prazo, favorecem no longo prazo a alteração dos padrões da própria normalidade constitucional.

Nesse contexto, a atribuição de julgamento dos agentes públicos, notadamente os membros do Poder Legislativo, por um único órgão de cúpula, previne a atuação da jurisdição local nesse “jogo duro”. Com efeito, submeter os 594 membros do Congresso Nacional às idiosincrasias da jurisdição de 27 tribunais de justiça e 5 tribunais federais e ao poder monocrático do juízo de primeiro grau, pode levar à desestruturação do equilíbrio entre os poderes, em um contexto de maior enfrentamento e “estresse constitucional”, notadamente entre a política e o direito (como temos vivido nos últimos anos no Brasil).

Assim, para Oscar Vilhena Vieira,

períodos de estresse constitucional seriam aqueles em que a utilização de jogadas pesadas, heterodoxas e legalmente controvertidas por parte dos que ocupam mandatos políticos ou têm prerrogativas institucionais se intensifica e alonga no tempo, favorecendo o surgimento de círculos de retaliações políticas e jurídicas e aumentando a tensão e a instabilidade institucional (2018, p. 42).

É nesse contexto que a difusão das prerrogativas de julgamento de diversos agentes públicos, notadamente os exercentes de mandato eletivo, para centenas de juízos monocráticos, sob a jurisdição de mais de 30 tribunais distintos, pode desequilibrar, sobremaneira, o sistema de freios e contrapesos em nossa democracia.

Em um sistema de tripartição de poderes, é relevante que nenhum poder tenha regência sobre o outro, que tenha sim a autonomia suficiente para realizar um bom sistema de freios e contrapesos, mas que não interfira no exercício do outro poder.

5 | CONCLUSÃO

Compreender o foro especial por prerrogativa de função como um privilégio é uma visão, até certo modo compreensivo, do senso comum, ao tempo em que a população tem grandes decepções com os governantes. No entanto, é consabido que as mudanças na Constituição não devem surgir através de um desejo momentâneo, ainda mais, quando se está a modificar um dos núcleos essenciais desta, qual seja, o princípio da Separação de Poderes.

Assim, conforme já dito, o foro especial por prerrogativa de função tem guarida, justamente, para permitir uma dupla independência, tanto de quem julga, como de quem é julgado.

Nesse contexto é preciso compreender a separação de poderes como um princípio jurídico estruturante da República e que possui diversos mecanismos e institutos que garantem a sua concreção e estão, portanto, no seu núcleo essencial.

Estando sob a proteção da cláusula de intangibilidade prevista no art. 60, § 4º, inciso III da Constituição, a separação de Poderes e seus desdobramentos – como o foro especial por prerrogativa de função – não estão imunes a mudanças textuais.

No entanto, a Proposta de Emenda à Constituição n. 333/2017 prevê a sua extinção em relação aos membros de ambas as Casas do Congresso Nacional, com exceção dos seus respectivos Presidentes, o que na compreensão desses autores, além de retirar a autonomia para a atividade legislativa, uma vez que poderá sofrer represálias ou mesmo proteção de qualquer órgão jurisdicional, ainda poderá interferir diretamente na atuação jurisdicional dos magistrados.

De tal modo, a manutenção do foro especial por prerrogativa de função em órgão colegiado, não necessariamente o modelo atual, efetivaria a Constituição de forma mais adequada, uma vez que traria maiores garantias – que não podem ser entendidas como privilégios – aos parlamentares e julgadores.

REFERÊNCIAS

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

CARVALHO, Meliza Marinelli Franco; COSTA, Débora Laís dos Santos; MELLO, Felipe Demian Siqueira (2018) “Três modelos da Constituição brasileira de 1988 e a leitura moral proposta por Ronald Dworkin”. In: **Revista Agenda Política**, São Carlos, volume 6, nº2, p. 220-239. Disponível em: <http://www.agendapolitica.ufscar.br/index.php/agendapolitica/article/view/210/197>

FERRAJOLI, Luigi (2015). **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GRAU, Eros Roberto (2005). **O direito posto e o direito pressuposto**. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros.

LOPES JÚNIOR, Aury (2014). **Direito Processual Penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (2017). **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva.

MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz (2013). “Comentários ao art. 102, inciso I, alíneas *b a r* da Constituição Federal”. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (orgs.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva.

MIRANDA, Jorge (1981). **Manual de Direito Constitucional**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat (1995). **O espírito das leis**. 2ª ed. Brasília: UnB.

NOVAIS, Jorge Reis (2013). **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira (2014). Algumas consequências de uma abordagem empírica das relações entre “constitucionalismo” e “democracia”. In:

Anais do I Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política, Belo Horizonte.

SARMENTO, Daniel (2001). “Direitos sociais e globalização: limites ético-jurídicos ao realinhamento constitucional”. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 223, p. 153-168, jan.-mar. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/48317/46511>. Acesso em: 12.dez.2018.

SILVA, José Afonso da (2015). **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38ª ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 84, de 02.12.2014. São Paulo: Malheiros.

STRECK, Lenio L.; OLIVEIRA, Fabio de (2013). Comentário ao artigo 2º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (orgs.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva.

STRECK, Lenio L.; MORAIS, José Luis Bolzan de (2014). **Ciência Política e Teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

VIEIRA, Oscar Vilhena (2018). **A Batalha dos Poderes**. São Paulo: Companhia das Letras.

VII – ANEXO

Ofício nº 515 (SF) Brasília, em 6 de junho de 2017.

A Sua Excelência o Senhor
Deputado Giacobbo
Primeiro-Secretário da Câmara dos Deputados

Assunto: Encaminha Proposta de Emenda Constitucional à apreciação.

Senhor Primeiro-Secretário,

Encaminho a Vossa Excelência, a fim de ser submetida à apreciação da Câmara dos Deputados, a Proposta de Emenda à Constituição nº 10, de 2013, constante dos autógrafos juntos, que “Altera os arts. 5º, 37, 96, 102, 105, 108 e 125 da Constituição Federal para extinguir o foro especial por prerrogativa de função no caso dos crimes comuns, e revoga o inciso X do art. 29 e o § 1º do art. 53 da Constituição Federal”.

Atenciosamente,

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Altera os arts. 5º, 37, 96, 102, 105, 108 e 125 da Constituição Federal para extinguir o foro especial por prerrogativa de função no caso dos crimes comuns, e revoga o inciso X do art. 29 e o § 1º do art. 53 da Constituição Federal.

Art. 1º Os arts. 5º, 37, 96, 102, 105, 108 e 125 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 5º
.....

LIII-A – é vedada a instituição de foro especial por prerrogativa de função;
.....” (NR)

“Art. 37.
.....

§ 6º-A. A propositura de ação penal contra agentes públicos por crime comum prevenirá a jurisdição do juízo competente para todas as ações posteriormente intentadas que tenham idêntica causa de pedir e objeto.
.....” (NR)

“Art. 96.
.....

III – aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes de responsabilidade.” (NR)

“Art. 102.
I -

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, o Presidente da Câmara dos Deputados, o Presidente do Senado Federal e o Presidente do Supremo Tribunal Federal;

c) nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no inciso I do art. 52, os membros dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

d) o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

.....” (NR)

“Art. 105.
I -

a) nos crimes de responsabilidade, os membros dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais, dos Tribunais Regionais do Trabalho e dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, bem como os membros do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;

.....

c) os habeas corpus nos casos em que o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;

.....” (NR)

“Art. 108.

I -

a) nos crimes de responsabilidade, os juizes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, e os membros do Ministério Público da União;

.....” (NR)

“Art. 125.

§ 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, vedado o estabelecimento de foro especial por prerrogativa de função para crimes comuns, e a lei de organização judiciária será de iniciativa do Tribunal de Justiça.

.....” (NR)

Art. 2º Revogam-se o inciso X do art. 29 e o § 1º do art. 53 da Constituição Federal.

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, em 6 de junho de 2017.

Senador Eunício Oliveira
Presidente do Senado Federal

TRIBUTAÇÃO E DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO: A INCONSTITUCIONALIDADE DO LIMITE LEGAL DE DEDUÇÃO DAS DESPESAS EDUCACIONAIS DA BASE DE CÁLCULO DO IRPF

Data de aceite: 01/11/2020

Data da submissão: 12/08/2020

Darlan Alves Moulin

Universidade Estácio de Sá – UNESA/RJ. P
<http://lattes.cnpq.br/9695783352656464>

Célio de Mendonça Clemente

Universidade Federal de Sergipe – UFS/
PPGECIMA, Universidade Cândido Mendes
– UCAM, Universidade Regional do Cariri –
URCA.
<http://lattes.cnpq.br/4677212015468292>.

Maria Débora Mendonça Cosmo

Universidade Estácio de Sá;
<http://lattes.cnpq.br/2343612571690649>

Ricarda Mendonça Cosmo

Universidade Estácio de Sá- Cabo Frio.
<http://lattes.cnpq.br/6189009444941830>

Rosane Augusto Iellomo

Universidade Estácio de Sá; Faculdade Legale;
<http://lattes.cnpq.br/4240351515714833>

RESUMO: O presente artigo visa analisar o papel da tributação na efetivação do direito fundamental social à educação. Questiona-se, como problemática, se o limite legal de deduções das despesas educacionais da base de cálculo do IRPF é constitucional ou se tal limite viola a dignidade humana. Cogita-se que esse limite acaba por violar os direitos fundamentais, hipótese confirmada por meio de diversos estudos realizados que demonstraram

que a limitação de despesas educacionais da base de cálculo do IRPF acaba por violar o conceito constitucional de renda que é definido por acréscimo patrimonial. Busca, então, demonstrar o papel do Poder Judiciário na proteção desses direitos, sendo certo que já há decisões declarando incidentalmente a inconstitucionalidade desse dispositivo legal, visando permitir a dedução integral das despesas educacionais, de modo a concretizar o direito fundamental social à educação. Para tanto, utilizou-se os métodos crítico, de revisão bibliográfica e análise jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: Tributação, Limite de dedução, Inconstitucionalidade, Despesas educacionais, IRPF

TAXATION AND FUNDAMENTAL RIGHT TO EDUCATION: THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE LEGAL LIMIT OF DEDUCTION OF EDUCATIONAL EXPENSES IN THE IRPF CALCULATION BASE

ABSTRACT: This article aims to analyze the role of taxation in the realization of the fundamental social right to education. It is questioned, as a problem, if the legal limit for deductions of educational expenses from the IRPF calculation base is constitutional or if such limit violates human dignity. It is believed that this limit ends up violating fundamental rights, a hypothesis confirmed by several studies carried out that demonstrated that the limitation of educational expenses in the IRPF calculation base ends up violating the constitutional concept of income

that is defined by equity increase. It seeks, then, to demonstrate the role of the Judiciary in protecting these rights, being certain that there are already decisions incidentally declaring the unconstitutionality of this legal provision, aiming to allow the full deduction of educational expenses, in order to concretize the fundamental social right to education. For that, the critical methods of bibliographic review and jurisprudential analysis were used.

KEYWORDS: Taxation, Deduction limit, Unconstitutionality, Educational expenses, IRPF.

1 | INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade discutir a tutela jurisdicional para a concretização do direito à educação sob a perspectiva da inconstitucionalidade de dedução das despesas educacionais da base de cálculo do IRPF. Busca-se a localização da educação enquanto direito fundamental relevante da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), que requer ação positiva e negativa do Estado e, sobre o qual se consegue alcançar outros direitos e a dignidade da pessoa humana como condição e mínimo existencial para todos os cidadãos.

Observa a educação como instrumento de transformação social e, em segunda instância, como o estado deve provê-la, dando ao cidadão a oportunidade de emancipar-se como cidadão e possibilitar transformações na sociedade da qual faz parte, inclusive, levando a termo a dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito.

É imprescindível promover discussões a respeito dos elementos conceituais de tributos, imposto e imposto de renda e discute o imposto de renda e as deduções com despesas educacionais, apontando aspectos da legislação sobre e detalhes que apontam para injustiças legais na limitação de deduções do IRPF das despesas com educação efetuadas pelo contribuinte na sua formação ou de seus descendentes.

Por fim discute-se o direito e a tutela jurisdicional sob a ótica das deduções tratadas neste artigo, valendo-se principalmente dos princípios da solidariedade e da capacidade contributiva e remetendo à (in)constitucionalidade do limite de dedução das despesas com educação no IRPF, alcançando a violação a partir desse direito, a violação de outros direitos fundamentais, da dignidade da pessoa humana e da garantia do mínimo existencial, evocando a ação do Supremo Tribunal Federal (STF) como intérprete das CF/1988 no sentido de reconhecer essa condição, sem compreender que está interferindo em outro poder.

O presente artigo foi elaborado a partir de pesquisa bibliográfica sobre a temática, incluindo, a CF/1988, legislação infraconstitucional, outras pesquisas sobre o tema, Ação de Direta de Inconstitucionalidade (ADI) da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e decisão de Tribunal de 2ª Instância e do STF sobre a inconstitucionalidade da matéria ora discutida.

21 A EDUCAÇÃO COMO UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

O direito à educação tem origem na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, como fonte de respeito ao cidadão e como forma de torná-lo humano e dá-lhe humanidade no sentido social e coletivo. A sua finalidade, portanto, assume maior relevância na sociedade a partir de quando engloba preceitos axiológicos e pensamentos políticos e, isso envolve tanto a participação ativa das pessoas que historicamente foram excluídas e desfavorecidas para que estejam cientes deste e outros direitos e que possam lutar pela sua efetivação, quanto para o fortalecimento da cidadania ativa e, conseqüentemente, do Estado Democrático de Direito evocado no art. 1º da CF/1988.

Nesse sentido, é importante destacar que a educação importa em materializar os fundamentos da República, ao mesmo tempo em que serve de esteio sobre o qual repousam os seus objetivos fundamentais articulados no art. 3º da nossa Carta Magna. Assim, a educação tanto tem imbricações com os fundamentos, quanto com os objetivos fundamentais da República e isso não é sem razão, uma vez que a partir da sua efetivação a nação, em tese, tornar-se-á desenvolvida e tanto mais os demais direitos e garantias fundamentais dos seus cidadãos são assegurados em dimensão muito além do mínimo existencial.

Sobre o direito à educação, A Organização das Nações Unidas (ONU) pela Declaração Universal dos Direitos Humanos assegura que, “toda pessoa tem direito à instrução e esta será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais; A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito” (ONU, 2017). Além disso, os Direitos Humanos positivados constitucionalmente e nas normas infraconstitucionais tornam “direitos fundamentais” e isso evidencia relevância destes para a materialização da dignidade da pessoa humana, para a construção da cidadania e da democracia, bem como, para a imposição de obrigações estatais com relação a sua efetivação.

Nesse caso, a Constituição é fonte primária dos direitos fundamentais, e estes devem pretender a proteção à dignidade humana, a garantia ao mínimo existencial e a não coisificação do ser humano e, assim, devem ser travadas lutas pelos cidadãos para que, tais direitos positivados na Carta Magna, sejam materializados através de políticas públicas que alcancem o cidadão que é o objeto da sua demanda.

Nessa perspectiva, é imperioso compreender que a educação não é apenas direito fundamental, mas, configura-se como elemento basilar da própria vida, na medida em que possibilita a formação de cidadãos, ao mesmo tempo em que dá-lhes liberdade e autonomia para atuar em seu favor e de outrem, na sociedade.

É importante frisar que a imprescindibilidade da educação consiste nas razões, em que o homem não nasce com conhecimento de legislação e de direitos, sendo necessário um processo de socialização e de escolarização, sem o qual, se nega um ou mais direitos

essenciais à cidadania. Nesse sentido, a educação pública, gratuita e de qualidade é um dever do Estado e este deve provê-la aos cidadãos. (ROSSI, 1978; SANTOS, 2001).

O Estado, contudo, colide na exiguidade de recursos financeiros e instrumentos jurídicos que limitam as soluções de efetivação de direitos fundamentais coletivos. Por outro lado, tanto mais o cidadão tem renda, pode contribuir para viabilizar com a execução de políticas públicas que asseguram a efetivação de direitos fundamentais.

Assim, Rutkoski (2006) e Westphal (2009) aduzem que, educar é um desafio, é preparar e colocar as futuras gerações para o trabalho, para a vida social e para a cultura, sem degradá-las ou submetê-las à opressão social

Mas, se o modelo político-econômico for injusto e carregado de complexidades, o Estado precisa adotar a proteção social e assegurar a garantia de direitos sociais. E a educação integra o núcleo dos sistemas de proteção social, admitindo responsabilidade estatal na sua efetivação. É por essa perspectiva que o art. 208, § 2º, da CF/88 prepondera que, é dever do Estado, e o não oferecimento do ensino obrigatório ou a irregularidade na oferta desse direito gera responsabilidade da autoridade competente (BRASIL, 1988).

Assim, o Estado Fiscal é, a rigor, o financiamento dos serviços públicos, e a fonte principal provém das exigências dos tributos legalmente instituídos pelos entes federativos, incidentes sobre o patrimônio ou o trabalho do contribuinte, respeitando o princípio da capacidade contributiva dos cidadãos (TORRES, 2005, p. 461).

Quanto mais o cidadão tem “ganhos ou lucros”, o Estado pode melhor arrecadar tributos, pois este é oriundo dos valores pagos pelos contribuintes que, precisam está ativos e inseridos nos meios de produção, bens e/ou serviços de uma sociedade sob o Estado Democrático de Direito e nos ideais de liberdade e solidariedade (NABAIS, 2013, p. 15).

Assim, o poder público tem a finalidade de realizar e efetivar as políticas públicas de bem estar-social, visando desenvolver econômica e socialmente a sociedade, implementando os direitos humanos fundamentais e sociais. E ao prover os cidadãos de uma educação pública, gratuita e de qualidade, o Estado cumpre o preceito constitucional de aplicar os recursos financeiros na concretização do bem estar social, promovendo, ao mesmo tempo, a igualdade e a justiça social.

3 | IMPOSTO DE RENDA E SUAS DEDUÇÕES COM DESPESAS EDUCACIONAIS

3.1 Tributos, impostos e imposto de renda: elementos conceituais

A compreensão das deduções de despesas educacionais do imposto de renda e os seus limites, inclui em primeiro plano, o entendimento dos conceitos de tributos, impostos e imposto de renda e suas deduções legais, e em um plano posterior, o significado destas despesas, quais são os cursos e níveis de educação financiáveis por estas deduções,

bem como, os elementos que podem consubstanciar a inconstitucionalidade do limite de dedução.

Nessa perspectiva, o art. 145, Inciso I, da CF/1988, autoriza a União, os Estados e os Municípios instituir tributos e, entre eles, os impostos (BRASIL, 1988). Nesse sentido, é necessário considerar o conceito de tributo admitido no art. 3º do Código Tributário Nacional (Lei Nº 5.972/1966) que define tributos como sendo “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

Na acepção conceitual de tributo da legislação infraconstitucional é a mesma admitida pela Carta Magna e envolve os impostos, taxas e contribuições de melhorias. A natureza jurídica que envolve o tributo, por sua vez, é própria e, se determina pelo fato gerador da sua respectiva obrigação, sendo necessário para qualificá-lo, tanto a denominação e características formais, quanto à destinação legal do produto da sua arrecadação (BRASIL, 1966).

Na delimitação do tema, o Código tributário Nacional no art. 16 conceitua imposto como “o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte” (BRASIL, 1966). Já o imposto de renda constitui-se de tributo de competência da União, previsto no art. 153, Inciso III da CF/1988, disciplinado no art. 43, Incisos I e II do Código Tributário Nacional, conforme o que se segue:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I – de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II – de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

Nesse sentido, parece claro que o imposto descrito na norma jurídica tem implicações sobre os rendimentos decorrentes do capital ou do trabalho, de ambos, ou ainda proventos provenientes de quaisquer ordens e/ou natureza que acrescentem ao patrimônio e que não se incluam os rendimentos anteriores, ou tenham sido declarados em impostos de outra natureza.

Ainda com relação ao Imposto Sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza ou Imposto Sobre a Renda da Pessoa Física (IRPF) o Decreto Nº 9.580/2018 é que o disciplina e no art. 1º define que: “as pessoas físicas que perceberem renda ou proventos de qualquer natureza, inclusive rendimentos e ganhos de capital, são contribuintes do imposto sobre a

renda, sem distinção de nacionalidade, sexo, idade, estado civil ou profissão”. No mesmo sentido, o § 1º artigo, ainda acrescenta que: “são também contribuintes as pessoas físicas que perceberem rendimentos de bens de que tenham a posse como se lhes pertencessem, de acordo com a legislação em vigor” (BRASIL, 2018).

O texto legal define contribuinte, ao mesmo tempo em que complementa com o significado de imposto devido proposto pelo art. 2º da seguinte forma: “o imposto sobre a renda será devido à medida que os rendimentos e os ganhos de capital forem percebidos [...]”. Sob essa percepção, Moulin (2017, p. 67) complementa que os requisitos mínimos, compreender a renda como algo relacionado àquilo que de fato resta ao contribuinte depois de satisfeitas as despesas com as necessidades básicas de sobrevivência e dignidade humana de si e dos seus descendentes (MOULIN, 2017).

A esse respeito do conceito de renda, Derzi destaca (1992, p. 19) resume que,

Para fins de tributação, a renda a ser considerada é sempre a pessoal. Representa ganho econômico por certo período de tempo, assim como a ideia de renda nacional. Mas, por ser de pessoas, somente constituirá renda tributável aquele proveniente de capital (ou fonte patrimonial) pertencente à própria pessoa.

Essa percepção de renda tributável parece aglutinar-se com o que trata a legislação sobre o tema, pois, existe o limite mínimo de renda tributável. Assim, considera-se o mínimo existencial, imbricado com as despesas que o contribuinte tem com as suas necessidades básicas. Moulin (2017, p. 67) reafirma que, “pode-se verificar que as despesas com educação, saúde e pensão alimentícia podem ser deduzidas da renda bruta do contribuinte, não podendo integrar a base de cálculo do imposto de renda pessoa física (IRPF)”.

O próprio Decreto Nº 9580/2018 reafirma que as deduções na declaração de reajuste anual podem ser feitas quando o contribuinte efetuou comprovadamente, despesas com pagamento de pensão alimentícia, tratamento médico, instrução no Brasil e previdência social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (BRASIL, 2018). Quando se trata dessa questão não significa delegar competência tributária, mas, sobretudo de assegurar ao contribuinte a opção de antecipar a garantia de direitos fundamentais de obrigação estatal de provê-los para posterior dedução das despesas pagas na declaração de ajuste anual.

3.2 As deduções com despesas educacionais

Os impostos constituem a fonte da qual o Estado deve prover o seu funcionamento, bem como se utiliza para assegurar os direitos fundamentais aos seus cidadãos. No Brasil, a legislação que trata da tributação tem esteio na CF/1988, no Código Tributário Nacional e demais normas infraconstitucionais. A educação é um dos mais relevantes direitos fundamentais que o Estado brasileiro deve prover e, as principais fontes do seu financiamento são oriundas do pagamento de impostos, incluindo entre estes, o imposto

de renda.

É evidente que, em algumas circunstâncias, o Estado pode não dispor de recursos financeiros para dá formação educacional, em qualquer nível, para aqueles que o desejarem, ou ainda, pode dá a opção do próprio contribuinte pagar às suas expensas as despesas com educação para a *posteriori*, requerer a dedução desses valores pagos do montante do IRPF devido; no mesmo sentido, o contribuinte pode ter a restituição dessas despesas com educação, em parte, ou no todo, quando o imposto foi descontado diretamente na fonte pagadora e quando esses valores ultrapassarem o total do IRPF devido ou já pagos. Com relação à dedução, Moulin (2017, p. 67) pondera que,

[...] será realizada através do método de abatimento, compensando-se aqueles que desembolsaram quantias próprias para pagamento das mensalidades em instituições privadas de ensino, os quais deixaram de sobrecarregar o ensino público no Brasil, possibilitando à Administração Pública uma melhor reorganização dos recursos públicos.

A possibilidade de dedução dos recursos pagos, do IRPF devido, nos parece uma demonstração de eficiência do Estado na efetivação do direito à educação e, além disso, é necessário, contudo, compreender o significado do termo “despesas com educação” e quais podem ser enquadradas nas deduções legais, uma vez que esse direito é vasto e ocorre tanto em ambientes formais, quanto não formais, ainda que as pessoas físicas ou jurídicas que a ministram, eventualmente, cobrem as despesas por esses serviços.

O Decreto N°9.580/2018 impõe limitações às deduções e, no seu art. 74, § 2º diz o seguinte: “não serão dedutíveis as despesas com educação do menor considerado pobre que o contribuinte apenas eduque”; tal limitação é a reafirmação do que diz também a Lei 9.250/1995, no art. 35, caput, Inciso IV.

Impedir a legislação tributária de, deduzir-se no imposto devido, esse tipo de despesa não parece conjugar com o princípio gerado pela positivação dos direitos fundamentais e que por isso mesmo, o Estado deve prover o direito à educação, pois, se a despesa foi efetivamente paga e o serviço prestado, o contribuindo está pagando a mais pela educação.

Além disso, essa injustiça se produz quando o Decreto N° 9.580/2018, no art. 74, § 3º, admite a dedução de despesa com educação de alimentandos, em detrimento do que estipula o § 2º, senão vejamos:

As despesas de educação dos alimentandos, quando realizadas pelo alimentante em decorrência de cumprimento de decisão judicial ou de acordo homologado judicialmente, ou de escritura pública a que se refere o art. 733 da Lei n° 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, poderão ser deduzidas pelo alimentante na determinação da base de cálculo, observados os limites previstos neste artigo (Lei n° 9.250, de 1995, art. 8º, § 3º).

Não parece ser o direito à educação, determinado por decisão judicial, diferente daquele que é financiado pelo contribuinte. Ao mesmo tempo em que a condição de

alimentando ou dependente não pode ser condição *sinequa non* para ter assegurado o direito à educação, em contraponto ao que é pobre e que o contribuinte apenas eduque.

Não obstante as injustiças impostas por essa limitação é necessário ainda compreender o que diz a legislação tributária com relação ao que são estabelecimentos de educação e que para tanto as despesas pagas a estes são dedutíveis. Nesse aspecto, parece claro o que estipula o Decreto Nº 9.580/2018 no art. 74, §§ 4º e 5º:

Art. 74 – [...]

§ 4º Para fins do disposto neste artigo, também são considerados estabelecimentos:

I - de educação infantil - as creches e as pré-escolas;

II - de educação superior - os cursos de graduação e de pós-graduação; e

III - de educação profissional - os cursos de ensino técnico e de ensino tecnológico.

§ 5º Para fins do disposto no § 4º, são considerados cursos de pós-graduação:

I - a especialização;

II - o mestrado; e

III - o doutorado.

A determinação legal sobre o que são considerados estabelecimentos é imperiosa, uma vez que o poder público não pode fazer, senão aquilo que está determinado em lei e, por isso mesmo, precisa deixar claro, os conceitos e significados dos elementos envolvidos na legislação para que seja levada a termo com sucesso a sua aplicação.

Nesse sentido, Moulin (2017, p. 67) adverte que, “a Lei nº 9.250/95 ao tratar das deduções com despesas educacionais acabou por acarretar uma injustiça, tendo em vista que impôs limites a essa dedução”. A advertência do autor com relação à lei supra não é sem sentido, uma vez que o atual decreto que regulamenta a matéria sobre o IRPF limitou a dedução com despesas educacionais, fazendo com que haja tributação sobre despesas, já que o gasto anual com instrução ultrapassa o limite estabelecido.

Sobre isso, o Decreto Nº 9.580/2018 no art. 74, Inciso VI, determina:

Art. 74. Na determinação da base de cálculo do imposto sobre a renda devido na declaração de ajuste anual, poderão ser deduzidos os pagamentos de despesas com instrução do contribuinte e de seus dependentes, efetuados a estabelecimentos de ensino, relativamente à educação infantil, ao ensino

fundamental, ao ensino médio, à educação superior, e à educação profissional, até o limite anual individual de (Lei nº 9.250, de 1995, art. 8º, caput , inciso II, alínea “b”):

I – [...]

VI - R\$ 3.561,50 (três mil, quinhentos e sessenta e um reais e cinquenta centavos), a partir do ano-calendário de 2015.

Ante o exposto no decreto, verifica-se que cumpre o princípio da hierarquia das leis e este, estando abaixo das leis, apenas reafirma o que determina a Lei Nº 9.250/95 e nesse mesmo sentido, atualiza os limites dedução, confirmando a proposição de injustiça defendida pelo autor, na aceção de Moulin (2017, p. 68):

Analisando a hipótese de deduções pode-se verificar que os pagamentos de pensões alimentícias, a contribuição para a previdência privada, bem como as despesas realizadas com saúde do contribuinte e de seus dependentes podem ser integralmente deduzidas da base de cálculo do imposto de renda.

É factível ante a comparação há diferenciação entre as deduções, pois, enquanto as deduções das despesas realizadas com pensões alimentícias, previdência privada e saúde são integrais, as despesas realizadas com educação são limitadas. Assim, é necessário se perguntar se todas essas despesas não fazem parte de um mesmo rol de necessidades do cidadão e dos seus dependentes. Além disso, o que diferencia, por exemplo, despesas com saúde de despesas com educação, senão a garantia de direitos fundamentais e sociais? Há supremacia de um com relação ao outro?

Na aceção de Bolesina e Gervasoni (2018, p. 469-470) sobre a temática:

[...] o recolhimento de tributos no Estado Democrático de Direito é instrumento apto a proteger a dignidade humana e os direitos fundamentais já que viabiliza a própria atuação positiva do Estado para concretizar os objetivos constitucionais como redução das desigualdades sociais que é promovida, em geral, pela concretização dos direitos sociais – direitos que em geral, mas não necessariamente, carecem mais de recursos materiais e financeiros.

Na perspectiva constitucional os tributos além de viabilizar os objetivos da República, se encarregam de, ao propiciar o financiamento de políticas públicas que asseguram direitos fundamentais, também protege a dignidade humana.

É flagrante a injustiça e inconstitucionalidade da lei e, em função da limitação na dedutibilidade de despesas com educação no IRPF, segunda a legislação atual, para Moulin (2017, p. 68) se configura no fato de que, “[...] tal disposição legal não condiz com o espírito de concretização dos direitos fundamentais sociais existentes em nosso Estado Democrático de Direito”.

4 | DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUA TUTELA JURISDICCIONAL

A lesão ou grave ameaça ao direito impele a jurisdição do Estado. Isso significa que sendo instado, o Estado não pode permanecer na inércia. Deve agir para garantir a tutela jurisdiccional. Assim, de forma imperiosa a CF/1988, no seu art. 5º, inciso XXXV, assegura que, “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário, lesão ou ameaça ao direito”.

Sob esse prisma, Câmara (2014, p. 86) *apud* Firmo (2014, p. 06) complementa que,

A tutela jurisdiccional é a forma pelo qual o Estado assegura proteção ao titular de um direito subjetivo. Assim terá direito à tutela jurisdiccional aquele que tem razão de um determinado processo. O Estado só presta verdadeira tutela jurisdiccional quando esta é adequada a proteger o direito material lesado ou ameaçado de lesão. A todo direito deve corresponder uma tutela jurisdiccional capaz de assegurá-lo.

Nessa lógica, a tutela jurisdiccional é um objeto que alcança pessoas ou grupos e se consolidou, no pensar de Sartet (2007, p. 53), “no século XX, nas constituições do segundo pós-guerra, que os novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de constituições, e foram objetos de diversos pactos internacionais”. Imbrica-se, assim, ao estado bem estar social, implantado após os dois grandes conflitos mundiais.

Tutela jurisdiccional é, pela definição de Dinamarco (2009, p. 107),

o amparo que, por obra dos juizes, o Estado ministra a quem tem razão num litígio deduzido em processo. Ela consiste na melhoria da situação de uma pessoa, pessoas ou grupo de pessoas, em relação ao bem pretendido ou à situação imaterial desejada ou indesejada.

Sob essa perspectiva da legislação tanto podem ser objeto dessa tutela, os direitos, como as pessoas ou grupos de pessoas. E não obstante essa separação desses elementos, pode-se dizer que, em um sem número de vezes eles se confundem, pois, os sujeitos de direitos em grande medida são as pessoas ou grupos de pessoas.

Dessa forma, a CF/1988, em seu art.6º elenca os direitos fundamentais sociais, entre eles educação, bem como, os princípios e objetivos a serem seguidos pelos entes da federação no sentido de concretizá-la. O *status* de Estado Democrático de Direito do Brasil destaca aos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana como fundamento.

Não é sem razão que os direitos fundamentais sociais visam corrigir desigualdades sociais e o poder público tem o dever de oferecer condições, por exemplo, de oferta de uma educação de qualidade para todos. Nesse sentido é necessário arrecadar impostos, no entanto é preciso respeitar os princípios da solidariedade e da capacidade contributiva de cada um.

5 I OS PRINCÍPIOS DA SOLIDARIEDADE E DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

Sobre esses princípios a CF/1988 já os acolhe no art. 145, § 1º quando diz o seguinte:

Art. 145.[...]

§ 1º. Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Ante a letra da Carta Magna é preciso dizer que os princípios da capacidade contributiva e da solidariedade estão inseridos neste Parágrafo e devem ser assim compreendidos: ao dispor, a CF/1988, que os tributos serão graduados segundo a *capacidade* econômica do contribuinte insere-se aí de modo clarividente, o *princípio da capacidade contributiva*. Ao passo em que, a obrigação do Estado em *promover a solidariedade social* como parte dos fundamentos e objetivos da República, *constitui o princípio da solidariedade (itálico nosso)*.

Os dois princípios se complementam, sendo relevante analisá-los sob a ótica de que o princípio da solidariedade que é a relação de todas as partes de um todo entre si, impondo deveres de colaboração, sem esquecer das diferenças decorrentes de condição social para reafirmação das liberdades sociais e da igualdade perante a lei, com a ideia da justiça distributiva entre todos (DUARTE, 2007).

Pelo princípio da capacidade contributiva busca-se a “justiça” na cobrança de impostos e, isso não significa ter faculdade na contribuição, mas, a forma como o Estado o institui e o cobra, alisando, nesse aspecto, a capacidade econômica do contribuinte e flexibilizando a cobrança de acordo com o caso em concreto onde quem ganha mais paga mais e quem ganha menos paga menos, ou em última hipótese, é isento.

Por outro lado, a função social do tributo está ligada ao atendimento de todos na sociedade, minimizando a ocorrência de injustiças e tampouco a cobrança excessiva de tributos. Dessa forma, mesmo os sistemas de educação não oferecendo de forma plena a educação para todos da educação infantil ao ensino superior, a limitação da dedução no IRPF das despesas pagas com educação consigna-se como uma violação do princípio da capacidade contributiva.

Nesse aspecto, de acordo com Moulin (2017, p. 72), “verifica-se que a tributação da base de cálculo do IRPF sobre as despesas educacionais restringe a capacidade contributiva dos contribuintes, que ofende o conceito constitucional de renda, podendo esse teto ser inconstitucional. Assim, é imperioso salientar que o princípio da capacidade contributiva é um dos pilares do Direito Tributário. E segundo a esse princípio, o Estado deve cobrar da coletividade de acordo com a capacidade de cada indivíduo (RODRIGUES, 2017).

6 | A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO LIMITE COM EDUCAÇÃO NO IR

A discussão a respeito da constitucionalidade, ou não, do limite de dedução de despesas com educação do IRPF não é pacífico, uma vez que o legislador legislar sobre temática, bem como, regulamentar as leis, ainda persiste na limitação dessas deduções. Independente das discussões que permearam a formatação da norma jurídica a educação um direito posto em uma hierarquia, por exemplo, inferior à saúde, uma vez que, a este último direito não se aplicam quaisquer limites nas deduções de gastos.

Não existe, contudo, razão para que se aplique limites na dedução dos gastos com educação, em detrimento de outros direitos, pois, todos eles se referem aos direitos fundamentais e não há hierarquia entre eles, inclusive na obrigação positiva do Estado de provê-los. A esse respeito, Sabbag (2009) *apud* Moulin (2017, p. 69) defende que, “a possibilidade de se deduzir as despesas relacionadas com a educação da base de cálculo do IRPF deve ser no sentido de ser a mais ampla possível”.

Parece evidente que a limitação na dedução dos gastos com educação no IRPF limita o direito à educação, pois, atribui ao contribuinte o papel de prover às suas expensas um direito fundamentação que o Estado tem obrigação positiva.

Ressalte-se ainda, que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ajuizou em 2013 a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4927), com pedido de liminar que questiona o limite de dedução de IRPF de despesas com instrução do contribuinte e seus dependentes. Nessa ADI, o que a OAB defende é que o limite para dedução referente à educação é inconstitucional, devendo ser condizente com a realidade social dos cidadãos.

Além disso, no próprio Judiciário há entendimento divergente da decisão do STF, uma vez que, no julgamento feito pelo Juiz Federal Heraldo Garcia Vitta, da 21ª Vara Federal de São Paulo, nos autos do processo 0021916-79.2015.403.6100, reconheceu a dedução integral das despesas com educação na declaração de ajuste anual do imposto de renda na educação infantil até a pós-graduação (RODRIGUES, 2017). Essa divergência, no contexto das reflexões jurídicas é favorável aos contribuintes.

Portanto, se houver a intervenção desta corte na defesa da inconstitucionalidade da limitação imposta às deduções de gastos com educação no IRPF, não significa que está ferindo o princípio da separação dos poderes. Mas, reafirmando a constitucionalidade da educação enquanto direito fundamental.

7 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado tem a finalidade precípua de resguardar a hegemonia da CF/1988 concretizando o interesse público primordial pela justiça, segurança e bem-estar social positivados na Carta Magna. As instituições legitimadas são responsáveis para prestar assistência aos interesses coletivos. O que se vislumbra-se é a supremacia dos direitos

individuais e coletivos assegurados em nome do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana.

Ademais, a educação reforça a ideia dos direitos humanos, garantias sociais e as liberdades fundamentais, fomenta os direitos e garantias fundamentais, possibilitando a dignidade humana no Estado Democrático de Direito, uma vez que é um direito fundamental relevante e está atrelada a princípios tão caros da CF/1988. Nesse tocante compreende-se que o Estado tem obrigações positivas e negativas com relação ao direito à educação, sendo sua obrigação provê-la ao cidadão brasileiro por meio dos impostos arrecadados.

A legislação tributária, por outro lado, permite que o contribuinte, quando efetua gastos com educação, saúde, pensão alimentícia e com previdência, possa deduzir esses valores do IRPF; contudo, as repercussões jurídicas das reflexões a respeito da limitação na dedução dos gastos com educação no IRPF têm produzido discussões nos operadores do direito, traduzindo-se em inconstitucionalidade em função de ferir princípios constitucionais.

A constatação de que o limite de dedução das despesas com educação do IRPF frustra os princípios constitucionais da solidariedade e da capacidade contributiva, ao mesmo tempo em que, denota a inviabilidade do direito à educação, do alcance da dignidade da pessoa humana, além de distorcer o conceito de renda sobre a qual é cobrado esse tipo de imposto. Dessa forma, cabe ao STF, desprezar o viés de que ao julgar a inconstitucionalidade desse limite de dedução interfere em outro poder, pois, cabe a esta corte interpretar a constitucionalidade das leis e, a norma jurídica que trata dessa limitação tem fragrantes demonstrações de inconstitucionalidade por violar diversos princípios da nossa Carta Magna.

REFERÊNCIAS

BOLESINA, Iuri; GERVASONI, Tamiris Alessandra. A dupla face do mínimo existencial no estado democrático de direito à luz das questões tributárias na concretização dos direitos sociais. **Direito e Paz**. Lorena, Ano XVIII, n. 35, p.463-496, 2. sem. 2016.

BRASIL. **Código Tributário Nacional** (Lei Nº 5.172/1966). Brasília: Senado Federal: 1966.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Congresso Nacional, 1988.

_____. **Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995**. Altera a legislação do imposto de rendadas pessoas físicas e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília: DOU, 1995.

_____. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394 de 20 de dezembro de 1996)**. Brasília: Senado Federal, 1996.

_____. **Decreto Nº 9.580, de 22 de Novembro de 2018**. Brasília: Presidência da República, 2018.

CASTRO, Jorge Abrahão. Financiamento e gasto público na educação básica no Brasil: 1995- 2005. In: **Revista Educação & Sociedade**, Campinas, v. 28, n. 100, p. 857-876, acesso: 04.Ago.2020.

DERZI, Misabel de A. Machado. **Os conceitos de renda e patrimônio**: efeitos da correção monetária insuficiente no imposto de renda. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

FIRMO, Luísa Santiago. **A Busca pela Tutela Jurisdicional Efetiva**: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro 2014. Disponível em: <<http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhosconclusão/2semestre20142214/LuisaSantiagoFirmo.pdfhtm>> Acesso em: 01.Ago.2020.

MOULIN, Darlan Alves. A Inconstitucionalidade do limite de Dedução das Despesas Educacionais no IRPF e a Tutela Jurisdicional para a Concretização do Direito Fundamental à Educação. In: **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**. Brasília, v. 3, n. 1, p. 60-79. Jan-Jun. 2017.

SOARES, Durcelania da Silva; RAMPAZZO, Lino; VILLAS BÔAS, Regina Vera. **Educação em Direitos Humanos Sustentabilidade e Vulnerabilidade**: Volta Redonda: Jurismestre, 2019.

NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais**: os deveres e os custos dos direitos. Pg. 15. Disponível em: Acesso em: 04 de ago.2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris: Assembleia Geral das Nações Unidas, 1948. Disponível em: <<http://nacoesunidas.org/artigo-26-direito-a-educacao/>>. Acesso em: 02.Ago. 2020.

RODRIGUES, Rhuana César. **Direito Tributário, legislador ordinário ofende o Princípio da capacidade contributiva**: Limite com Educação com IR é inconstitucional?2017. Disponível em: <<http://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/limite-com-educacao-no-ir-e-inconstitucional-07042017htm>> Acesso em 02 de agosto de 2020.

ROSSI, Wagner Gonçalves. **Capitalismo e educação**. São Paulo: Cortez e Moraes, 1978.

RUTKOSKI, Joslai Silva. A pedagogia de Paulo Freire: **Uma proposta da educação para os Direitos Humanos**. IN: PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos. Curitiba: Juruá, 2006.

SANTOS, Gislene A. **Universidade, formação e cidadania**. S. Paulo: Cortez, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **Supremo recebe ADI contra limites de dedução com educação no Imposto de Renda**. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/cms/NoticiaDetalhe.asp?idConteudo=234353htm>> Acesso em 03 de agosto de 2020.

TORRES, Ricardo Lobo. O poder de tributar no Estado Democrático de Direito. IN: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). **Direito e poder nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos**: estudos em homenagem a Nelson Saldanha. São Paulo: Manole, 2005.

A EXTRAFISCALIDADE TRIBUTÁRIA COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DA POBREZA E DAS DESIGUALDADES SOCIAIS EM TEMPOS DE CRISE SOCIOECONÔMICA DO ESTADO

Data de aceite: 01/11/2020

Data da submissão: 12/08/2020

Darlan Alves Moulin

Universidade Estácio de Sá – UNESA/RJ.
Programa Pesquisa Produtividade da UNESA/
RJ.
São João de Meriti/ RJ.
<http://lattes.cnpq.br/9695783352656464>

Raphael Malaquias de Sá de Souza

Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ)
<http://lattes.cnpq.br/284031821760048>

Malena Aquino da Silva

Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ)
<http://lattes.cnpq.br/3650288705919760>

Ruth Ramos Dantas de Souza

Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ)

Daniella Souza Santos de Carvalho

Universidade Estácio de Sá. (UNESA/RJ)
<http://lattes.cnpq.br/4977575897915108>

RESUMO: O presente estudo discute a relação que existe entre a crise econômica que afetou o mundo em 2008 e atual crise socioeconômica que assola o Brasil nos últimos tempos. Questiona-se, como problemática, se em tempos de crise econômica o Estado está legitimado a mitigar direitos já conquistados com o objetivo de restabelecer a economia ou se em tempos de crise ele deve se preocupar em elaborar e efetivar políticas públicas visando proteger à dignidade humana. Cogita-se que na atual crise o Brasil

acabou por priorizar o desenvolvimento apenas econômico, deixando de investir no seu maior patrimônio que é a pessoa humana, hipótese esta confirmada com as medidas políticas que foram adotadas, sob o argumento de retirar o Brasil da crise, tais como limitação dos investimentos públicos em saúde e educação, bem como com a reforma trabalhista e a atual proposta de reforma da previdência. Essas políticas acabam por inviabilizar o pleno desenvolvimento humano, tendo em vista que tais cortes de investimento públicos nestas áreas acabam por aumentar a pobreza e as desigualdades sociais, impedindo que haja o pleno desenvolvimento das capacidades humanas necessárias para que as pessoas possam ter uma vida digna. Além disso, verifica-se que a crise econômica acaba por influenciar o governo nas decisões que este tem que tomar para retirar o país da crise. Busca-se, então, reconhecer a importância de uma reforma tributária no Brasil para que os tributos sejam utilizados em sua função extrafiscal, visando à redução da pobreza e das desigualdades sociais. Para tanto, utilizou-se os métodos crítico, de revisão bibliográfica e análise documental para se confirmar a importância de uma alteração da estrutura política e tributária do Brasil, visando a máxima proteção à dignidade humana por meio da concretização dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Extrafiscalidade, Pobreza, Desigualdades Sociais, Crise Socioeconômica, Reforma tributária.

TAX EXTRAFISCALITY AS AN INSTRUMENT FOR REDUCING POVERTY AND SOCIAL INEQUALITIES IN TIMES OF STATE SOCIOECONOMIC CRISIS

ABSTRACT: This study discusses the relationship that exists between the economic crisis that affected the world in 2008 and the current socioeconomic crisis that has been plaguing Brazil in recent times. It is questioned, as a problem, if in times of economic crisis the State is legitimate to mitigate rights already conquered in order to restore the economy or if in times of crisis it should be concerned with elaborating and implementing public policies aiming to protect human dignity. It is thought that in the current crisis Brazil ended up prioritizing only economic development, failing to invest in its greatest asset, which is the human person, a hypothesis confirmed with the political measures that were adopted, under the argument of removing Brazil from the crisis, such as limiting public investments in health and education, as well as labor reform and the current pension reform proposal. These policies end up preventing full human development, considering that such cuts in public investment in these areas end up increasing poverty and social inequalities, preventing the full development of human capacities necessary for people to have a dignified life. In addition, it appears that the economic crisis ends up influencing the government in the decisions that it has to take to remove the country from the crisis. It seeks, then, to recognize the importance of a tax reform in Brazil so that taxes are used in their extra-fiscal function, aiming at the reduction of poverty and social inequalities. To this end, we used the critical methods, bibliographic review and document analysis to confirm the importance of changing the political and tax structure of Brazil, aiming at maximum protection of human dignity through the realization of fundamental rights.

KEYWORDS: Extrafiscality, Poverty, Social differences, Socioeconomic Crisis, Tax reform.

1 | INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a finalidade de discorrer sobre a importância da função extrafiscal dos tributos para a redução da pobreza e desigualdades sociais, principalmente em tempos de crises socioeconômicas, uma vez que neste período o Estado começa a realizar cortes em verbas que seriam destinadas a efetivação dos direitos sociais com o intuito de salvar a economia.

O trabalho abordará num primeiro momento as desigualdades sociais e pobreza no país, tendo como consequência a crise socioeconômica, que abalou completamente a população brasileira, fazendo com que os governantes, utilizando-se de argumentos para acabar com a crise, suprimissem os direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal.

Será também analisada a tributação extrafiscal como forma de redução das desigualdades sociais, sendo estudado o princípio da capacidade contributiva na tributação indireta, uma vez que esta fez piorar o quadro das desigualdades sociais, já que pessoas com maior poder aquisitivo pagam tributos na mesma proporção de pessoas menos beneficiadas.

O presente artigo irá abordar a extrafiscalidade como ferramenta de redução das desigualdades sociais, uma vez que a função do tributo tem que ser além de meramente arrecadatória, devendo a tributação ser utilizada como instrumento para a concretização dos objetivos constitucionais, previstos no artigo 3º da Constituição Federal.

Para a elaboração do presente trabalho foram utilizados os métodos crítico, de revisão bibliográfica e análise documental, de modo a demonstrar que o tributo é um valioso instrumento à disposição do Estado para a redução da pobreza e desigualdades sociais no Brasil.

21 A POBREZA E AS DESIGUALDADES SOCIAIS COMO VIOLAÇÕES À DIGNIDADE HUMANA

Inicialmente, é preciso esclarecer que a pobreza não está relacionada apenas com o aspecto econômico das pessoas. Ela é uma violação à própria dignidade do indivíduo que o impossibilita de viver de forma digna, sendo certo que:

[...] o interessante atual é a pobreza, como visão de violação dos direitos humanos, e a partir de uma vida digna. Não se pode falar em dignidade da pessoa humana quando milhões de pessoas vivem em condições indignas por causa da pobreza. A definição de pobreza ora esperada é aquela que está em desacordo com os direitos sociais, econômicos e, principalmente, aquela que ofende aos direitos humanos e não unicamente aos que estão relacionados aos padrões econômicos (VILLAS BÓAS; SOARES, 2017, p.77).

Em uma sociedade marcada pela desigualdade social em que os bens disponíveis não são de pleno acesso a todos, causando à violação do direito fundamental à vida com dignidade, percebe-se que a pobreza acaba por agravar as mazelas sociais já existentes, impedindo que milhões de pessoas tenham acesso às mínimas condições necessárias para garantir-lhes à dignidade. Nesse sentido, constata-se que

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2010, p.62).

Percebe-se uma dificuldade por parte do Estado em promover as garantias que visam à dignidade da pessoa humana, conforme estabelecido no do art. 1º, III da Constituição Federal/88. De valor constitucional e fundamental, o princípio da dignidade humana visa à proteção do ser humano e a garantia de uma vida digna. No entanto, essa garantia não atinge a todos, uma vez que a desigualdade acaba por agravar a problemática da pobreza,

impedindo as classes menos favorecida de alcançar às condições mínimas para obterem uma vida digna.

Em que pese o inciso III, do art. 3º da Constituição estabelecer como objetivo da República a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, o Brasil ainda está longe de atingir esta previsão constitucional por não tratar os cidadãos com a devida isonomia, um fato histórico na sociedade, sendo certo que perdura nos dias atuais uma construção de diferenças e benefícios onde os abastados têm seus potenciais plenamente desenvolvidos, acarretando o aumento da sua capacidade, assim como a sua fortuna, enquanto os desprovidos sofrem com a privação de sua capacidade.

Registre-se que esta situação é uma realidade no Brasil. Alguns sustentam que é possível existir algumas pessoas na miséria extrema e outras nadando em luxo, desde que os miseráveis não possam melhorar as suas condições sem reduzir o luxo dos ricos (SEN, 1999, p.48).

O fato de o estado apresentar ótimos resultados no índice de riqueza com parte da sociedade não o faz livre da pobreza, uma vez que a desigualdade impede que a minoria melhore as suas condições de vida, acarretando a privação dos direitos mais básicos como o trabalho, a alimentação, moradia, educação, vestuário, uma vez que:

Nesse contexto, a pobreza é considerada como uma privação de algumas capacidades básicas que se exige minimamente de um indivíduo. Desta feita, se o indivíduo possui uma renda alta, mas lhe falta acesso à escola, hospitais, médicos, essa renda não lhe será útil. Igualmente, se o indivíduo possui uma renda baixa e não tem acesso a esses mesmos serviços, tem-se claramente a privação de algumas capacidades básicas que são mínimas exigidas à sobrevivência dos indivíduos.(SOARES, 2019, p.35).

Para que haja a plena efetivação do direito humano ao desenvolvimento torna-se necessária a eliminação de todas as privações das capacidades humanas, garantindo-se às pessoas as condições materiais mínimas para se autodeterminarem na busca por uma vida digna (SEN, 2010, p.45).

Neste mesmo contexto, Nicolás Ângulo Sanchez (2005) afirma que a pobreza não está associada apenas à ausência de renda econômica, mas sim com a ausência de desenvolvimento das capacidades ou liberdades substanciais que possibilitam às pessoas se autodeterminarem na busca por uma vida digna, devido à escassez de recursos básicos, impedindo-as de desenvolver suas capacidades básicas, uma vez que “[...] a escassez é mais do que o simples desprazer de ter muito pouco. A escassez muda à maneira como pensamos. Ela se impõe em nossas mentes. [...] a escassez opera de maneira inconsciente. Ela captura a atenção, quer o dono da mente queira ou não” (MULLAINATHAN; SHAFIR, 2016, p.18-20).

Importante esclarecer que a ausência do Estado na efetivação das garantias

constitucionais influencia os indivíduos, assim como os impedem de autodeterminar as suas vidas. Por se tratar de um fato enraizado em nossa história, a desigualdade assim como o conformismo dos indivíduos com a falta dos recursos básicos impossibilita a sua liberdade na busca do seu papel perante a sociedade. Neste contexto,

[...] Considerando o fato de que, reconhecidamente, amplas parcelas da população brasileira não dispõem dos meios para atender às suas necessidades básicas, há consenso de que o conceito de pobreza relevante no país ainda é o de pobreza absoluta. É, porém, inevitável que, na operacionalização desse conceito, sejam incorporadas certas necessidades que, embora não estritamente indispensáveis à sobrevivência física das pessoas, podem ser consideradas o mínimo necessário para o “funcionamento” dos indivíduos no contexto sócio econômico brasileiro. (ROCHA, 2003, p. 175).

A pobreza há de se vista como consequência das desigualdades sociais no País, uma vez que mesmo existindo o princípio da isonomia, não há igualdade entre as pessoas na sociedade. A pobreza absoluta está ligada a situações de miserabilidade, ou seja, pessoas que não tem mínimas condições de arcar com o seu sustento. Já a pobreza relativa, consegue preencher uma grande parte da sociedade, pois está ligada diretamente à sociedade do consumo, que é um dos fatores que permite movimentar o pêndulo da economia, uma vez que uma pessoa se considera relativamente pobre por não conseguir atingir determinados padrões sociais impostos pela sociedade (ROCHA, 2003, p.11).

A distinção entre desigualdade de renda e desigualdade econômica é importante. Muitas das críticas ao igualitarismo econômico como um valor ou objetivo aplicam-se bem mais facilmente ao limitado conceito de desigualdade de renda do que às concepções mais amplas de desigualdade econômica. Por exemplo, dar uma fatia maior de renda a uma pessoa que tem mais necessidade – digamos, devido a uma incapacidade – pode ser visto como contrário ao princípio de igualar as rendas, mas isso não contesta os preceitos mais amplos da igualdade econômica, uma vez que a maior necessidade de recursos econômicos devido à incapacidade deve ser levada em conta ao julgarem-se os requisitos da igualdade econômica (SEN, 2010, p.146).

Apesar de a Constituição Federal tratar com afincos os direitos e garantias fundamentais visando dar uma maior igualdade ao indivíduo, o Estado encontra-se longe desse objetivo, uma vez que a desigualdade de renda, a falta de desenvolvimento humano e a exclusão social afeta os menos favorecidos. Desta forma, a naturalização da pobreza limita o indivíduo a sua condição de sujeito de direito resultando na negação dos seus direitos fundamentais.

Verifica-se que a atual crise econômica acabou por agravar ainda mais as desigualdades sociais que já existiam nas sociedades pós – modernas, uma vez que foram realizados diversos cortes de recursos públicos em áreas sociais essenciais, acarretando um aumento nas causas de privação das capacidades humanas, dificultando a efetivação

do direito humano ao desenvolvimento, uma vez que este visa resguardar a promoção da dignidade humana (MOULIN, 2018).

Cabe salientar que a crise econômica nesta sociedade marcada pela desigualdade faz crescer a exclusão daqueles mercedores de igual dignidade e, o corte dos recursos públicos impede a efetivação das garantias que deveria ser a sua proteção.

3 | O PAPEL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA REDUÇÃO DA POBREZA E DESIGUALDADES E CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No Brasil existe uma crescente desigualdade socioeconômica em toda a população brasileira, isso acontece devido à má distribuição de renda da população e suas riquezas, acarretando um alto índice de pobreza. A pobreza tem ligação com a falta de acesso ao ensino de qualidade, saúde, água potável, fornecimento de energia elétrica, entre outros serviços fundamentais para a subsistência humana, e a falta desses serviços é uma triste realidade para milhões de pessoas que vivem em condições de extrema miserabilidade pelo Brasil e pelo mundo. Nesse sentido, observa-se que:

[...] a pobreza baseia-se na aceção de necessidades fundamentais, estando em debate várias dimensões inerentes à noção de recursos, abarcando rendimentos, bens de capital, benefícios em espécie associados ao trabalho. Nesta perspectiva, pode-se considerar como pobre aquele que não tem o que comer, é analfabeto, não tem moradia, vive em condições precária de higiene, ou seja, não tem acesso a condições mínimas de uma existência digna. (RANGEL, 2015,p.80-81).

Portanto, a pobreza é como se fosse uma ferida difícil de cicatrizar, são marcas visíveis na pele e na alma de cada pessoa, muitas vezes são sonhos maltratados, onde adultos, crianças e idosos veem os sonhos mais simples parecerem distantes de sua realidade e para combater isso é necessário ter a efetivação de políticas públicas (SOARES, 2019).

As políticas públicas é você pensar o Estado e o Governo em ação, são todas as atividades que vem do Estado e a forma que é executado pelo governo. Trata-se de um processo decisório que vai envolver conflitos de interesse, onde temos diversos grupos, cada um com seu pensamento e essas políticas é aquilo que o governo decide fazer e não fazer, quem ganha e porque ganha, trata-se da sua vida no dia a dia.

É como se fosse um conjunto de projetos, programas e atividades governamentais, um programa da prefeitura que beneficia o bairro. Uma vez que foi tomada a decisão o governo vai transformar em um programa, em um projeto, em uma atividade. A política de Estado é aquela que independe do governo ou governante ela terá que ser feita, pois está amparada na Constituição Federal (MOULIN; ARBEX, 2018, p 108).

A criação das políticas públicas é o resultado do conjunto dos três poderes que são o legislativo, executivo e judiciário. O poder legislativo e o executivo podem propor essas

políticas, onde o primeiro é responsável por criar as referidas leis e o segundo se torna responsável pelo planejamento e aplicação.

O poder judiciário trabalha no controle da lei criada e analisa se está cumprindo com o seu objetivo inicialmente proposto. As políticas públicas são o conjunto de ações e metas dos governos nacionais, estaduais e municipais, que buscam alcançar o bem-estar da sociedade e do interesse público. Ressalte-se que os que tomam as decisões selecionam as suas prioridades, pois são as que eles entendem ser o melhor para a população naquele dado momento.

O bem-estar da sociedade é sempre definido pelo governo, pois a sociedade não consegue expressar de forma correta, ela apenas clama e faz pedidos para os seus representantes que são os deputados, senadores e vereadores. São esses que mobilizam o poder executivo pelo qual também foram eleitos, como o prefeito, governador e até o presidente da República para que atendam as demandas da população (MOULIN, 2018).

Essas demandas, ou seja, os pedidos que a população faz pode ser apresentado também pelos grupos organizados que podem ser os sindicatos, associação de moradores e ONGs dentre outros. A sociedade muda o tempo todo, temos uma diversidade de pessoas com idades, religiões, renda, profissão, ideias, valores e interesses completamente diferentes umas das outras e para isso os recursos para atender a essas demandas são limitados.

Com isso os bens e serviços públicos se tornam disputados, porém, essa disputa deve se observar pelo bom lado, pois com isso esses conflitos servem para efetuar melhorias na sociedade, claro que se ocorrer dentro dos limites da lei.

Os tipos de políticas públicas podem estar relacionados a muitas áreas como a educação, saúde, trabalho, lazer, assistência social, meio ambiente, cultura, moradia e transporte. E para que essas políticas sejam efetivadas, antes precisa passar por algumas fases, uma delas é a identificação do problema, que precisa de uma melhora ou solução.

Primeiro acontece o agendamento, o governo vai listar as urgências a serem tratadas. Em segundo lugar vai formular alternativas, é como se fosse uma fase de estudo e avaliação das medidas escolhidas. Em terceiro lugar vai tomar a decisão, essa parte trata das ações a serem executadas. Depois vem a quarta fase que é a implementação, é quando essas políticas são colocadas em prática. E por último, sendo a quinta fase vem a avaliação, acontece a avaliação depois que as políticas públicas são colocadas em prática avaliando a sua eficácia (MOULIN, 2018).

O Estado arrecada muitos impostos, todos pagam o tempo todo, é importante, portanto, devolver na forma de serviços para todos. No exemplo de políticas públicas anteriormente citadas, a educação pública é uma forma de devolução, os hospitais públicos, e os programas sociais de redistribuição de renda também (MOULIN, 2018).

Teoricamente não haveria necessidade de transferir renda para pessoas que tem bastante dinheiro. Quem consegue arcar com suas despesas através de frutos do seu trabalho, não precisa da ajuda do Estado.

O grande problema é que nem todo mundo é autossuficiente, existe muitas pessoas, que nascem em condições absolutamente precárias, e que sobrevivem por fé e porque a vida é persistente. Onde uma mãe de família retempera com louro um pouco de feijão azedo que resta em sua panela, sendo este o único alimento que tem no dia para sustentar a sua família.

Segundo o sociólogo Zygmunt Bauman (2015, p. 10) devemos nos preocupar com o crescimento acelerado da pobreza que por consequência distancia ainda mais as pessoas, tornando-se um verdadeiro abismo da desigualdade.

O abismo crescente que separa os pobres e os sem perspectiva de abastados, otimistas, autoconfiantes e exuberantes - abismo cuja profundidade já excede a capacidade de todos, exceto dos mais fortes e inescrupulosos arrivistas - é uma razão óbvia para ficarmos gravemente preocupados.

Os brasileiros não possuem igualdades de condições, e corremos o risco de repetir esse ciclo da pobreza com o baixo nível educacional, alimentação inadequada, saúde precária, a instabilidade dos empregos e a baixa renda. Com esse quadro, o Estado deve adotar e fiscalizar políticas públicas eficazes com o intuito de favorecer as novas gerações de brasileiros.

4 | TRIBUTAÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: A EXTRAFISCALIDADE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL

A extrafiscalidade tributária veio para adentrar no comportamento da sociedade tendo como finalidade determinado fim social. A tributação sem uma função meramente arrecadatória é característica de um Estado democrático de Direito, que não apenas visa custear as despesas gerais do Estado, mas sim o pleno desenvolvimento social de sua população e maximizando os direitos fundamentais previstos na carta magna (BUFFON, 2010, p. 561).

Portanto há de se perceber que o objetivo da extrafiscalidade é o interesse coletivo, visando resultados sociais mais favoráveis, ou seja, para implementar políticas públicas no País. Mas é por meio da tributação que a atuação estatal consegue direcionar recursos para efetivar determinados Direitos Fundamentais (MURTA; CARVALHO, 2017, p. 158).

Então temos a tributação como principal fonte de custeio para as despesas estatais, bem como para fornecimento de políticas públicas. Temos 3 (três) características de tributos: O Fiscal, que é utilizado com uma finalidade meramente arrecadatória. O Parafiscal, que é utilizado para suprir necessidades de entidades específicas, que tem poder de delegação de tributos, como o INSS (Instituto Nacional de Seguridade Social), e a OAB (Ordem dos Advogados do Brasil). E o Extrafiscal, conforme mencionado anteriormente, tem uma finalidade de incentivo à população, por meio de políticas públicas, ou ações destinadas ao desenvolvimento social. Compartilhando esse entendimento, verifica-se que:

A principal finalidade de muitos tributos (que continuarão a surgirem volume e variedade sempre maiores pela progressiva transfiguração dos tributos de finalismo clássico ou tradicional) não será a de um instrumento de arrecadação de recursos para o custeio de despesas públicas, mas a de um instrumento de intervenção estatal no meio social e na economia privada. Na construção de cada tributo não mais será ignorado o finalismo extrafiscal, nem será esquecido o fiscal. Ambos coexistirão, agora de um modo consciente e desejado; apenas haverá maior ou menos prevalência deste ou daquele finalismo. (BECKER, 2010, p. 630).

De acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil, os impostos deverão ser graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte, não devendo nunca sobressair essa margem, podendo causar uma violação ao Princípio da Capacidade Contributiva, uma vez que:

O princípio da capacidade contributiva hospeda-se nas dobras do princípio da igualdade e ajuda a realizar, no campo tributário, os ideais republicanos. Realmente, é justo e jurídico que quem, em termos econômicos, tem muito pague, proporcionalmente mais imposto do que quem tem pouco. Quem tem maior riqueza deve, em termos proporcionais, pagar impostos na proporção de seus haveres, ou seja, de seus índices de riqueza. (CARRAZZA, 2000, p. 65).

Desta forma, podemos afirmar que o princípio da capacidade contributiva está exclusivamente ligado ao princípio da igualdade, uma vez que buscam uma justiça fiscal e social. Pode-se observar que também foi mencionado acima, pelo ilustríssimo doutrinador, que cidadãos com um capital mais elevado devem contribuir com uma carga tributária maior do que cidadãos com um capital mediano. Ou seja, seria uma forma de equilíbrio para a economia, se a forma de arrecadação fosse em decorrência do padrão social do contribuinte (BALEIRO, 2010, p.1103).

Sendo que em determinadas tributações, como a indireta que vemos em estabelecimentos comerciais, o valor que é tributado em determinadas mercadorias que são compradas é o mesmo, tanto para aquela pessoa carente que necessita de um benefício social para sua sobrevivência, quanto para o empresário que tem um capital investido em bitcoins, dentre outros. Para muitos estudiosos, essa tributação indireta fere o princípio da capacidade contributiva, uma vez que o valor tributado em ambos os casos é o mesmo, ou seja, independentemente do valor da mercadoria, a carga tributária suportada pelas duas personalidades é a mesma (COELHO, 2000, p. 83).

O princípio da seletividade, tem como finalidade impor sobre bens mais essenciais carga tributária menor do que para bens menos essenciais em que a carga tributária é mais alta, podendo ocorrer até em casos relativos aos bens mais essenciais uma isenção. O doutrinador Sacha Calmon (2000), acima fez uma crítica ao referido princípio, uma vez que o mesmo não é eficaz, sendo certo que somente está relacionado ao bem que está sendo tributado, mas não ao contribuinte que está suportando a tributação. Sendo impossível,

firmar uma justiça fiscal e social, uma vez que o referido princípio faz com que tanto o rico, quanto o pobre, suporte a mesma carga tributária, gerando mais desigualdades sociais e pobreza (MOULIN, 2018).

Observa-se que as desigualdades sociais é um fator que vem aumentando com o passar dos tempos. Num estado de incertezas, onde a luta é pela sobrevivência, só fez com que piorasse essa situação, tendo em vista as crises desencadeadas como a de 2008, uma vez que:

A crise de 2008 piorou as desigualdades sociais que já existiam muito antes do processo de globalização, uma vez que a história mostra indícios que as desigualdades existem desde o processo de colonização. Devido à crise, muitos Estados não conseguiram promover políticas públicas para diminuir tais desigualdades. (MOULIN; SILVA, 2017, p. 215).

Ocorre que no Brasil, as desigualdades estão por aumentar a cada dia, uma vez que até as políticas públicas elaboradas para eventual melhoria estão sendo tratadas com intenção de reduzir ou extinguir direitos fundamentais, expressos na carta magna, piorando a situação de pessoas de menor potencial aquisitivo.

Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade. (SILVA;2013, p.288-289).

Conforme elucidado acima os Direitos Fundamentais expressos na carta magna, não serão “simples direitos”, uma vez que visam erradicar a pobreza, bem como a marginalização, segundo o art. 3º do referido dispositivo, bem como garantir o bem-estarsocial de toda a população. Tendo como base garantir uma melhor qualidade de vida aos mais necessitados, por meio de ações públicas, aumentando os níveis de inclusão social no Estado.

Esses princípios fundamentais possuem mais relevância e de maior ideia. Destacando-se a soberania, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (BARROSO, 2009, p. 317).

Assim, a dignidade da pessoa humana é um princípio base para todos os comandos constitucionais, eis que orienta a interpretação e aplicação das regras que compõem o ordenamento jurídico brasileiro, em especial, as que buscam o bem-estar social, como um dos meios para alcançar a dignidade humana, mediante respeito ao direito à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança,

à assistência aos desamparado, além dos demais previsto no artigo 6º da Constituição Federal.

Desta forma, a extrafiscalidade é um dos meios que o Poder Público se utiliza para a implementação de políticas públicas, a fim de que todas as garantias constitucionais sejam efetivadas.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desta forma, verifica-se que as desigualdades sociais aumentaram, gerando também um número maior de pobreza, no qual essa parcela da sociedade acaba por ficar excluída de decisões importantes na sociedade, pois segundo a Constituição da República Federativa do Brasil, todos têm o direito de participar de plebiscitos e referendos.

Infelizmente a parte da população que é mais prejudicada é de pessoas que não têm condições mínimas de sobrevivência, pois são privadas de processos democráticos, participando apenas nas eleições, mesmo sem ter um pensamento crítico sob a escolha do candidato. Isso é devido à falta de investimentos em educação que acontece devido uma má gestão por governantes.

Verifica-se, também, que a tributação extrafiscal tem como finalidade adentrar no comportamento da sociedade, a ponto de se atingir um fim social, sendo esses também o de erradicar a pobreza e a marginalização, bem como reduzir as desigualdades sociais, para promover o bem-estar social.

A tributação indireta, aumenta as desigualdades sociais, pois ricos e pobres acabam tendo que suportar a mesma carga tributária em cada produto adquirido, mesmo os mais essenciais, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana e da capacidade contributiva, sendo certo que o princípio impõe que todos os cidadãos devem ser tributados dentro de sua capacidade para contribuir para o Estado.

Desta forma, verifica-se que cada cidadão deve pagar tributos dentro da sua condição para se onerar junto ao fisco, sem comprometer a sua dignidade, e através da função extrafiscal, o Estado poderá reduzir os índices das desigualdades sociais e pobreza existentes no Brasil.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Carmen Silva Lima de. **O equilíbrio entre meio ambiente saudável e desenvolvimento sustentável**. Brasília, volume 28, 2017.

BAUMAN, Zygmunt. **A riqueza de poucos beneficia a todos nós**. Tradução Renato Aguiar, ZAHAR, 2015.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao poder de tributar**. 8º ed., Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 5º ed., São Paulo: Noeses, 2010.

BUFFON, Marciano. **A tributação como instrumento de concretização dos direitos fundamentais**. Revista da faculdade de direito de Uberlândia. Uberlândia, v.38, n.2, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada no dia 05 de outubro de 1988.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 14º ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 5º ed. Revista e atualizada de acordo com o código. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MOULIN, Darlan Alves. Direito humano ao desenvolvimento e extrafiscalidade tributária: instrumentos de concretização dos direitos sociais e de redução das desigualdades. 2018. **Dissertação de mestrado em direito**. Centro Universitário Salesiano de São Paulo - UNISAL. SP, 2018.

MOULIN, Darlan Alves; ARBEX, Yasmim Juventino Alves. A solidariedade latino-americana como instrumento de concretização da dignidade humana e do estado de bem-estar social. In: **CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI**, 27,2018, Salvador/BA, Anais do XXVII Congresso Nacional do Conpedi. Florianópolis: Fundação Boiteux. ISBN: 978-85-5505-599-7.

MOULIN, Darlan Alves. SILVA, Daisy Rafaela da. A tributação sobre o consumo e as desigualdades sociais no estado de crise socioeconômica. **Revista Direito UFMS**, v.3, n.1, 2017.

MURTA, Antônio Carlos Diniz; CARVALHO, Luiza Mendonça Albergaria de. **Como compatibilizar tributação e cidadania no cenário de crise iscal**. Revista Meritum, v.12, n.1, Jan/Jun.,2017.

RANGEL, Tauã Lima Verdán. Segurança alimentar e nutricional em perspectiva regional: Análise dos avanços do banco municipal de alimentos “Cecílio Correa Cardoso”, em Cachoeiro de Itapemermes, como instrumento materializador da segurança alimentar e nutricional e do direito humano à alimentação adequada. 2015. **Dissertação de mestrado em sociologia e direito**. Universidade Federal Fluminense. RJ,2015.

ROCHA, Sônia. Pobreza no Brasil: afinal, de que se trata? Rio de Janeiro, FGV, 2003.

SANCHEZ, Nicolás Ângulo. **El derecho humano al desarrollo frente a la mundialización del mercado**. Madri: Lepala, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. Ed – Livraria do advogado. Porto Alegre, 2010.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

_____. **Sobre ética na economia**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SOARES, Durcelania da Silva. **Direito Humano à alimentação adequada:** (in) efetividade em razão da extinção do Conselho de Segurança Alimentar e Nutricional – CONSEA. 2019. **Dissertação de mestrado em direito.** Centro Universitário Salesiano de São Paulo - UNISAL. SP, 2018.

VILLAS BÔAS, R. V.; SOARES, D. da S. O direito humano à alimentação adequada. Actas del IIº Congreso Internacional de Derechos Humanos. Chile: Ribicón Editores, 2017.

COMO SE ENTENDE A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA SOBRE OS LIVROS ELETRÔNICOS

Data de aceite: 01/11/2020

Mateus Guimarães Torres

Faculdade Processus

<http://lattes.cnpq.br/5886682363154988>

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4959-2858>

Maria Christina Barreiros D´Oliveira

Centro Universitário de Brasília. Faculdade
Processus.

<http://lattes.cnpq.br/5305314023349617>

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5273-3327>

Jonas Rodrigo Gonçalves

Faculdade Processus (DF) Unip (SP) e Facesa
(GO).

<http://lattes.cnpq.br/6904924103696696>

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4106-8071>

RESUMO: O presente trabalho aborda a Imunidade Tributária sobre os Livros Eletrônicos E-book, com suas imunidades tributárias, concedidas pelo Governo Federal, como forma de incentivar a cultura e estimular o desenvolvimento cultural. Iniciando assim um estudo acerca dos principais Princípios do Direito Tributário, a saber: O estudo acerca das imunidades tributárias, fazendo um escorço sobre o instituto, demonstrar sua natureza jurídica e sua forma de interpretação extensiva. Por segundo, o estudo das interpretações da imunidade e sua extensividade, concedida aos livros eletrônicos, que através de julgamento recente do STF teve sua interpretação extensiva, deixando de fazer uma interpretação literal e taxativa a respeito da finalidade e promovendo um desenvolvimento

ainda maior, através da interpretação extensiva, de alteração dos meios de informação. Tendo como incentivos a leitura e a informação. E por fim, deixando evidente os benefícios positivos e negativos, da imunidade tributária sobre os Livros Eletrônicos.

PALAVRAS-CHAVE: Imunidade, Interpretação restritiva e extensiva aos Livros Eletrônicos, E-book.

HOW TAX IMMUNITY ON ELECTRONIC BOOKS IS UNDERSTOOD

ABSTRACT: The present work deals with tax immunity on electronic books e-book, with its tax immunities, granted by the federal government, as a way of encouraging culture and stimulating cultural development. In this way, a study of the main principles of tax law, namely: the study of the tax immunities, making an advance on the institute, demonstrate its juridical nature and its extensive form of interpretation. Secondly, the study of the interpretations of immunity and its extensiveness, granted to electronic books, which through its recent judgment of the STF had its extensive interpretation, failing to make a literal and definitive interpretation regarding the purpose and promoting an even greater development, through of the extensive interpretation, of alteration of the means of information. Having as incentives the reading and the information. And finally, making evident the positive and negative benefits of tax immunity on electronic books.

KEYWORDS: Immunity, Restrictive and extensive interpretation of electronic books, E-book.

1 | INTRODUÇÃO

A Imunidade Tributária ainda é objeto de estudos, portanto, vem sofrendo grandes transformações nos últimos tempos, mormente com o desenvolvimento social e tecnológico vivenciado nos últimos séculos. Novas necessidades foram sendo percebidas e com isso o direito foi instado a responder uma série de novas questões que até então não eram objeto de estudo mais aprofundado. Conceitos do passado não mais respondem as peculiaridades da vida moderna.

Temas muito importantes foram colocados em destaque para que diversos institutos pudessem ser aperfeiçoados. Dessa forma, a imunidade tributária sobre livros eletrônicos, ganha importante destaque, pois tem o escopo de fazer com que antigos conceitos sejam repensados para atender as exigências atuais.

A interpretação, que antigamente exercia papel mais restritivo na letra da lei, com a doutrina moderna, passa a receber maior extensão. O enfoque principal deixa de ser analisado de forma restritiva. Para que isso possa ser concretizado, os elementos da imunidade tributária, quais sejam: normas contidas no texto da constituição atuam limitando as regras de competência tributárias das entidades federativas e afastam a possibilidade de instituições de tributos sobre determinados atos, fatos e pessoas. A partir dessa visão deve ser estudada a imunidade tributária sobre livros eletrônicos.

Para o estudo do tema, importante se faz a análise dos elementos da imunidade tributária, pois são de vital importância para que entenda a interpretação das normas. Entretanto, preliminarmente, fizeram-se alguns comentários acerca das diferenças que permeiam a imunidade subjetiva e objetiva assim como a sua interpretação restritiva e extensiva.

Esta monografia trata da imunidade tributária sobre livros eletrônicos, na qual salienta a interpretação, fazendo relevantes considerações sobre sua extensão, diferenciações quanto à interpretação restritiva.

O tema proposto para este trabalho, qual seja, a imunidade tributária sobre livros eletrônicos – e-book há um enfoque maior na interpretação extensiva. Posteriormente, destacaram-se os argumentos utilizados pela doutrina para que seja aceita no ordenamento jurídico brasileiro a teoria em comento.

E por fim verificar junto à doutrina e jurisprudência o requisito para que seja aplicada a teoria, ou seja, a seriedade da interpretação extensiva.

Portanto, o objetivo da presente monografia é trabalhar um tema que era pouco debatido pela doutrina pátria, mas que vem ganhando seu espaço e com isso demonstrar através do julgado recente do STF que em determinados pontos deve utilizar a interpretação mais extensiva.

Então serão analisadas algumas das características das imunidades tributárias no direito brasileiro, especialmente no que concerne ao que está posto no artigo 150, VI, da

Constituição da República Federativa do Brasil. Nesse ponto, haverá abordagem ampla da forma como a doutrina e a jurisprudência trata o instituto imunitário no direito pátrio. Cada uma das imunidades previstas nesse dispositivo de nossa Carta Magna será avaliada e discutida para, só então, passarmos à análise daquela que é tema principal deste trabalho: a imunidade tributária dos livros, jornais, periódicos e do papel utilizado em sua fabricação.

Para esse intento, serão visitadas passagens doutrinárias acerca dos diversos conceitos e das diversas divergências, em especial dentro do Direito Tributário e Constitucional, sem prejuízo de algum ponto que busque conceitos de outros ramos da ciência jurídica. Haverá, nesse sentido, análise não apenas da doutrina, mas também da jurisprudência, notadamente de julgados do Supremo Tribunal Federal, já que o trabalho trata de normas de cunho constitucional e é essa a instância responsável por fazer a última análise de nossa Lei Maior.

A espécie de imunidade tributária da alínea “d” do referido dispositivo, nesse sentido, receberá capítulo autônomo em nosso estudo. Nesse último tema, serão analisados os caminhos históricos e os fundamentos da imunidade tributária do papel, jornal, periódico e livro. Ao final, especial relevância será conferida à apreciação da recente mutação constitucional que sofreu a referida norma no que tange à aplicação da imunidade a livros digitais e a aparelhos de leitura digital, explicitando os motivos que levaram o STF, que antes entendia pela não aplicação da benesse nesse caso, a alterar diametralmente seu entendimento, optando pela atual solução no sentido positivo à aplicação.

2 | CONCEITO DE IMUNIDADE

Quando se começa a estudar sobre o tema de imunidades tributárias, ter ciência que da maioria das normas imunizadoras, que estão contempladas no texto da carta magna, a constituição federal, estão ligados aos princípios e garantias constitucionais, as imunidades não exatamente princípios tributários, são regras de limitação do poder de tributar, podendo também serem chamadas de limitações ao poder de tributar.

Inicialmente cumpre salientar que existem estruturas fundamentais que não serão perturbadas pela tributação, devido a norma imunizadora.

A imunidade para tributos representa uma delimitação negativa da competência de tributar. É que o legislador constituinte adotou a técnica de traçar, de modo cuidadoso, as áreas que refutam a incidência das exações tributárias, levando-se em consideração nosso sistema rígido de distribuição de competências impositivas. Sendo assim, a imunidade não exclui nem suprime competências tributárias, uma vez que estas apresentam o resultado de uma conjunção de normas constitucionais, entre elas, as de imunidade tributária.¹

Nesta mesma linha de raciocínio aparece o questionamento de quem detém a competência, seriam as pessoas políticas, União, Estados, Municípios e o Distrito Federal,

1. SABBAG, Eduardo de Moraes: **Direito Tributário**. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

que recebem do legislador a competência de instituir, em caráter privativo, todas as modalidades de tributo sendo elas, impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições.

Segundo Amílcar de Araújo Falcão² a imunidade é “uma forma qualificada ou especial de não incidência, por supressão, na constituição, da competência impositiva ou do poder de tributar, quando se configuram certos pressupostos, situações ou circunstâncias previstas pelo estatuto supremo”.

A corrobora com o conceito expendido, Misabel Derzi³ preconiza que a “imunidade é forma qualificada de não incidência que decorre da supressão da competência impositiva sobre certos pressupostos na constituição”.

Essa vertente se confirma por Aliomar Baleeiro citado por Sabbag como uma obra clássica

Dizendo que nesse sentido temos por indisponível que desobedecer a uma regra de imunidade equivale a incidir em inconstitucionalidade. Ou, como assevera, expressivamente Aliomar Baleeiro, “as imunidades tornam inconstitucionais as leis ordinárias que as desafiam”.⁴

Exposto um breve título para conceituar cada um, na tentativa de obter uma melhor concepção do tema.

2.1 Imunidade de Livro, Jornal e Periódico

Iniciemos tecendo alguns comentários acerca da evolução da comunicação humana. O ser humano é um animal eminentemente social. A interação humana, em sua racionalidade, é absolutamente diferente de tudo que os outros seres vivos conhecidos produzem, tamanha é a complexidade dos atos humanos. Assim, nossa espécie desenvolveu, ao longo de toda sua existência, seu modo de comunicação de maneira fortíssima. A comunicação inicialmente acontece pela fala, mas seu desenvolvimento não parou nesse ponto, chegando a formas ainda mais elaboradas, sendo a principal delas a escrita.

No entanto, não foram apenas os símbolos que evoluíram. Os suportes que o ser humano utiliza para gravar esses símbolos comunicativos também tiveram muita evolução ao longo das gerações. Se, no início, povos primitivos desenhavam e faziam símbolos pouco complexos em paredes de cavernas para registrar seus conhecimentos e sua comunicação, hoje em dia, o mundo chegou à era digital. Passaram, entre esses dois pontos, muitas formas de guardar o conhecimento pela superfície da Terra. Há, para citar alguns exemplos, o papiro, as inscrições em madeira ou em pedra, o papel e, bem mais recentemente, computadores e tablets. Cada um desses objetos com sua importância e seu

2. FALCÃO, Amílcar de Araújo. **Fato gerador da obrigação tributária**, 6. ed., p.64.

3. DERZI, Misabel Abreu Machado. **Direito tributário direito penal e tipo**. São Paulo: RT, 1988.

4. BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

contexto histórico, mas sempre com uma finalidade comum: transmissão de conhecimento humano.

Portanto, mais do que apenas revolucionar a forma como se comunica, tornando-a cada vez mais complexa e funcional, o ser humano também transformou as maneiras como distribui esse conhecimento. Houve o tempo em que foi necessário que exemplares de livros fossem reproduzidos todos de forma manual para que outras pessoas recebessem aquelas informações. Posteriormente, a imprensa cresceu de forma nunca antes vista quando foram inventadas máquinas capazes de replicar muitos livros, jornais ou revistas em pouquíssimo tempo. Essa transformação já trouxe grande impacto no número de pessoas atingidas pela divulgação de conteúdos escritos.

No entanto, nada foi tão revolucionário para esse segmento do que a criação dos veículos digitais e da internet. Esses foram os instrumentos que fizeram a comunicação ser otimizada, difundida e barateada como nunca antes na história. Hoje, com alguns cliques, é possível comprar e acessar conteúdos escritos em segundos, ao passo em que, num passado não tão distante, o acesso a tais conteúdos só existia por meios físicos, o que demanda muito mais esforço, seja de tempo ou de dinheiro, até que o consumidor tenha acesso ao conteúdo.

2.2 Imunidade dos Aparelhos Eletrônicos

O conceito de livro evoluiu com o passar do tempo, passando a ser ressignificado para abranger os livros digitais, também o conceito do material que dá suporte aos livros precisa ser revisto. Ora, a ideia tradicional de livros e publicações periódicas nos remete a um objeto confeccionado através de papel, o qual o legislador expressamente incluiu na imunidade. Se admitirmos que houve intenção de imunizar não apenas a ideia contida no livro, mas também aquilo que possibilita que a mensagem se transporte do emissor até o receptor (que, na ideia tradicional trazida pela Constituição expressamente, é representado pelo papel), é imperioso compreender que, se defendemos a extensão da imunidade a livros digitais, precisamos também defendê-la em relação aos aparelhos eletrônicos que possibilitam a leitura de tais softwares.

Esse raciocínio atualiza o ditame imunizador constitucional de uma forma completamente condizente com outros mandamentos da própria Constituição. Isso porque os meios de comunicação digitais transformaram a forma como circulam as informações através da sociedade. Hoje, livros, jornais e outros periódicos chegam até as pessoas que lhe consomem por meios eletrônicos em quantidade bastante relevante e com uma tendência de que esse tipo de informação por meios digitais passe a ser predominante em relação aos meios físicos em médio prazo. Assim, se a imunidade de imprensa visa a facilitar o acesso da população à informação, ou a diminuir as possibilidades de restrição de circulação de conteúdos educacionais, artísticos ou políticos por parte daqueles que detêm o poder de tributar, ou qualquer outro escopo que possa possuir essa imunidade

da qual estamos tratando, tais finalidades só serão atingidas se forem protegidos também os meios eletrônicos de distribuição de comunicação. Chega a ser arcaico o entendimento de que apenas os meios físicos de difusão de jornais, livros e outros períodos distribuídos em papel devam ser abarcados pela imunidade tributária. A interpretação dos preceitos legais e, nesse caso, constitucionais deve seguir seu tempo, acompanhando as evoluções culturais e tecnológicas.

Nesse sentido, numa analogia bem intuitiva, o papel está para os livros físicos, assim como os aparelhos digitais de leitura – como o “kindle”, para citar um exemplo famoso – está para os livros digitais. Por isso, como defendemos que livros, jornais e periódicos mantidos de forma digital devam ser abarcados pela imunidade tributárias, também os aparelhos eletrônicos que possibilitam sua leitura devem possuir a mesma benesse. Esse tipo de aparelho produzido especialmente para ler, já que possui uma tela preparada tecnologicamente para essa finalidade, é inclusive conhecido como “papel digital”. Conforme foi visto, o STF já possui jurisprudência de longa data no sentido de aplicar a imunidade a materiais que se assemelham ao papel, colacionemos mais um exemplo disso, dessa vez através de julgado do ministro Eros Grau:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMUNIDADE. IMPOSTOS. LIVROS, JORNAIS E PERIÓDICOS. ART. 150, VI, “D”, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INSUMOS. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que a garantia constitucional da imunidade tributária inserta no art. 150, VI, “d”, da Constituição do Brasil, estende-se, exclusivamente --- tratando-se de insumos destinados à impressão de livros, jornais e periódicos --- a materiais que se mostrem assimiláveis ao papel, abrangendo, em consequência, para esse efeito, os filmes e papéis fotográficos. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 495385 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 29/09/2009, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL02379-07 PP-01514 RT v. 99, n. 891, 2010, p. 226-229)

Nesse sentido, considerando que aparelhos de leitura considerados “papel digital” são, por óbvio, assimiláveis ao próprio papel, razão pela qual fazem também jus à imunidade do artigo 150, VI, “d”, da Constituição da República Federativa do Brasil.

A esse ponto, entretanto, vale uma ressalva. Os aparelhos eletrônicos de leitura são aqueles que servem basicamente para essa finalidade: leitura de arquivos. São os também conhecidos por “papel digital”, como é o caso, por exemplo, do “kindle” ou do “lev”. Eles se diferem de outros aparelhos que, além dessa função, possuem várias outras. Esse seria o caso dos aparelhos conhecidos como “tablets”, que são máquinas eletrônicas multifuncionais, que, entre outras funções, são capazes de reproduzir vídeos, músicas ou jogos. Em nosso entender, eletrônicos desse gênero não devem ser abarcados pela imunidade tributária. Esse benefício deve ficar restrito apenas àqueles que servem especialmente para a leitura, já que estes possuem função análoga ao papel dos livros físicos e, por fazermos uma interpretação funcional do texto constitucional, interpretamos

no sentido de que é correta sua imunidade. Saliente-se que o atual entendimento do STF é também no sentido que aqui defendemos, como veremos a seguir.

Em homenagem ao contraditório, é importante registrar que há respeitável doutrina que se posiciona contrariamente à aplicação da imunidade nos casos aqui observados. É o que defende, por exemplo, Saraiva Filho, para quem a interpretação além daquilo que está expressamente escrito na Constituição não é algo possível, mas sim uma violação ao próprio texto constitucional. Esse autor entende que:

O que está amparada, portanto, pela imunidade tributária é, apenas, a mídia escrita tipográfica, tendo, pois, como suporte o papel, não tendo sido acolhida a mídia falada ou vista, nem alcançada a mídia eletrônica — o software ou o também só metaforicamente chamado livro eletrônico, ou seja, DVD, CD-ROM ou disquetes que, em conjunto com um programa, armazenam, com a técnica digital, o conteúdo de um livro, originariamente impresso em papel, necessitando, para ser utilizável, de hardware, conjunto de componentes mecânicos, elétricos e eletrônicos com os quais são construídos os computadores e equipamentos periféricos de computação, ao contrário, aliás, do verdadeiro livro, que basta por si mesmo.⁵

3 I ANÁLISE DO JULGAMENTO

3.1 Interpretações Restritivas e Extensivas

As interpretações são dadas em cima das imunidades, o tema em questão é imunidade tributária sobre os livros eletrônicos, nem todos que seguem a doutrina pensam na literalidade da lei, dentro disso é entendido que existem duas correntes de interpretações as restritivas e as extensivas.

Por meio deste estudo foi demonstrada a necessidade e a viabilidade de sua extensão para alcançar quaisquer suportes físicos, tais como os disquetes, CDs, DVDs ou similares eletrônicos que estejam sendo utilizados como suporte para a destinação de impressão digitalizada de jornais, periódicos e Livros “sem papel”. Incluindo também os arquivos eletrônicos, disponibilizados na internet, que são os jornais revistas e os livros eletrônicos. Trata-se de uma questão de bastante relevo diante da velocidade de expansão das novas tecnologias da informática, das telecomunicações e da informação.⁶

Os que defendem a interpretação restritiva da alínea “d” do inciso VI do Art. 150 da Constituição Federal o fazem da literalidade do texto da lei, e por não admitirem que o livro em toda a sua história foi apresentado a sociedade sobre diversos suportes, sendo utilizado todos os tipos disponíveis de materiais, como meio de transporte da escrita, exemplos disso nós temos as peles de animais, cascas de árvores, bambu, argila e papel,

5. SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. **A não-extensão da imunidade aos chamados livros, jornais e periódicos eletrônicos**. Revista Dialética de Direito Tributário. n.º. 33, Jun/98. P.136.

6. CHIARATTO, Francisco de Assis. Direito tributário. São Paulo: Ágape Editores, 2011, p.116.

com todo o processo do tempo foi encontrado vários suportes para que a escrita fosse levada a sociedade como um todo e seria totalmente normal que aqueles que defendem a interpretação restritiva entendessem ao ponto de saber que não é um privilégio não goza de benefício algum o fato de tratar os livros eletrônicos com imunidade tributária.

A finalidade da imunidade do livro e sua importância, defendendo que o Estado, ao tributar, não o faz somente com o intuito de arrecadar divisas, mas é um mecanismo de intervenção econômica, de justa tributação, ou seja, da função extrafiscal do tributo. Explanando mais um pouco o peso do tributo sobre a economia é muito forte, podendo facilitar, dificultar ou inviabilizar uma atividade econômica, e como se pode perceber, o Estado como o seu poder de tributar interfere sistematicamente na economia, na vida empresarial e, de um modo geral na sociedade como um todo.⁷

Balthazar, traz que a imunidade tributária tem por finalidade maior constituir barreiras que impedem, constitucionalmente, a tributação pelo Poder Estatal. E é assim que o objeto deslumbra caminhos livres de impostos, assegurando os direitos fundamentais, possibilitando que se construa uma sociedade com base democrática.⁸

Apesar os debates doutrinários e para que não haja excessiva construção histórica, se pode rogar que na atualidade se arqueiam dos doutrinadores sobre duas interpretações acerca da imunidade.

Conforme entendimento do julgado do RE 330817, segue o entendimento da imunidade tributária sobre livros eletrônicos e-book sobre a interpretação da letra da lei em relação aos costumes. Relacionado as interpretaç

Sucedo, no entanto que, a interpretação extensiva à imunidade dos escritos eletrônicos, onde a ideia não é convencer de que o tema trata se de um privilegio, mas de uma norma imutável de largo alcance social possibilitando que os custos dos livros, jornais e periódicos, sob qualquer formatação ou meio de divulgação, tornassem menos onerosos, enfatizando que o “papel” destinado à impressão também fosse imune a tributação, fazendo com que toda sociedade tivesse acesso a informação de uma forma menos onerosa, independentemente de onde está veiculada.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à extensão da aplicação da imunidade tributária de que versa o artigo 150, VI, d, da Constituição da República seguiu um caminho de mudanças até os dias atuais. Em geral, essa evolução se deu partindo de uma linha de interpretação restritiva em direção a uma mais extensiva em relação àquilo que pode ser objeto dessa imunidade. Nesse sentido, por exemplo, o STF já demonstrou entendimento de que a imunidade de que trata o referido dispositivo não guarda nenhuma relação com o valor pedagógico ou cultural do livro, bastando sua qualificação dentro desse conceito para ser englobado pelo benefício tributário. Assim ficou decidido no seguinte julgado:

7. BALTHAZAR, Ubaldo César. *Temas do Direito Tributário*. Ubaldo César Balthazar, Marcos Rogério Palmeira. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2014, p.154.

8. BALTHAZAR, Ubaldo César. Op. Cit, p.158.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. ARTIGO 150, VI, "D", DA CONSTITUIÇÃO. LIVRO. CONCEITO. INEXISTÊNCIA DE RESSALVA QUANTO À QUALIDADE CULTURAL OU VALOR PEDAGÓGICO. MANUAIS TÉCNICOS. ALCANCE DO PRECEITO IMUNIZANTE. RECURSO DESPROVIDO. (STF - RE: 935897 PR - PARANÁ, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 23/02/2016, Data de Publicação: DJe-036 26/02/2016)

O citado caso trata de manuais técnicos, aos quais foi aplicada a imunidade tributária objetiva, mas também em casos análogos a solução foi a mesma. Por exemplo, o STF decidiu que álbuns de figurinhas também se enquadram na definição de livros e, por tal motivo, fazem jus a aplicação da imunidade. Vejamos:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. ART. 150, VI, "D" DA CF/88. ÁLBUM DE FIGURINHAS. ADMISSIBILIDADE. 1. A imunidade tributária sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão tem por escopo evitar embaraços ao exercício da liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação, bem como facilitar o acesso da população à cultura, à informação e à educação. 2. O Constituinte, ao instituir esta benesse, não fez ressalvas quanto ao valor artístico ou didático, à relevância das informações divulgadas ou à qualidade cultural de uma publicação. 3. Não cabe ao aplicador da norma constitucional em tela afastar este benefício fiscal instituído para proteger direito tão importante ao exercício da democracia, por força de um juízo subjetivo acerca da qualidade cultural ou do valor pedagógico de uma publicação destinada ao público infanto-juvenil. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(RE 221.239, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 6/8/2004)

De modo definitivo podemos dizer que o STF entende que a aplicação dessa imunidade tributária independe do conteúdo do livro, bastando que o objeto ao qual se deseja aplicar a benesse se enquadre no conceito de livro, o qual, como vimos, tem sido estendido nos últimos tempos. Entendemos que interpretação nesse sentido é correta e fundamental, pois, já que a imunidade se propõe também a evitar casos de censura, seria bastante perigoso reduzir a extensão de sua eficácia em razão do conteúdo do livro, já que isso poderia servir de justificativa para má fé de quem não queira determinado tipo de informação circulando dentro do país. Apesar disso, é importante lembrar que existem certos objetos que não são abarcados pela imunidade, ainda que tenham formato semelhante ao de livros. Segundo Sabbag:

Excluem-se, por sua vez, escapando à imunidade e evitando o elastecimento indevido do preceito imunitário, alguns "livros" que não veiculam ideias, nem pensamentos formalmente considerado: livro de ponto, livro de bordo, livros fiscais, livro-razão, livro de atas.⁹

Existe também um relato sobre a aplicação ou não da imunidade a todos os insumos utilizados na fabricação de livros, jornais ou periódicos. Parte da doutrina pondera uma

9. SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P.380.

postura bastante extensiva nesse sentido. Hugo Machado de Brito, por exemplo, entende que não deveria incidir nenhum imposto sobre tais insumos, nem sobre os instrumentos utilizados exclusivamente na confecção desses objetos¹⁰. Doutrina ainda mais radical entende que nem mesmo a distribuição e venda desses itens deveria ser tributada.

O STF, por sua vez, adota uma postura menos ampla. Em relação aos insumos utilizados na fabricação, o Supremo já firmou entendimento de que é a imunidade se aplica àquelas que se assemelham, de alguma forma, ao papel. Assim, como exemplo expressamente citado em diversos julgados, a imunidade se estende aos filmes e aos papéis fotográficos. Foi assim que julgou o Ministro Ricardo Lewandowski em 2011:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DO ART. 150, VI, D, DA CF. ABRANGÊNCIA. IPMF. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. AGRAVO IMPROVIDO. I – O Supremo Tribunal Federal possui entendimento no sentido de que a imunidade tributária prevista no art. 150, VI, d, da Constituição Federal deve ser interpretada restritivamente e que seu alcance, tratando-se de insumos destinados à impressão de livros, jornais e periódicos, estendendo-se, exclusivamente, a materiais que se mostrem assimiláveis ao papel, abrangendo, por consequência, os filmes e papéis fotográficos. Precedentes. II – A imunidade prevista no art. 150, VI, d, da Lei Maior não abrange as operações financeiras realizadas pela agravante. III – Agravo regimental improvido. (RE 504.615 AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJe de 19/5/2011)

Além disso, o STF também já julgou procedente o pleito de estender a imunidade desses insumos à fase de comercialização. Vejamos julgado nesse sentido (grifo nosso):

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EC Nº 01/69. FINSOCIAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA. IMUNIDADE ASSEGURADA AO LIVRO, AO JORNAL, AO PERIÓDICO E AO PAPEL DESTINADO À SUA IMPRESSÃO. 1. A jurisprudência desta Corte, à luz da Constituição pretérita, reconheceu a natureza tributária do FINSOCIAL e a amplitude da imunidade assegurada ao livro, ao jornal, ao periódico e ao papel destinado à sua impressão, estendendo-a à fase de comercialização dos mesmos. 2. O FINSOCIAL, na presente ordem constitucional, é modalidade de tributo que não se enquadra na de imposto. É contribuição para a seguridade social, não estando abrangido pela imunidade prevista no artigo 150, VI, “d” da Carta Federal. Agravo regimental não provido. (RE 278636 AgR, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 27/03/2001, DJ 01-06-2001 PP-00082 EMENT VOL-02033-06 PP01207)

Vale destacar também que o STF entende não ser aplicável imunidade à tinta destinada à produção de livros, periódicos e jornais, bem como a serviços de distribuição, conforme vemos nos seguintes julgados (grifos nossos):

ICMS. Tinta para impressão de livros, jornais, revistas e periódicos. Não ocorrência de imunidade tributária. - Esta Corte já firmou o entendimento (a título exemplificativo, nos RREE 190.761, 174.476, 203.859, 204.234, 178.863

10. MACHADO. Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 295.

e 267.690) de que apenas os materiais relacionados com o papel - assim, papel fotográfico, inclusive para fotocomposição por laser, filmes fotográficos, sensibilizados, não impressionados, para imagens monocromáticas e papel para telefoto - estão abrangidos pela imunidade tributária prevista no artigo 150, VI, “d”, da Constituição. - No caso, trata-se de tinta para impressão de livros, jornais, revistas e periódicos, razão por que o acórdão recorrido, por ter esse insumo como abrangido pela referida imunidade, e, portanto, imune ao ICMS, divergiu da jurisprudência desta Corte. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 265025, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 12/06/2001, DJ 21-09-2001 PP-00054 EMENT VOL-02044-02 PP-00445)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 150, VI, d, DA CF. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO DE LIVROS, JORNAIS E PERIÓDICOS. ABRANGÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. REVOGAÇÃO DE LEI MUNICIPAL POR DECRETO. ANÁLISE. ÓBICE DA SÚMULA 280/STF. 1. O Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência firmada de que os serviços de distribuição de livros, jornais e periódicos não são abrangidos pela imunidade tributária estabelecida pelo art. 150, VI, d, da Constituição Federal (RE 630462 AgR, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, DJe de 07-03-2012; RE 530121 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJe de 29-03-2011). 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 568454 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 11/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2013 PUBLIC 01-08-2013).

O STF tardou a entender isso, já que, como vimos, alguns Tribunais Regionais Federais já demonstravam tal postura em relação a essa questão há algum tempo, mas ele também acabou chegando à mesma forma de interpretar. Tudo começou quando, em 2012, foi reconhecida a repercussão geral do RE 330817. Nesse caso, o Estado do Rio de Janeiro questionava decisão em mandado de segurança do Tribunal de Justiça local, impetrado por uma editora, que reconhecia a imunidade para um livro digital denominado “Enciclopédia Jurídica Eletrônica” e para o CD-ROM que o dava suporta. Em votação unânime, o plenário do STF, em março de 2017, decidiu que livros eletrônicos e os suportes que possibilitam sua leitura são alcançados pela imunidade do artigo 150, VI, “d”, da Constituição.

Para chegar a essa conclusão, o ministro Dias Toffoli (relator) lembrou o motivo da criação da ora abordada imunidade tributária, a qual se vincula à temática das antigas ações censórias. Ou seja, a imunidade teve como escopo primeiro promover a liberdade de expressão e de comunicação, evitando censura. Além disso, o ministro levanta em seu voto a questão da neutralidade da imunidade, segundo a qual, a imunidade não pode eliminar os grupos de informação economicamente menos poderosos, no que, certamente, os meios eletrônicos de difusão da informação têm papel de máxima relevância.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

No que tange à preservação da liberdade de imprensa e liberdade de expressão, a imunidade principal nesse intento é a dos livros, jornais, periódicos e do papel usado na fabricação desses produtos. Como foi visto, nenhuma norma surge do nada, há sempre um contexto histórico que leva a sua construção, e não foi diferente nesse caso. Surgida em um contexto de censuras usuais, a imunidade de imprensa surgiu por necessidade e se transformou em norma fundamental para a sociedade brasileira.

No entanto, transformações tecnológicas alteraram a forma como a sociedade trata com diversas questões, entre elas a questão da comunicação e da imprensa. Livros deixaram de ser apenas objetos feitos de papel, bem como os jornais e outros periódicos. Surgiram os dispositivos digitais, revolucionando a leitura humana como jamais antes visto. O próprio conceito de livro mudou com a acepção dos livros digitais. A sociedade naturalmente se adaptou para essa nova realidade: jornais diminuíram seus investimentos em material físico e ampliaram seu mercado digital, livrarias investiram na venda de conteúdo digital, entre outras mudanças.

É necessário também que as normas sejam moldadas a essa nova perspectiva. No caso da aplicação da imunidade tributária aos livros digitais, essa adaptação não foi instantânea, mas acabou por acontecer. Ela refletiu uma lógica que o Supremo Tribunal Federal já adotava, no sentido de uma interpretação extensiva do ditame do artigo 150, VI, “d”, da Constituição Federal, o que abriu caminho para aplicação da imunidade também na referida hipótese. O STF agiu, portanto, segundo a mais correta maneira de proceder em relação à hermenêutica normativa nesse caso: interpretar o texto constitucional sob a perspectiva contemporânea da sociedade, trazendo, pois, as hipóteses dos dispositivos digitais para a guarida do benefício imunizante.

Não é mais necessário a ponderação do meio que esta veiculado, através dessa mutação constitucional, onde não se muda o texto da carta magna, mas a sua interpretação, com tudo é extremamente importante, interpretação extensiva a respeito da imunidade tributária sobre os livros eletrônicos digitais, tendo em vista que este é um meio ou melhor dizendo uma maneira, para que todos tenham facilidade ao acesso a informação.

O tema foi bem discutido depois de várias análises, o excelentíssimo Ministro Dias Toffoli (relator), foi bem cirúrgico no estudo e na escolha de seu voto, levantando informações importantíssimas, fazendo um breve relato sobre a história, conceituando não somente a imunidade tributária, mas os meios de veiculação da informação, facilitando ainda mais o acesso a informação, não restringindo as editoras a uma limitação de publicações de livros, artigos científicos, áudio book e etc.

Para que hoje seja considerada a interpretação extensiva da alínea “d” do inciso VI do Art. 150 da Constituição Federal foi questionado alguns aspectos antes de ser levado em conta a literalidade do texto da lei, e por uma parte da corrente não admitir que o

livro em toda a sua história foi apresentado a sociedade sobre diversos suportes, sendo utilizado todos os tipos disponíveis de materiais, como meio de transporte da escrita, exemplos disso nós temos as peles de animais, cascas de árvores, bambu, argila e papel, com todo o processo do tempo foi encontrado vários suportes para que a escrita fosse levada a sociedade como um todo e seria totalmente normal que aqueles que defendem a interpretação restritiva entendessem ao ponto de saber que não é um privilégio não goza de benefício algum o fato de tratar os livros eletrônicos com imunidade tributária.

Trata-se de uma norma imutável de largo alcance social possibilitando que os custos dos livros, jornais e periódicos, sob qualquer formatação ou meio de divulgação, tornassem menos onerosos, enfatizando que o “papel” destinado à impressão também fosse imune a tributação, fazendo com que toda sociedade tivesse acesso a informação de uma forma menos onerosa, independentemente de onde está veiculada.

Fica ainda mais evidente que a interpretação extensiva do texto da lei que possibilita a todos mais conhecimento, por esta razão que foi necessária uma breve explanação, no sentido geral, sobre a Imunidade, e nesse trilhar entender que, quando falamos de imunidade, temos o conhecimento de que está inserida no texto constitucional como vedações a competência tributária.

A constituição e somente ela, pode impedir, que certos acontecimentos, ligados a pessoas e bens, possam ser recebidos pela hipótese de incidência dos impostos e, conseqüentemente, por essa determinação, apesar de iguais aqueles, fique dela excluídos, permanecendo, então, obrigatoriamente, dentro do campo da não incidência, assim conclui-se a interpretação extensiva da imunidade tributária sobre livros eletrônicos, após jurisprudência do STF, interpretando o texto da lei como extensiva e não restritiva.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 13.ed. 2015.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao poder de tributar**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BALTHAZAR, Ubaldo César. **Temas do Direito Tributário**. Ubaldo César Balthazar,

BOBBIO, Norberto. O significado clássico e moderno de política. In: **Curso de introdução à ciência política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1982. V.7.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CHIARATTO, Francisco de Assis. **Direito Tributário**. São Paulo: Ágape, 2011.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Direito tributário direito penal e tipo**. São Paulo: RT, 1988.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. **Fato gerador da obrigação tributária**, 6. ed., p.64.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Direito tributário direito penal e tipo**. São Paulo: RT, 1988.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Como escrever um Artigo de Revisão de Literatura. **Revista JRG de Estudos Acadêmicos**, Ano II, Vol.II, n.5, 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Como fazer um Projeto de Pesquisa de um Artigo de Revisão de Literatura. **Revista JRG de Estudos Acadêmicos**, Ano II, Vol.II, n.5, 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Manual de Artigo de Revisão de Literatura**. Brasília: Processus, 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Manual de Monografia no Sistema Autor-Data**. Brasília: Processus, 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Manual de Projeto de Pesquisa**. Brasília: Processus, 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Metodologia Científica e Redação Acadêmica**. 7. Ed. Brasília: JRG, 2015.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Metodologia Científica e Redação Acadêmica**. 8. ed. Brasília: JRG, 2019.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 9.ed. São Paul, Saraiva: 2017.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 4.ed. São Paulo, Saraiva: 2012.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. A não-extensão da imunidade aos chamados livros, jornais e periódicos eletrônicos. **Revista Dialética de Direito Tributário**. n°. 33, Jun/98.

CAPÍTULO 8

DIREITO FUNDAMENTAL À INFORMAÇÃO COMO INSTITUTO DE QUALIFICAÇÃO DA CIDADANIA E APERFEIÇOAMENTO DO ESTADO

Data de aceite: 01/11/2020

William Albuquerque Filho

william@ufv.br

[HTTP://lattes.cnpq.br/6914055464982467](http://lattes.cnpq.br/6914055464982467)

Viçosa, Minas Gerais

RESUMO: Trata-se de artigo elaborado como uma revisitação ao tema de nossa dissertação do mestrado em Direito, concluído em 2015, pela Universidade Presidente Antônio Carlos, Juiz de Fora - MG. Verifica-se, que o Direito Fundamental à Informação continua sendo instrumento de grande importância no desenvolvimento do Estado brasileiro como ferramenta valiosa de fortalecimento da Democracia e emancipação da Cidadania. Utilizar-se-á como metodologia para o desenvolvimento do presente estudo a pesquisa qualitativa, realizando-se levantamento bibliográfico. O estudo será organizado em quatro capítulos, quais sejam, (i) Aspectos legais do acesso à informação, (ii) Aspectos gerais e específicos da conceituação de Democracia, (iii) Aspectos gerais e específicos da cidadania, que concatenados de forma lógica e racional levarão o leitor à conclusão de que o controle social da administração pública fundamentado na Constituição e em legislações infraconstitucionais é instrumento valioso ao melhoramento civilizatório do país.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição, Democracia, Cidadania, Informação.

FUNDAMENTAL RIGHT TO INFORMATION AS AN INSTITUTE FOR THE QUALIFICATION OF CITIZENSHIP AND IMPROVEMENT OF THE STATE

ABSTRACT: This is an article prepared as a revisit to the theme of our Master's in Law dissertation, concluded in 2015, by the President Antonio Carlos University, Juiz de Fora - MG. It appears that the Fundamental Right to Information remains an instrument of great importance in the development of the Brazilian State as a valuable tool for strengthening Democracy and emancipating Citizenship. Qualitative research will be used as methodology for the development of this study, with a bibliographic survey. The study will be organized in four chapters, namely, (i) Legal aspects of access to information, (ii) General and specific aspects of the concept of Democracy, (iii) General and specific aspects of citizenship, which are concatenated in a logical and rational way will lead the reader to the conclusion that the social control of public administration based on the Constitution and on infra-constitutional legislation is a valuable instrument for the country's civilization improvement.

KEYWORDS: Constitution, Democracy, Citizenship, Information.

1 | INTRODUÇÃO

O exercício do controle do Estado pela sociedade (Controle Social), em auxílio às Instituições com tal missão (Controle Institucional), pode e deve se tornar um divisor de águas na gestão dos recursos públicos e na busca pela construção de um país justo e solidário. O Exercício de uma cidadania ativa torna-se instrumento necessário às melhorias das condições para legitimação das ações estatais com a consequente melhoria das condições para efetivação dos direitos fundamentais.

Um dos instrumentos de que se dispõe, em um Estado Social e Democrático de Direito, como o nosso, é o direito fundamental à informação, pois conforme prescrevem, nossa Constituição e legislações infraconstitucionais regulatórias, o Estado deve prestar contas, a transparência é a regra, o sigilo a exceção. Procurará se demonstrar que o binômio liberdade e igualdade podem ser “catalisados” através da participação popular no controle do Estado.

Nessa finalidade, inaugurando o presente estudo, o capítulo primeiro tratará de localizar as fundamentações legais do direito fundamental à informação, notadamente na Constituição da República de 1988 e na Lei 12.527/2011, lei do acesso à informação, procurando identificar este poder/dever, relacionado ao exercício de uma cidadania qualificada, em nosso ordenamento. O segundo capítulo será dedicado ao estudo da Democracia e seus viesses, já o capítulo terceiro se deterá ao estudo dos principais aspectos relacionados à cidadania, sua importância e legitimidade, será também, perfunctoriamente tratado neste capítulo o tema transparência pública e ainda, algumas formas de controle social da gestão pública. Buscando, portanto identificar a legitimidade da sociedade frente ao Estado no que toca à busca de mecanismos de controle e identificando a posição ocupada por ambos na contemporaneidade serão apresentados instrumentos que por ventura tragam maior efetividade e proteção aos direitos fundamentais.

Em sede de conclusão, trataremos de reforçar os entendimentos expostos durante todo o estudo, demonstrando os principais avanços alcançados pela Constituição de 1988 como marco de redemocratização do país assim como marco de reinserção na sistemática internacional, demonstrando a importância, força e garantias do constructo político nacional no tocante à participação e controle social, sobretudo, através do direito fundamental à informação, como instrumento útil ao enfrentamento de eventuais problemas de representação e gestão pública, e como vetores de melhorias no que toca aos direitos fundamentais. Com estes subsídios buscar-se-a, demonstrar a premente necessidade do exercício da cidadania ativa, como forma de controle da Administração Pública em busca da construção de um país justo e solidário, respeitador, portanto da dignidade da pessoa humana. Chegando-se finalmente à conclusão de que além de necessitarmos da participação da sociedade, necessitamos que seus membros possuam educação formal e cívica suficientes para o desempenho tão necessário ao desenvolvimento nacional.

2 I CAPÍTULO I

2.1 Aspectos legais do acesso à informação

A mais democrática de todos os estatutos constitucionais que regeram o sistema político-jurídico brasileiro, ao longo de quase dois séculos, a Constituição brasileira de 1988 tem no seu precedente o enfraquecimento do regime autoritário. O novo período no Brasil busca instrumentos que coadunam com um sistema político aberto e democrático.

O espírito coletivo que então alimentava a seara política, produziu, em outubro de 1988, uma Constituição libertária e cidadã, que reuniu em seu texto as aspirações de segurança, desenvolvimento, direitos, participação política e democracia. (NORTHFLEET, 2007, p. 287)

Restabeleceu-se os princípios e objetivos que devolveram a liberdade e os direitos aos cidadãos, negados não só durante o período ditatorial, mas também em grande parte da história constitucional brasileira. Agora, como sustentação de suas finalidades, observa-se a busca pelo desenvolvimento a proteção da dignidade da pessoa humana, assim como o desenvolvimento da cidadania.

Vale destacar, que inicia-se com um amplo processo de discussão advindo da redemocratização do país, não restando dúvidas, de que as eleições livres, que resultaram na Assembleia Nacional Constituinte em 1º de fevereiro de 1987 propiciaram um debate sem igual na história jurídico-política brasileira sobre o que viria a ser o conteúdo da Constituição. Vale ainda lembrar, a dimensão gigantesca deste processo e, ainda o exercício da modalidade de Democracia Participativa, tendo em vista que o projeto foi objeto de 122 emendas populares, estas subscritas por no mínimo 30.000 (trinta mil) eleitores. (SARLET, 2011, 64)

No Título I (Dos Princípios Fundamentais), arts. 1º ao 4º da CR de 1988 observa-se as bases fundamentais, destacando-se em seu art. 1º, que o Brasil (Estado Democrático de Direito) tem como fundamentos: (I) a Soberania; (II) a Cidadania; (III) a dignidade da pessoa humana; (IV) os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (V) o pluralismo político. Em seu parágrafo único o art. 1º sedimenta que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição.

Portanto, como verificado, o arcabouço que abre a Constituição, demonstra em seus *signos* representativos, a República, a Federação, o Estado Democrático de Direito, a **cidadania**, a dignidade humana e o exercício do Poder por meio de representantes eleitos **ou diretamente**, como bases fundamentais do Estado brasileiro.

Estes fundamentos, constitucionalmente positivados, e por isso contando com superioridade hierárquica e por sua vez, funcionando como verdadeiros filtros axiológicos, são as bases constitucionais do país, agora Estado Democrático (e Social) de Direito e a participação no controle da administração pública pela sociedade, são direitos (deveres)

fundamentais do cidadão brasileiro constituindo importante instrumento para a concretização de um país justo e solidário.

art. 5º inciso XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;(CF de 1988).

Observa-se, que a matriz individual do direito ao acesso à informação, individualmente analisado, se encontra no art.5º, IV, que tutela a livre manifestação do pensamento. Já a matriz coletiva, objeto específicos do presente estudo, está capitulada nos incisos XIV (liberdade de informação) e XXXIII (direito à informação) e ainda no art. 220 e parágrafos da CR de 1988.

Segundo Didier Jr. (2012, p.28) “O Estado constitucional configura-se, portanto, como uma das grandes conquistas da humanidade, onde, para se ter um verdadeiro Estado de qualidades no constitucionalismo moderno, deve se ter um Estado Democrático de Direito.”

Embora a Constituição garanta o direito ao acesso à informação pública desde 1988, faltava, no Brasil, leis que regulamentassem tal direito. Da singela leitura dos incisos constitucionais em referência, quais sejam, os XIV e XXXIII do art. 5º da CR/88, percebe-se expressões como “no prazo da lei” e “ressalvada aquelas”. Nota-se, que a construção constitucional possui apenas características gerais, demandando, portanto, a edição de leis específicas para a aplicação nos casos concretos e o exercício pleno do direito.

Várias leis têm sido, nos últimos tempos, de grande importância para o desenvolvimento do acesso à informação, podendo se destacar: (i) Lei 8.159/1991- política nacional de arquivos públicos e privados, (ii) Lei 9.507/1997 rito processual do Habeas Data, (iii) Emenda Constitucional 19 de 1998, reforma administrativa, (iv) Lei 9784/1999 Lei do Processo Administrativo, (iv) Lei Complementar 101/2000 Lei de Responsabilidade Fiscal, (v) Lei 10.520/2002, pregão presencial e eletrônico, (vi) Decreto 5482/2005, Portal da Transparência e Páginas de Transparência Pública.

Apesar da importância das destacadas leis, a lei 12.527/2011, lei do acesso à informação, tornou-se verdadeiro marco, com o poder de provocar uma grande mudança na administração pública e na sociedade, tendo em vista ter regulamentado o inciso XXXIII do art. 5º da CF/88 e ser importante e atual vetor na superação da cultura do sigilo rumo a uma cultura da transparência e do acesso às informações públicas.

Só como um primeiro exemplo sobre o afirmado, destaca-se que a lei prescreve que, qualquer pessoa pode solicitar informações, mesmo que elas não sejam necessárias para o exercício de um outro direito, pois, o acesso em si já é um direito.

Neste novo contexto, o cidadão solicitante de informações, sequer precisa justificar ou explicar, o porquê, de seu interesse na informação, o reconhecimento de que a

informação pública pertence a todos é razão suficiente para justificar o acesso segundo a nova ordem legal.

Ainda, segundo a lei de acesso à informação, toda a administração pública, Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, assim como os Tribunais de Contas e o Ministério Pública e ainda as entidades privadas que recebam recursos públicos, são sujeitos passivos da lei de acesso à informação.

A lei de acesso, possui ainda dispositivos gerais aplicáveis a todos os entes federativos e dispositivos específicos aplicáveis apenas ao Poder Executivo, que teve sua regulamentação específica através do Decreto-7.724 de 2012.

Os procedimentos da (LAI) devem observar os princípios básicos que regem a administração pública, notadamente os elencados no art. 37 da CF/88, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, entre outros.

O desenvolvimento do controle social é uma das diretrizes da (LAI), assim como, o desenvolvimento de uma cultura da transparência na administração pública. Neste contexto, torna-se necessário também, o desenvolvimento de uma cultura cidadã na sociedade que, uma vez tomando conhecimento de seu direito de acesso, passe a praticá-lo.

As exceções ao direito de acesso, contemplados na própria lei, ocorrem justamente na preservação de outros direitos fundamentais como: informações pessoais relacionadas a pessoa natural (informações relativas à intimidade, vida privada, honra, imagem das pessoas), que devem ter acesso restrito por 100 (cem) anos, independentemente de classificação, destacando-se ainda como exceção à regra da transparência e acessibilidade, as “informações classificadas”; que são aquelas que a divulgação indiscriminada podem colocar em risco a segurança da sociedade ou do Estado e, por isso, podem ser restringida por algum lapso temporal, que variam entre 25 (vinte e cinco) anos, para informações ultrassecretas, 15 (quinze) anos, para informações secretas e 5 (cinco) anos, para informações reservadas.

Com a edição da lei 12.527/2011 o Brasil se tornou o 89º (octogésimo nono) país do mundo a contar com uma legislação específica sobre o direito ao acesso a informação, o que traz a toda sociedade a responsabilidade de não permitir que ela se torne letra morta.

3 | CAPÍTULO II

3.1 Democracia e seus aspectos gerais e específicos

O Estado Democrático de Direito é fundamento básico que se faz presente no art. 1º da Constituição de 1988, como visto. Trata-se de verdadeiro *princípio fundamental*. O Estado Democrático de Direito, deve ser entendido como o Estado que tem por finalidade assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, entendidos como valores supremos da sociedade.

“Esta sociedade, fraterna, pluralista e sem preconceitos, deve ser fundada na harmonia social e estar comprometida com a solução pacífica das controvérsias, tanto na ordem interna quanto na ordem internacional.” (FACHIN, 2012, p. 198)

Segundo Gaio Júnior (2014, p. 47) para a compreensão do conceito de Estado Democrático de Direito, imprescindível notar que não existem nele soberanos à lei e que, se trata de um princípio de ordem política, cumprindo ainda ressaltar, que o parágrafo único do Art.1º, da Constituição deixa explícito que todo poder emana do povo, considerando-se, Democrático, o Estado de Direito que se empenha em assegurar aos cidadãos o exercício efetivo, não somente dos direitos civis e políticos, mas, sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais. Trata-se de um “super-conceito” do qual se extraem diversos *princípios* como, por exemplo, o da Separação dos Poderes.

Trata-se pois, de um dos principais caracterizadores do Estado Constitucional, significa, que o Estado se rege por *normas democráticas*, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como, com o respeito das autoridades públicas, aos direitos e garantias fundamentais (...) exprime respeito à soberania popular. (MORAES, 2011, 6)

Sem democracia, todas as formas de *status quo* que alojam, conservem e perpetuam situações de privilégio, desigualdade e discriminação tendem à imutabilidade, eternizando as mais graves injustiças ou fazendo do homem, para sempre, um ente rebaixado à ignomínia da minoridade política, da ausência e do silêncio, sem voz para o protesto e sem arma para o combate; objeto e não sujeito da vontade que governa; súdito e não cidadão. (BONAVIVES, 2004, 20)

Portanto, deve-se observar que: em um regime democrático não há lugar para minorias se apropriarem dos bens públicos como se deles fossem donos; que a lei torna todos os homens iguais e a ela não há soberano; que a abertura (liberdade) é sinônimo de grandeza; e por fim, que o “oculto” (falta de transparência) não coaduna com tal regime.

Segundo Bonavides (2004, p.19), não há formas perfeitas de governo, mas, o governo da lei, legitimado pela soberania popular, que será sempre um *valor superior* ao governo do arbítrio, em proveito de minorias ou de um só déspota que mantém acorrentada a esmagadora maioria da sociedade. O autor destaca que: “A democracia unicamente dissolve privilégios e faz eficaz o princípio da igualdade. Só esse título já é suficiente para alçar-lhe à supremacia sobre qualquer outra forma de governo.”

Existem duas formas básicas de Democracia, a Indireta e a Direta, Bonavides (2004, p. 29) considera, em juízo de valor, a absoluta superioridade da Democracia Direta sobre a Democracia Indireta, que segundo o autor demonstra-se, menos legítima, e incapaz de resolver a crise dos povos subdesenvolvidos.

Com efeito, as instituições representativas padecem em todo país uma erosão de legitimidade como jamais aconteceu em época alguma de nossa história, ficando assim, a cláusula constitucional da soberania popular reduzida a um

mero simulacro de mandamentos, sem correspondência com a realidade. (BONAVIDES, 2004, p.29)

Segundo este pensamento crítico, existe uma ruptura entre o Estado e Sociedade, entre Governantes e Governados, entre os Representantes e Cidadãos, em proporções muito acentuadas, assim como, um estado geral de desconfiança, descrença e até mesmo menosprezo da cidadania em relação aos titulares do poder em nosso país.

(...) O Brasil, (assim como o Peru, e de certo modo, a Argentina caminha para uma democracia delegativa. A crise econômica e a deterioração social “deformam” e “adaptam” a democracia representativa – (entre indivíduos iguais, independentes e capazes de se fazerem representar) – à democracia delegativa – (de indivíduos desiguais, dependentes e incapazes de se fazerem representar). A democracia delegativa é uma espécie particular de democracia representativa, diz WEFFORT. As instituições, vale dizer, a ordem Constitucional, definem-se pelo padrão representativo, mas o comportamento tanto da população quanto da liderança é delegativo – quem vence a eleição governa como quiser. (CAPILONGO, 2000, 56)

Demonstra o autor que o sistema político brasileiro dá mostras de falta de representatividade, caracterizando-se mesmo pela “completa irresponsabilidade política. Fogem de todas as formas de controle e prestação de contas. Sustentam um sistema de dominação privatizado, de troca de favores com o Executivo e de partidos oportunistas.” (CAPILONGO, 2000, 57)

O correlato social dessa irresponsabilidade institucional é a ruptura de identidades, temos uma “cidadania de baixa intensidade” com uma sociedade que não tem suficiente poderio de organização e de conflito para exigir a submissão do governo à legalidade e muito menos para usufruir diretamente desses direitos. Há ainda, o perfil institucional brasileiro, com a velha imagem da “soberania estatal una, indivisível e imprescritível, corrente nos manuais de Teoria do Estado (...) ineficiente, ineficaz e desequipada para lidar com políticas mais complexas (...) restando mais expostas aos grupos interessados em pilhar o Estado.” (CAPILONGO, 2000, 58)

Preconiza Bonavides (2004, 31), que a caminhada para o exercício da Democracia Direta no constitucionalismo brasileiro, é possível e verdadeiramente imperativa no sentido de se buscar a regeneração das instituições e a emersão da desordem e males que acorrentam nosso futuro. Segundo o autor, a Constituição de 1988 não se fecha rumo à caminhada para a Democracia Direta, pois timidamente oferece-nos: os artigos 14 *caput* e incisos onde a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e *nos termos da lei mediante*; I – Plebiscito; II – Referendo; III – Iniciativa Popular. Ainda, destaca o artigo 18, § 3º (aprovação direta da população por plebiscito para se incorporar ou subdividir Estados) e art. 18, § 4º (criação, incorporação, fusão e desmembramentos de Municípios mediante prévia consulta à população por plebiscito) e ainda o art. 49, XV, (plebiscito, referendium).

Motta (2013, p.708) elenca entre os meios diretos de participação popular postos à disposição pela Constituição, além do plebiscito, referendo e apresentação projeto de lei, o *poder de fiscalizar as contas públicas*, o *direito de obter informações dos órgãos públicos*, o poder de propor ação popular e mandado de injunção, o direito de representar perante o TCU, o direito de petição aos Poderes públicos entre outros com previsão Constitucional.

Portanto, verifica-se a existência de técnicas constitucionais que fazem estrear rudimentos da Democracia Direta no sistema de natureza basicamente representativa. Restando, a necessidade de alargar a brecha, para converter instrumentalmente numa realidade de poder soberano, a vontade do povo. (BONAVIDES, 2004, p.31)

Não haverá a revolução ética que tanto se preconiza de último, se não vier ela acompanhada de uma revolução constitucional: a da legitimidade, que só a democracia direta confere ao exercício de poderes carecentes de regeneração. Uma organização institucional que não coloque os Poderes políticos – Legislativo e Executivo – da União, dos Estados e dos Municípios debaixo do controle direto, imediato e diuturno da vontade popular, jamais há de levar, a cabo, bem sucedida, a cruzada de anticorrupção administrativa de que tanto precisa o país. Unicamente a democracia direta tem forças para operar tal milagre. (BONAVIDES, 2004, p.32)

Segundo o autor a posição passiva em relação à coisa pública caracteriza súditos e não cidadãos, afirma que a cidadania se manifesta pela via participativa, pelas exteriorizações de vontade de cada membro da sociedade política, legitimamente habilitado a intervir no processo decisório e governativo, mediante o qual se conduzem os negócios públicos debaixo do interesse da coletividade.

Norberto Bobbio entende que, entre a democracia representativa e a democracia direta não existe um salto qualitativo, como se existisse um divisor de águas entre as duas, entende o autor italiano que, não se pode pôr o problema em termos de “ou-ou”, de escolhas forçadas entre alternativas excludentes.

Exatamente porque, entre a forma extrema de democracia representativa e a forma extrema de democracia direta existe um continuum de formas intermediárias, um sistema de democracia integral as pode conter todas, cada uma delas em conformidade com as diversas situações e as diversas exigências, e isto porque são perfeitamente compatíveis entre si, posto que apropriadas a diversas situações e a diversas exigências. Isto implica que, de fato, democracia representativa e democracia direta não são dois sistemas alternativos (no sentido de que onde existe uma não pode existir a outra), mas são dois sistemas que se podem integrar reciprocamente. Com uma fórmula sintética, pode-se dizer que num sistema de democracia integral as duas formas de democracia são ambas necessárias mas não são, consideradas em si mesmas, suficientes. (BOBBIO, 2000, p. 65)

Pelo exposto, entendendo a possibilidade de integração entre a democracia representativa e a direta, onde, sozinhas, não são suficientes, observa-se o “princípio fundamental” insculpido no § único, Art. 1º, da Constituição de 1988 onde se lê: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de *representantes eleitos* ou *diretamente*.”

Da leitura do presente parágrafo, depreende-se que a Constituição brasileira tende para a democracia “semidireta”, pois combina aspectos da democracia representativa com outros de democracia direta. (CAPEZ, 2013, p.31)

Quando a Constituição afirma que o povo exerce o seu poder por meio de representantes eleitos, ela explicita a democracia representativa; contudo, quando indica que o povo exerce o seu poder diretamente, ela exprime a democracia direta, da conjunção da democracia representativa e direta, temos um modelo misto de democracia “semidireta” que segundo Cunha Júnior (2009, 511), “nada mais é senão uma democracia representativa com alguns institutos ou mecanismos de participação direta do povo na formação da vontade política nacional. Da democracia ‘semidireta’ se desenvolve a chamada Democracia participativa.”

Calmon de Passos (1988, 92) prescreve que, estamos alcançando um estágio novo no processo de transformação da democracia moderna onde, democratizado o Estado, havia se percebido que, embora importante, era insuficiente, havendo risco de retrocesso e portanto sendo necessário também se democratizar a sociedade. Continuando seu raciocínio, destaca o autor que a solução institucional da democracia liberal (democratização do Estado) não responde satisfatoriamente às exigências da (democratização da sociedade).

A nova forma participativa de convivência política defluiu da observância de que o Estado não é neutro, nem é sempre um mediador confiável. O Estado, expressa muitas vezes interesses conflitantes com os da sociedade civil e, se faz aliado, outras tantas vezes, às forças econômicas com interesses no mínimo duvidosos, que não se coadunam com as preocupações sociais, tudo em detrimento dos governados e de si mesmo.

Baptista da Silva (1988, 108) após destacar a incapacidade demonstrada pelos regimes políticos anteriores (liberal e social) destaca que a condição essencial para a estabilidade do Estado Constitucional Democrático repousa na existência de uma camada suficientemente ampla de cidadãos, entendidos como verdadeiros CITOYENS e não como BOUREOIS.

Demonstra o autor que, como pressuposto básico para o estabelecimento de uma democracia consistente e durável, é necessário não só a formação juridicamente perfeita do dispositivo estatal, mas fundamentalmente o estabelecimento de condições sócio-culturais que possibilitem o surgimento de verdadeiros e autênticos cidadãos. Segundo Pedro Demo (1999, p.49) “a maior virtude da **educação**, ao contrário do que muitos pensam, está em ser instrumento de participação política.

Alberto Nogueira (2003, p.407), em estudo sobre as liberdades públicas do terceiro milênio, expressa que se pode concluir sem exagero a existência de um Estado Democrático de Direitos Humanos para designar esse novo modelo estatal. Destaca o autor que a idéia política do século XIX, iniciada das revoluções Americana e Francesa do século XVIII, fora a democracia, contudo o futuro pertencia a um governo pelo povo. Destaca Nogueira, que

essa era a esperança de todos os que acreditavam no progresso e que defendiam padrões mais elevados de vida social.

Percebe-se, no estudo, a existência da mais fantástica mutação social, envolvendo todos os campos da ciência e das relações sociais, que revela a mais revolucionária mutação do homem, como “ser” partícipe e construtor de si mesmo e de “seu mundo”. Destacando-se do *supra* que o autor coloca a *ampliação da cidadania crítica e participativa* como corolários do Estado Democrático de Direito.

4 | CAPÍTULO III

4.1 Aspectos gerais e específicos da cidadania

A Constituição de 1988, consagra como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, a “Cidadania”, em seu inc. II do art. 1º. Segundo Bonavides (2001, p. 11), “o princípio da soberania popular é a carta de navegação da cidadania, rumo às conquistas democráticas, tanto para esta como para as futuras gerações.”

Conforme ensina José Afonso da Silva (2004, 104), a cidadania em sentido amplo deve ser compreendida com uma visão que transpassa a titularidade apenas de direitos políticos. Nestes termos, os participantes da vida do Estado são “qualificados”, com o reconhecimento do indivíduo como pessoa na sociedade estatal, (art. 5º, inc. LXXVII) – gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania - significando também que o funcionamento do Estado estará submetido, à vontade popular, (§ único do art. 1º); aos direitos políticos (art.14); com o conceito de dignidade da pessoa humana (art.1º, inc. III), e ainda com os objetivos da **educação** (art.205), todos da CR/88, como bases e metas do regime democrático.

Se enquanto indivíduos os homens são marcados por diferenças de origem, raça, classe, religião entre outras, é enquanto cidadão que, perante a lei, se afirma a igualdade fundamental.

A cidadania, segundo Quirino e Montes (1987, 84) trata-se de um conjunto de direitos reconhecidos a uma pessoa pelas leis de um país, geralmente sua Constituição, e que caracterizam como a ele pertencente na qualidade de cidadão, e que acarretam, em consequência, uma série de deveres deste para com o Estado.

A cidadania, a princípio, costuma se desdobrar, em Direitos Civis, Direitos Políticos e Direitos Sociais, onde, cidadãos plenos, segundo Carvalho (2003, 9), seriam aqueles que fossem titulares dos três direitos; aqueles que possuem apenas alguns dos direitos seriam cidadãos incompletos; já os não beneficiados por nenhum dos direitos seriam não cidadãos.

Como alternativa ao déficit de representação do Parlamento e o superávit do Poder do Executivo, necessário afiar as “garras dos cidadãos.” Óbvio que a melhoria da educação através da escolaridade generalizada e de qualidade é fator fundamental, contudo, seus

efeitos são em médio e longo prazo. O que se propõe neste estudo é a utilização mais pragmática dos cidadãos, de seus direitos fundamentais de controle, como alternativa à falta de representação seja pelo Poder Legislativo seja pelo Poder Executivo, e infelizmente também o Poder Judiciário, corroídos pela corrupção e ingerência.

Necessário observar, a ignorância dos cidadãos de seus próprios direitos, assim como, dos instrumentos constitucionais que possuem para a defesa do patrimônio público e da boa governança do Estado. A ignorância não se refere apenas à forma de exercê-los, mas sobretudo sobre sua própria existência.

Dentre os temas citados deve-se destacar ainda a importância de se transmitir aos cidadãos brasileiros a consciência de uma cidadania fiscal. Particularmente no âmbito das relações tributárias o conceito de cidadania, em sua expressão moderna, comporta a cidadania fiscal que consiste no direito/dever de participar, dentre outras ações, com o controle do custeio tributário e da aplicação dos recursos públicos. A obrigação de se pagar tributos constitui um dever fundamental do cidadão, uma responsabilidade comunitária, e o pagamento de forma justa corresponde a um direito também fundamental do cidadão-contribuinte, conforme art.150 II (princípio da igualdade) e art. 145 § 1º (capacidade contributiva) ambos da CF/88. Os tributos são responsáveis pela manutenção do Estado garantindo os serviços e a implementação de políticas públicas. Assim necessária a destinação da arrecadação tributária para a concretização dos imperativos constitucionais. Neste sentido, os tributos são o preço da liberdade, pois se constituem no espaço aberto pelos direitos fundamentais e visam sua garantia. A tributação dentro do moderno Estado Democrático de Direito, afasta-se da visão meramente arrecadatória e torna-se um instrumento de realização de justiça social, redistribuição de riqueza e, sobretudo o de fomentador necessário à execução dos princípios e objetivos da República Federativa do Brasil, especialmente a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades econômicas e sociais.

Esclarece (CARVALHO, 2006, 7) que ocorre no Brasil uma “estadania” e não uma “cidadania”. A cura para tal fato passa, com certeza, pelo entendimento do cidadão de que é pagador de impostos; do entendimento do seu valor como mantenedor do Estado e ainda do seu direito/dever fundamental de fiscalização.

A visão do cidadão como contribuinte tem muitas vantagens e pode servir de base para uma atuação política mais agressiva, sobretudo em uma tradição como a nossa onde temos uma baixa contrapartida e o Estado acaba sendo um dos maiores “pródigos” da situação.

Importante destacar que o cidadão é o contribuinte, e como tal, é o dono do Estado, a quem delega a administração dos recursos em benefício público. Todo desperdício, má gestão, desvio, furto e inúmeros outros meios de ingerência praticados pelo Estado, em todos os seus Poderes, Órgãos ou níveis recaem no bolso do contribuinte. A cultura de controle social fiscal precisa ficar bem clara para o cidadãos brasileiros, para que se sintam

legitimados a controlar a administração dos recursos públicos e desta forma fique bem clara também para os “administradores” dos recursos públicos.

O Brasil possui uma das cargas tributárias mais altas do mundo e os gastos também são um dos mais irresponsáveis do mundo. Um cidadão convencido dessas verdades e se sentindo dono do dinheiro público será mais criterioso no pagamento dos impostos e mais vigilante no controle dos gastos públicos. Carvalho (2006, 8) aduz que: “uma ação contundente do cidadão-contribuinte atingiria o coração desse Estado fiscalista e teria mais eficácia do que o próprio exercício do voto.”

Ao ter viabilizada a obtenção de informações sobre ações, programas, e gastos dos Governos (administração pública direta e indireta) em todos os seus níveis e espaços o cidadão (individualmente ou em grupo, associações, ONGs, etc.) estará em melhores condições de avaliar os custos e os benefícios das gestões e políticas públicas e inferir se responsáveis ou irresponsáveis e partir daí tomar as medidas cabíveis.

Valioso, salientar que a administração pública transparente é administração pública prestadora de contas. Os anseios da atualidade e a diminuição da distância entre governo e governados assim como a própria evolução do modelo representativo, exige a adoção dos processos inerentes à democracia direta, neste contexto, a democracia representativa se atualiza conjugando-se com a participação popular direta, para além do voto (fenômeno denominado democracia participativa).

É importante sempre lembrar que a realização de Audiências Públicas, não se restringem apenas às hipóteses previstas em Lei, mas sempre que houver interesse, oportunidade e conveniência para a oitiva da população, especialmente quando se tratar de assuntos polêmicos ou que ensejem debates, discussões, esclarecimentos e um maior diálogo com a sociedade civil antes da tomada de decisão pelo Poder Público.

Observa-se que, tanto a Democracia quanto a Cidadania, há muito ultrapassaram o seus vieses meramente político e ingressaram em outros setores tais como o Social sob a perspectiva do bem-estar-social (gênero, trabalho, escola, relações jurídicas e jurisdicionais), podendo ainda se falar na Cidadania vinculada às (gerações de direitos humanos), onde se encontra a Cidadania da Liberdade (vinculada às liberdades negativas), a Cidadania da Igualdade (liberdades positivas e às prestações públicas) e, por fim, a cidadania da fraternidade/solidariedade (atrelada aos novos conteúdos humanitários). Onde destacamos justamente, o direito à comunicação, gênero da espécie, direito fundamental à informação. Portanto, o que se nota é que tanto a democracia quanto a cidadania são multipolarizadas. (STRECK, 2001, p.124)

Por fim, percebe-se o vasto arcabouço de participação e controle social constitucionalmente delineados, restando ainda demonstrada a robustez formal e material dos mesmos. Contudo, para que haja participação e controle social de forma substancial, necessário ainda, instrumento que viabilize que o cidadão tenha acesso a questões pontuais, que julgue necessárias, para tanto, relevante o direito fundamental capitulado no (art. 5º, XXXIII) da CR/88.

51 CONCLUSÃO

O desenvolvimento de um país não depende apenas de recursos econômicos, físicos e ecológicos entre outros, depende também, em grande parte a presença de recursos humanos desenvolvidos. Portanto, a efetivação dos direitos sociais, notadamente os relativos à educação demonstra-se extremamente importante na construção de cidadãos capazes de operar as transformações e desenvolvimento necessários.

O fator “pobreza” que acomete fortemente nosso país, com uma desigualdade inquietante, entre poucos com muito e muitos com pouco; outra mazela da desigualdade que nos atinge mortalmente é a que se refere à “educação” onde milhões de brasileiros são analfabetos e um número assustadoramente maior ainda são analfabetos funcionais, outro fator que se verifica trata-se do “baixo crescimento econômico” que traz como consequência a incapacidade de produção de vetores que possibilitem a mudança do triste e inconsolável quadro vivido.

Diante do tripé, liberdade, igualdade e participação onde buscamos identificar suas principais fundamentações e observando-se a possibilidade de participação. Indaga-se: Por que o Brasil não consegue avanços na Igualdade?

O sistema representativo (voto), como única forma de participação do povo (soberano) rumo às mudanças necessárias vem se demonstrando insuficiente, como demonstrado. Necessário então, por conseguinte, modos de qualificar a participação ativa, através da cidadania como forma de promoção da revolução exigida pela democracia (substancial).

Como propostas de melhorias neste campo, destaca-se sugestões de Carvalho (2003): (i) disseminação de balcões de voluntários que possam transmitir à sociedade informações sobre os seus direitos fundamentais com encaminhamento aos órgãos competentes, (ii) introdução no ensino médio, em escolas públicas e particulares, da matéria educação cívica, especialmente referente ao Título II da CF/88, (iii) criações de ONGs (devidamente auditadas caso recebam recursos públicos) voltadas à disseminação dos direitos fundamentais, (iv) Inclusão digital e utilização maciça do meio para disseminação do tema.

Ao se guiar por esta trilha, certamente se formará ambiente propício ao desenvolvimento econômico-social tão almejado, podendo até mesmo se dizer que a promoção do acesso a informação é capaz de auxiliar fortemente a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais na medida em que visa dar maior eficiência e zelo no trato com a “coisa” pública trazendo consequente melhora na gestão dos recursos para as prestações positivas que tais direitos cobram para sua efetivação.

REFERÊNCIAS

- BAPTISTA DA SILVA, Ovideu A. **Democracia moderna e processo civil**. In: GRINOVER, Ada P. Participação e Processo. São Paulo: RT, 1988.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- BOBBIO, Norberto, **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BONAVIDES, Paulo, **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BONAVIDES, Paulo, **A Constituição aberta**: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRASIL, **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988.
- CALMON DE PASSOS, J. J., **Democracia, Participação e Processo**. In: GRINOVER, Ada P. Participação e Processo. São Paulo: RT, 1988.
- CAPEZ, Fernando. **Direito Constitucional**. In: OLIVEIRA, James Eduardo. Constituição Federal anotada e comentada: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- CAPILONGO, Celso Fernandes, **O Direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- DIDIER JR. Fredie. **A reconstrução da teoria geral do processo** In: DIDIER JR. Fredie (org.) Reconstruindo a teoria geral do processo. Salvador: Podivm, 2012.
- FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; MACHADO, Fernanda Gomes Ladeira, **Breves reflexões acerca do Poder Judiciário frente a demandas sociais pós CF/88**. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira (coord.) Constituição brasileira de 1988: reflexões em comemoração ao seu 25º aniversário. Curitiba: Juruá, 2014.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política, legislativa administrativa, judicial**: (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimação). Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- NOGUERA, Alberto. **Liberdades Públicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NOGUEIRA, Alberto. **Jurisdição das liberdades públicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NORTHFLEET, Ellen Grace. **As Constituições Brasileiras**, São Paulo: FAAP, 2007.

QUIRINO, Célia Galvão. MONTES, Maria Lúcia, **Constituições Brasileiras e cidadania**. São Paulo: Ática, 1987.

SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros. 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria geral do estado**. Porto Alegre: livraria dos advogados, 2001.

PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS E A TRATAMENTO DELES MOTIVADA PELO INTERESSE PÚBLICO

Data de aceite: 01/11/2020

Data de submissão: 25/09/2020

Luciana Waly de Paulo

Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PUC/PR, Brasil. Faculdades Integradas do Brasil, UNIBRASIL. Escola da Magistratura do Estado do Paraná, EMAP, Curitiba/PR. Universidade Paranaense - UNIPAR. <http://lattes.cnpq.br/5437192633927016>

RESUMO: O presente artigo analisa como a tecnologia e a Internet podem afetar os direitos humanos e o que pode ser utilizada uma pandemia ou o interesse público e desrespeitar a democracia e os direitos fundamentais. Os direitos humanos e a cidadania devem ser a prioridade. O artigo também analisa que o tratamento de dados pessoais facilita a violação do direito à privacidade e os direitos humanos. Conclui-se que os cidadãos devem estar conscientes dos seus direitos e vigilantes, pois, embora os direitos humanos sejam reconhecidos no Brasil, isso não significa que serão respeitados, pois a tecnologia pode proporcionar um estado de vigilância.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos, Democracia, Cidadania, Proteção de Dados Pessoais.

DATA PROTECTION AND THE TREATMENT OF PERSONAL DATA BASED ON PUBLIC INTEREST

ABSTRACT: The article examines how technology and Internet can affect human rights and how can be used a pandemic or public interest as an excuse to disrespect the democracy and fundamental rights. The human rights and citizenship must be the priority. The article also analyzes that treatment of personal data makes easier to violet the right of privacy and human rights.

The proposed analysis leads to the conclusion that the citizen must be aware of their rights and vigilant, because even though the human rights are already recognized in Brazil, it does not mean that will be respected because the technology can lead up a surveillance state.

KEYWORDS: Human rights, Democracy, Citizenship, Data protection.

1 | INTRODUÇÃO

No presente artigo científico serão abordados os direitos humanos e os direitos fundamentais e a sua tutela dentro de uma democracia. De fato, os direitos fundamentais são conquistas históricas, embora expressamente reconhecidos pela Constituição Federal de 1988. Contudo, isso não impede diversos ataques, decorrentes das coletas de dados disponíveis em dispositivos eletrônicos conectados à Internet.

Desde a primeira dimensão dos direitos humanos e dos direitos fundamentais nota-se uma preocupação em refrear o poder do Estado sobre os cidadãos. Parte-se do pressuposto que o Estado pode fazer tudo aquilo que esteja amparado pela lei, em razão disso, tem-se o Estado Democrático de Direito.

Pode-se dizer que são questões e direitos excessivamente discutidos e conquistados, contudo, com o avanço das tecnologias e da Internet observa-se a necessidade de se discutir e se estruturar para que não ocorra a violações dos direitos fundamentais em nome do interesse público, e sem o devido embasamento ou debate.

Não se pode olvidar que quando se fala em dados pessoais está a referir aos direitos humanos, aos direitos fundamentais e os direitos da personalidade. Esses direitos asseguram o livre desenvolvimento da personalidade. Na sociedade da informação essas informações pessoais têm um valor econômico tanto para quem os coleta, faz o tratamento e compartilha com terceiros. Há uma vigilância em massa¹, tanto do setor privado quando do setor público.

Por isso, os titulares de dados têm o direito, ainda que tenha havido o consentimento, para retificá-los e protege-los. Há, ainda, que se mencionar que os dados considerados sensíveis têm todo um regramento específico tanto para o consentimento como para o tratamento deles. Há autores que sustentam que há um novo direito fundamental de proteção de dados.

No Brasil, se teve muitas idas e vindas quanto a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados, ainda que se não tivesse um regramento específico, esses direitos estão amparados constitucionalmente e também por legislações esparsas. Por outro lado, há outros mecanismos para refrear eventuais abusos, até que a Agência Nacional de Proteção de Dados passe a atuar. Nota-se isso com a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, que será tratada a seguir, a Corte refreou o acesso aos dados com fundamento na pandemia causada pelo COVID-19.

Há outros questionamentos a serem feitos, como o Cadastro Base do Cidadão instituído por intermédio do Decreto n. 10.046/ 2019. Nesse Cadastro, há previsão de serem arquivados pelo Governo Federal brasileiro dados pessoais sensíveis (artigo 2º), tais como dados biográficos e biométricos, entre eles digitais, íris dos olhos, formato da face. A utilização desses dados pessoais têm como finalidade a oferta de serviços públicos, propiciar políticas públicas, melhorar a qualidade dos dados dos custodiados pela administração pública e proporcionar maior eficiência das operações internas da administração pública federal (artigo 1º).

Diante disso, quando se intenta coletar uma quantidade enorme de dados pessoais deve se vislumbrar como serão protegidos de potenciais vazamentos e real necessidade

1. BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinícius Borges; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. **Proteção de Dados e Privacidade: do direito às novas tecnologias na sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 113.

deles. Por isso, a importância da governança dos dados e a segurança deles. Por conseguinte, não basta só a boa-fé e agir em nome interesse público. Deve-se ter o devido cuidado, ante o valor econômico e o risco que podem trazer ao desenvolvimento da personalidade e aos direitos fundamentais.

Muito embora desde 2011 reconhece-se o acesso à Internet como um direito humano². Ainda, há dificuldades no Brasil de acesso à Internet de maneira universal, a banda larga, e também a dificuldade econômica enfrentada ter e a compra de dispositivos tecnológicos. No entanto, há uma grande utilização de dispositivos móveis, como celulares, conectados à Internet, tendo em vista que o um custo mais acessível a todas as camadas sociais.

Ainda que se tenha um entusiasmo com as inúmeras possibilidades que a Internet possa contribuir a democracia questões como o acesso à tecnologia e a Internet, proteção dos dados, bem como educacionais ainda são barreiras que devem ser levadas em consideração nesse debate.

Por intermédio da tecnologia a democracia vem sofrendo ataques, mas isso é sinônimo do fim da democracia? Ou significa que o combate para assegurar a democracia e demais direitos conquistados é constante?

2 | DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Os dados pessoais coletados por intermédio das tecnologias de informação e comunicação, impactam os direitos humanos, os direitos fundamentais³, os direitos da personalidade, pois com eles se confundem.

Os direitos fundamentais são conquistas históricas decorrem de lutas ao longo da história da humanidade, portanto, foram adquiridos gradualmente⁴. Embora esses direitos estejam expressamente na Constituição da República de 1988, a luta e a resistência à opressão devem ser constantes. Por isso, as liberdades positivas e negativas devem ser observadas e reconhecidas⁵.

2. COHEN, Otavio. **Acesso à internet agora é direito humano básico**. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/blog/superblog/acesso-a-internet-agora-e-direito-humano-basico/>> Acessado em: 19 jul 2020.

3. SARLET, Ingo Sarlet. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 29. “Em que pese as duas expressões (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) sejam comumente utilizadas como sinônimas, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que a expressão “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)”.

4. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992, 19ª reimpressão, p. 05.

5. Idem.

Com as novas tecnologias como celular, computador, redes sociais e Internet a violação dos desses direitos são feitas de maneiras praticamente imperceptível. Haja vista que se tem uma geração que não cresceu com elas e não tem a dimensão de que a coleta de dados podem afetar o seu dia a dia e as suas decisões. E outras gerações que estão tão imersas nelas no que ficam apáticas em relação a coleta de seus dados pessoais e ao compartilhamento voluntário por não terem a dimensão do impacto que isso têm nas suas vidas.

Como bem ressalta Bobbio “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”⁶.

Pontua Bioni⁷ que com a utilização de algoritmos, uma vez coletados os dados e armazenados eles podem ser reutilizados para prever acontecimentos, bem como comportamentos:

(...) tais como: **i)** um provável surto de gripe com base nos termos agregados de pesquisa de um buscador; **ii)** o risco de um tomador de crédito ser inadimplente para calibrar a taxa de juros; **iii)** segurados que tendem a ter maiores riscos de problemas de saúde para daí aumentar o pagamento do prêmio⁸.

A facilidade de vigilância decorrente dos dispositivos tecnológicos contribui tanto para o Estado como para uma economia baseada na vigilância⁹. Em relação ao tratamento de dados pelo Poder Público, deve-se voltar as primeiras aulas de Direito em que é ensinado que ao Estado é dado fazer o que é permitido pela Lei. Em razão disso, a Constituição da República de 1988 versa sobre os princípios orientadores da Administração Pública, entre eles o princípio da legalidade, no artigo 37. Por isso, José Afonso da Silva ensina a diferença entre legitimidade e legalidade:

Por aí se vê que legitimidade e legalidade nem sempre se confundem. (...) Propõe, por isso, a recuperação do liame entre legalidade e legitimidade, sob bases diferentes, a partir do abandono da noção puramente formal da legalidade, definindo-a como “a realização das condições necessárias para o desenvolvimento da dignidade humana” como quer nossa Constituição (art. 1, III), pois o “princípio da legalidade não exige somente que as regras e as decisões que compõem o sistema sejam formalmente corretas”. Ele exige que elas sejam conformes a certos valores, a valores necessários “à existência de uma sociedade livre”, tarefa exigida expressamente do Estado brasileiro (art. 3º, I)¹⁰.

6. BOBBIO, p. 24.

7. BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 37-38.

8. *Ibidem*.

9. *Ibidem*, p. 42

10. Silva, p. 423.

Como assevera Ana Paula Pereira¹¹, os princípios elencados na Constituição da República de 1988 voltados para a Administração Pública também estão elencados no artigo 23, da Lei n. 13.709/2018:

Art. 23. O tratamento de dados pessoais pelas pessoas jurídicas de direito público referidas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público, desde que:

I - sejam informadas as hipóteses em que, no exercício de suas competências, realizam o tratamento de dados pessoais, fornecendo informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades, em veículos de fácil acesso, preferencialmente em seus sítios eletrônicos;

Ademais, segundo Ana Paula Pereira¹², “...o princípio da finalidade ou da impessoalidade, exige que o objeto do ato administrativo, que no caso é o tratamento de dados, esteja em consonância com o interesse público”.

De outra parte, também deve observar um processo legislativo democrático. Embora, a Medida Provisória seja uma modalidade de legislação, não necessariamente é o mais adequado para tratar de determinados assuntos, uma vez têm eficácia imediata e depende de votação no prazo de 60 (sessenta) dias prorrogáveis por igual prazo, perdem a eficácia se não votadas (artigo 32 e seguintes da Constituição de 1988). Portanto, determinados assuntos não devem ser tratados por Medida Provisória ante a insegurança jurídica que podem causar.

Pode-se também se discutir se na atual circunstância em que vivemos os fins justificam os meios. E se ao Estado ou o governante eleito cabe atingir determinados fins, não obstante o meio escolhido possa ser adequado deve-se sempre questionar se é o melhor para a coletividade.

Temas como este demandam um maior debate na sociedade devido ao impacto que podem trazer na vida privada das pessoas. Assim, como o Marco Civil da Internet que teve um amplo debate na sociedade brasileira, esses temas também deveriam. Embora não seja um tema recente debatido na doutrina e na jurisprudência, com a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei de n. 13.709/2018) aumentará a discussão sobre temas como esses, a consciência e a cultura das pessoas sobre os reais impactos que podem acontecer.

O debate dentro de uma democracia pode se dar de diversas maneiras, inclusive com a utilização da Internet o que pode proporcionar a aproximação de opiniões divergentes.

11. PEREIRA, Ana Paula Martins Regioli. **O tratamento de dados pessoais pelo Poder Público a partir da perspectiva da LGPD**. In: TEIXEIRA, Tarcisio; MAGRO, Américo Ribeiro Magro. **Proteção de Dados Pessoais: fundamentos jurídicos**. Salvador. Editora JusPodvm, 2020, p. 125.

12. PEREIRA, p. 125.

A privacidade é reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos (HUDH), no artigo 12, em que se afirma: “Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques a sua honra e reputação. Todo o homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”. Como ressalta Doneda¹³ a privacidade tem uma posição de destaque, pois:

(...) não somente tomada como escudo contra o exterior – na lógica da exclusão – mas como elemento indutor da autonomia, da cidadania, da própria atividade política em sentido amplo e dos direitos de liberdade de uma forma geral. Nesse papel, ela é pressuposto de uma sociedade democrática moderna, da qual o dissenso e o anticonformismo são componentes orgânicos.

Portanto, a privacidade viabiliza não só o desenvolvimento da personalidade, mas a atuação do indivíduo politicamente, sem interferências, uma vez que as suas decisões e escolhas não são usadas contra si.

3 I TUTELA DOS DADOS PESSOAIS E A OBTENÇÃO DELES COM FUNDAMENTO NO PRINCÍPIO DO INTERESSE PÚBLICO

Tendo em vista o cenário atual, em relação ao avanço das tecnologias, há uma facilidade maior de vigilância dos cidadãos. Em razão disso, o debate e a tutela dos direitos fundamentais são necessárias, uma vez que há inúmeras maneiras de vigiar as pessoas.

Como bem ressalta Doneda¹⁴, “certas formas de tratamento de nossos dados pessoais podem implicar na perda da nossa autonomia, da nossa individualidade e, ainda, da nossa liberdade”. Os dados isolados em si podem apresentar, para alguns, um fato desprezível e, por isso, não dão importância. Contudo, explica Bioni que os dados são “o estado primitivo da informação... Dados são simplesmente *atos brutos* que, quando processados e organizados, se convertem em algo inteligível, podendo ser deles extraída uma informação”¹⁵.

Por isso, ao se justificar a obtenção de dados pessoais em virtude do princípio do interesse público sem considerar o caso concreto e os demais princípios presentes no ordenamento jurídico pode ser um risco para individualidade, bem como para a democracia.

O cidadão é o protagonista no Estado de Direito, ou seja, os seus direitos têm prioridade no Estado moderno, como bem sustenta Bobbio¹⁶. Em razão disso, há as garantias constitucionais que são “imposições, positivas ou negativas, especialmente aos órgãos do Poder Público, limitativas de sua conduta, para assegurar a observância ou, no caso de inobservância, a reintegração do direito violado”¹⁷.

13. DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais [livro eletroeletrônico]: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados**. 1ª edição. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. RB 1.10.

14. DONEDA, p. X.

15. BIONI, p. 31-32.

16. BOBBIO, p. 03.

17. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed. rev. e atual. São Paulo, 2004, p. 412.

Quando se utiliza de Medidas Provisórias para tratar de temas delicados como o aqui estudado é um alerta para a democracia, pois não há o necessário debate e amadurecimento sobre o tema. Por isso, a Constituição da República de 1988 traz diversas maneiras de legislar a depender do tema e da competência nela disposta, com prazos de debates, quórum de votação, por exemplo. A edição de Medida Provisória tem como requisito a relevância e a urgência. Há que considerar que:

O conceito de Estado de vigilância defendido por Balkin (2008) e corroborado por Molinaro e Sarlet (2014) tem como elementos característicos a coleta, o agrupamento, o tratamento e a análise de dados com a intenção de identificar 'potenciais ameaças' à segurança nacional, bem como administrar e prestar serviços sociais com maior eficiência, pela otimização do uso da informação. Por essa razão, é possível dizer que o Estado de vigilância se encontra sob o pálio da sociedade da informação¹⁸.

Os governos podem e devem utilizar dados a fim de que possam realizar uma gestão eficiente, prestar serviços públicos e realizar políticas públicas de qualidade. Todavia, devem ser observados todo o ordenamento jurídico. Nessa esteira, Doneda explica que o Estado faz uso de informações pessoais pelos seguintes motivos:

um pressuposto para uma administração pública eficiente é o conhecimento tão acurado quanto possível da população¹⁸ (não por acaso, à formação do *welfare state* seguiu-se um período de voraz demanda por informação pessoal por parte do Estado), o que implica, por exemplo, a realização de censos e pesquisas e o estabelecimento de regras para tornar compulsória a comunicação de determinadas informações pessoais à administração pública. Em relação ao controle, basta acenar às várias formas de controle social que podem ser desempenhadas pelo Estado e que seriam potencializadas com a maior disponibilidade de informações sobre os cidadãos, aumentando seu poder sobre os indivíduos – não é por outro motivo que um forte controle da informação é característica comum aos regimes totalitários¹⁹.

Há um caso paradigma de um censo realizado na Alemanha, na década de oitenta, em que os cidadãos responderiam a perguntas que depois seriam passadas por um tratamento de dados. Embora tais informações coletadas seriam utilizadas fins estatísticos poderia levar a se acessar a informações pessoais²⁰. Diante disso, a referida lei foi declarada inconstitucional pela Corte Constitucional da Alemanha, tendo em vista que a lei previa que os dados poderiam ser utilizados para outras finalidades além de dados estatísticos. Dessa maneira foi reconhecido a necessidade de se observar o princípio da finalidade na coleta de dados pessoais. Outro marco dessa decisão foi o reconhecimento da autodeterminação informativa, ou seja, a possibilidade das pessoas decidirem de que maneira as suas informações serão utilizadas²¹.

18. BOFF et al., p. 75-76.

19. DONEDA, p. RB – 1.1.

20. Ibidem, p. R-B 2.8

21. Ibid., p. R-B 2.8.

O Brasil passa por uma situação semelhante em que foi elaborada uma Medida provisória, durante a pandemia causada pelo COVID-19 em que se colheria dados para contribuir com o seu enfrentamento. Dispunha o seguinte a Medida Provisória de n. 954 de 2020:

Art. 1º Esta Medida Provisória dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras do Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC e do Serviço Móvel Pessoal - SMP com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Parágrafo único. O disposto nesta Medida Provisória se aplica durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

Art. 2º As empresas de telecomunicação prestadoras do STFC e do SMP deverão disponibilizar à Fundação IBGE, em meio eletrônico, a relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas.

§ 1º Os dados de que trata o caput serão utilizados direta e exclusivamente pela Fundação IBGE para a produção estatística oficial, com o objetivo de realizar entrevistas em caráter não presencial no âmbito de pesquisas domiciliares.

Há outros exemplos de utilização de Medida Provisória com fundamento na pandemia, como a suspensão dos prazos de pedidos realizados com base na Lei de Acesso à Informação (Lei de n. 12.527/2011)²².

O Brasil já teve governos, antes da Emenda Constitucional de n.32 de 2001, que fizeram um uso excessivo de Medidas Provisórias. Em virtude disso, foi alterada a Constituição a fim de que fossem reprimidos abusos na sua utilização. Contudo, nota-se uma nova onda na utilização dessa maneira de se legislar. Além disso, devem ser observados os seguintes requisitos para a sua edição:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

I - relativa a: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

22. ANGELO, *Tiago*. "ABSOLUTAMENTE DISPENSÁVEL": MP que suspende Lei de Acesso à Informação fere conquista democrática. <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-24/mp-suspende-acesso-informacao-fere-conquista-democratica>> acessado em: 10 ago 2020.

a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;

Uma pesquisa feita pelo feito pela “DeMaX”²³ mostra que muitos países passam por uma desdemocratização. A pesquisa, feita em 2019, aponta que o Brasil está entre os países que estão passando por esse fenômeno. Segundo Lauth²⁴, a eficácia do governo brasileiro caiu em razão do aumento de corrupção e da conturbada relação entre o Poder Executivo e Poder Legislativo. Ademais disso:

Entram no campo mais mal avaliado do Brasil aspectos como controle do governo por Legislativo e órgãos como Tribunal de Contas e Procuradoria Geral, independência do governo, respeitado pelo governante aos direitos de personalidade, administração pública imparcial e não discriminatória e igualdade de tratamento Legislativo²⁵.

De fato o mundo enfrenta uma pandemia causada pelo COVID-19, mas, ainda, assim devem ser observados os direitos humanos ao legislar e não se fazer uso de um momento delicado para se violar a privacidade sem ter um propósito bem esclarecido e detalhado de como os dados serão processados e armazenados com segurança.

Segundo Laura Schertel Mendes²⁶, a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direita de Inconstitucionalidade 6390, que declarou a inconstitucionalidade da Medida Provisória n. 954/2020 (e as de n. 6387, 6388, 6389, 6393) é um marco, pois reconhece direito fundamental à proteção de dados pessoais. A professora ressalta que esse julgamento teve como tônica a importância da proteção de dados para a manutenção da democracia²⁷. Nesse sentido, como bem adverte Bobbio:

Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos não há democracia, sem democracia não existem condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos²⁸.

Na decisão a Ministra Relatora Rosa Weber²⁹ destaca que a referida Medida Provisória não delimita o objeto da estatística a ser realizada nem aponta uma finalidade

23. PINTO, Ana Estrela de Sousa. **Mundo vive onda de desdemocratização, afirma estudo: Matriz mapeia mais de 200 itens em 179 países desde 1900; países que se fecharam superam os que se abriram em 2019.** Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/09/mundo-vive-onda-de-desdemocratizacao-afirma-estudo.shtml>> Acessado em 13 set 2020.

24. Ibidem.

25. Ibidem.

26. MENDES, Laura Schertel. **Decisão histórica do STF reconhece direito fundamental à proteção de dados pessoais. Novo direito fundamental precisará ter contornos definidos tanto pela jurisprudência, quanto pela doutrina.** Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020>> Acessado em 28 ago 2020).

27. Ibidem.

28. BOBBIO, p. 01.

29. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6390. Reqte: Partido Socialismo e Liberdade (P-SOL). Ministro Relator: Rosa Weber. Brasília, DF, 07 de maio de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895176>> Acessado em 28 ago 2020.

específica a amplitude ou a necessidade. O fator primordial para o levantamento desses dados é a situação de emergência de saúde pública decorrente da COVID-19. Portanto, foram apresentados objetivos genéricos. Assim:

(...) nem mesmo a gravíssima pandemia, que autoriza o isolamento social e a paralisação de grande parte das atividades econômicas, justificaria o afastamento das garantias fundamentais à privacidade e à proteção de dados pessoais de cada usuário³⁰.

Como afirma Richard Kemeny³¹, com essas medidas o Brasil flerta com um autoritarismo tecnológico e um Estado de vigilância. Destaca o referido autor que o país já foi considerado líder na governança de dados.

Deve-se ter um cuidado maior ao se processar dados sensíveis, por isso, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018), no artigo 24, no parágrafo único, é mais específica em relação do tratamento de dados para fins de prestar serviços públicos e executar políticas públicas o tratamento de dados dispensará o consentimento. Contudo, verifica-se uma colisão entre os princípios entre a finalidade e o interesse público, em que poderias haver um peso maior para o segundo princípio³².

Por sua vez, a Lei Geral de Proteção de dados, em seu artigo 11 estabelece as hipóteses em que se pode tratar dados pessoais sensíveis e no artigo 5º discorre acerca deles, vejamos:

Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:

e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019) Vigência

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

30. MEDON. Filipe In: SILVA, Rodrigo da Guia; TEPEDINO, Gustavo (Coord). **O Direito Civil na era da inteligência artificial [livro eletrônico] 1a. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. RB-17.1**

31 KEMENY, Richard. **Brazil is sliding into techno-authoritarianism. Once a groundbreaker in internet governance, the country is becoming a surveillance state, thanks partly to covid-19.** Disponível em: <<https://www.technologyreview.com/2020/08/19/1007094/brazil-bolsonaro-data-privacy-cadastro-base/>> Acessado em 30 ago 2020.

32. Pereira, p. 132.

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

Assim, o Estado deve observar a Lei Geral de Proteção de Dados, ainda que venha a fazer uso dos dados pessoais dos cidadãos para se atingir o interesse público. Tendo em vista que:

O uso dessas tecnologias de informação pode representar uma forma de controle, um “panóptico eletrônico”. Os dispositivos de visibilidade e vigilância mudaram, são mais potentes, e o efeito mais profundo de imposição de poder que conhece e controla a população como um todo, utilizando instituições do governo. Nesse passo, resta evidente que as estruturas de poder vão além das estruturas arquitetônicas. Elas compreendem os arranjos processuais e tecnológicos de gestão da informação, pretendendo ampliar e detalhar o foco sobre seu ambiente interno, tornando visíveis os que ali se encontravam³³.

Se no contexto do Estado Informacional³⁴ se faz necessária que haja transparência na atuação para que a sociedade possa confiar nos sistemas governamentais. Há benefícios na e-democracia que pode atuar de diversas maneiras: “(i) para melhorar a transparência do processo político; (ii) para facilitar o envolvimento direto e a participação dos cidadãos; (iii) para melhorar a qualidade da formação de opinião por meio da abertura de novos espaços de informação e deliberação (democracia conectada, p. 65)”. A democracia exige a participação dos cidadãos diretamente, ou por meio de representantes. Contudo, o debate público, sendo por meio da Internet em espaços públicos ou privados devem ser fomentado.

O Decreto de n. 8638 de 2016 que institui a política de governança digital, o qual foi revogado pelo Decreto de n. 10.332 de 2020, dispunha que:

Art. 1º Fica instituída a Política de Governança Digital para os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, com as seguintes finalidades: (...)

III - governança digital - a utilização pelo setor público de recursos de tecnologia da informação e comunicação com o objetivo de melhorar a disponibilização de informação e a prestação de serviços públicos, incentivar a participação da sociedade no processo de tomada de decisão e aprimorar os níveis de responsabilidade, transparência e efetividade do governo;

As práticas de governança dos dados devem ser observadas tanto pelo setor público quanto pelo setor privado, a partir do artigo 50, da Lei n. 13.709/2018 estabelece boas práticas e da governança³⁵. Esse tema é fundamental importância, pois como já dito trata-

33. BOFF et al, p. 26.

34. BOFF et al, p. 53-54.

35. Art. 50. Os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio de associações, poderão formular regras de boas práticas e de governança que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais. (...)

se os dados pessoais que são essencialmente de direitos fundamentais. Por isso, o titular dos dados deve ter mecanismos de retificar os seus dados pessoais e resguardá-los, por exemplo³⁶. Para a maior segurança deles, devem ser encriptados, pois:

Com o avanço da computação, tecnologias como encriptação de dados, políticas internas da rede, com restrições e uma cultura de segurança cibernética são urgentes. O parágrafo segundo elenca uma série de requisitos para seja aceito o plano de segurança pela autoridade nacional³⁷.

O governo digital tem a possibilidade de trazer inúmeras vantagens para os cidadãos, bem como pode ser uma ameaça em virtude de se possibilitar um estado de vigilância constante. Por conseguinte, a regulamentação deve ser clara e objetiva a fim de que se proporcione benefício e não violações dos direitos fundamentais. A autodeterminação informativa e a transparência nos governos devem servir e proporcionar políticas públicas em consonância com o Estado Democrático de Direito.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há certos temas que exigem um maior debate, por isso, o processo legislativo é importante, pois proporciona o debate com a sociedade e os representantes eleitos. Dentro de uma democracia representativa, não há exclusão da discussão democrática em outros espaços públicos. Mas uma maior oportunidade de uma construção conjunta de ideias e políticas públicas em espaços públicos e privados com a ajuda da Internet. Haja vista que é possível uma discussão ainda mais plural e contínua, em diversos ambientes.

Verifica-se algumas ações questionáveis por parte do Estado em relação aos dados pessoais dos cidadãos, ainda mais considerando a facilidade que isso pode ser feito, ante a utilização massiva e contínua de dispositivos móveis conectados à Internet. Por isso, deve-se considerar que embora o tema da proteção de dados e direitos fundamentais não seja recente, não há uma cultura em relação a isso no Brasil, mas que será fomentada ainda mais com a Lei Geral de Proteção de Dados. Há que se levar o momento histórico de cada país, por isso, nota-se como parte da Europa trata esse tema de maneira diferente dos Estados Unidos.

Dentro da sociedade hiperconectada cresce a possibilidade vigilância do Estado, por isso, a necessidade de estar sempre vigilante acerca dos direitos fundamentais para garanti-los. A decisão do Supremo Tribunal Federal, aclamada por muitos por reconhecer o direito fundamental de proteção de dados pessoais tem repercussão também na democracia. Ademais, equilibra os poderes dentro de uma democracia representativa, ainda

Art. 51. A autoridade nacional estimulará a adoção de padrões técnicos que facilitem o controle pelos titulares dos seus dados pessoais.

36 TEIXEIRA, Tarcisio; ARMELIN, Ruth Maria Guerreiro da Fonseca. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: comentada artigo por artigo**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador. Editora JusPodvm, 2020.p. 141-143)

37 TEIXEIRA, Tarcisio; CHELIGA, Vinicius. **Ingeligência Artificial: aspectos jurídicos**. 2a ed. rev., atual. e ampl. Salvador. Editora JusPodvm, 2020, p. 99).

mais quando não se oportuniza o debate para legitimar tais decisões pelos representantes eleitos.

REFERÊNCIAS

ANGELO, Tiago. “**ABSOLUTAMENTE DISPENSÁVEL**”: MP que suspende Lei de Acesso à Informação fere conquista democrática. <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-24/mp-suspende-acesso-informacao-fere-conquista-democratica>> acessado em: 10 ago 2020.

Colisão de Direitos na Rede. **Nota da Coalizão Direitos na Rede sobre o Decreto nº 10.046/2019** <<https://direitosnarede.org.br/2019/10/16/nota-da-coalizao-direitos-na-rede-sobre-o-decreto-no-100462019/>> Acessado em 02 set 2020.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992, 19ª reimpressão.

BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinícius Borges; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. **Proteção de Dados e Privacidade: do direito às novas tecnologias na sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BRASIL. **Constituição da República de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acessado em: 25 set 2020.

_____. **Lei Geral de Proteção de dados (LGPD)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/13709.htm> Acessado em: 25 set 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 6390. Reqte: Partido Socialismo e Liberdade (P-SOL). Ministro Relator: Rosa Weber. Brasília, DF, 07 de maio de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895176>> Acessado em 28 ago 2020.

_____. **Dispõe sobre a governança no compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal e institui o Cadastro Base do Cidadão e o Comitê Central de Governança de Dados**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10046.htm Acessado em: 25 set 2020.

_____. **Institui a Política de Governança Digital no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8638.htm> Acessado em: 25 set 2020.

COHEN, Otavio. **Acesso à internet agora é direito humano básico**. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/blog/superblog/acesso-a-internet-agora-e-direito-humano-basico/>> Acessado em: 19 jul 2020.

DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais [livro eletrônico]: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados**. 1ª edição. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

FREITAS, Christiana Soares de; CAPIBERIBE Camila Luciana Góes; MONTENEGRO, **Luísa Martins Barroso. Governança Tecnopolítica: Biopoder e Democracia em Tempos de Pandemia.** Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/nausocial/article/view/36637/21028>> Acessado em: 18 set 2020.

KEMENY, Richard. **Brazil is sliding into techno-authoritarianism. Once a groundbreaker in internet governance, the country is becoming a surveillance state, thanks partly to covid-19.** Disponível em: <https://www.technologyreview.com/2020/08/19/1007094/brazil-bolsonaro-data-privacy-cadastro-base/>> Acessado em 30 ago 2020.

MAGRANI, Eduardo. **Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático.** Curitiba: Juruá, 2014.

MEDON, Filipe *In*: SILVA, Rodrigo da Guia; TEPEDINO, Gustavo (Coord). **O Direito Civil na era da inteligência artificial [livro eletrônico]** 1ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MENDES, Laura Schertel. **Decisão histórica do STF reconhece direito fundamental à proteção de dados pessoais. Novo direito fundamental precisará ter contornos definidos tanto pela jurisprudência, quanto pela doutrina.** Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020>> Acessado em 28 ago 2020).

Nota técnica MP 959/2020: Pela rejeição do art. 4º da Medida Provisória <https://lapin.org.br/wp-content/uploads/2020/08/LAPIN-NT-MP-959.pdf>> Acessado em 08 set 2020.

PEREIRA, Ana Paula Martins Regioli. **O tratamento de dados pessoais pelo Poder Público a partir da perspectiva da LGPD.** *In*: TEIXEIRA, Tarcisio; MAGRO, Américo Ribeiro Magro. **Proteção de Dados Pessoais: fundamentos jurídicos.** Salvador. Editora JusPodvm, 2020.

PINTO, Ana Estrela de Sousa. **Mundo vive onda de desdemocratização, afirma estudo: Matriz mapeia mais de 200 itens em 179 países desde 1900; países que se fecharam superam os que se abriram em 2019.** Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/09/mundo-vive-onda-de-desdemocratizacao-afirma-estudo.shtml>> Acessado em 13 set 2020.

SANTOS, RAFA. **TRANSPARÊNCIA GOVERNAMENTAL: PSB contesta no Supremo MP que suspende Lei de Acesso à Informação.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-25/mp-suspende-lei-acesso-informacao-contestada-stf>> Acessado em: 10 ago 2020.

SARLET, Ingo Sarlet. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 13ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 23ª ed. rev. e atual. São Paulo, 2004.

TEIXEIRA, Tarcisio; ARMELIN, Ruth Maria Guerreiro da Fonseca. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: comentada artigo por artigo.** 2ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador. Editora JusPodvm, 2020.

TEIXEIRA, Tarcisio; CHELIGA, Vinicius. **Inteligência Artificial: aspectos jurídicos.** 2ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador. Editora JusPodvm, 2020.

CAPÍTULO 10

UMA CRÍTICA AO UTILITARISMO PRESENTE EM DECISÕES JUDICIAIS EM QUE O DIREITO À INFORMAÇÃO LEVA À OBJETIFICAÇÃO HUMANA

Data de aceite: 01/11/2020

Data da submissão: 28/07/2020

Simone Alvarez Lima

Professora da Universidade Estácio de Sá
Rio de Janeiro/RJ

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3506306298274223>

RESUMO: O direito à informação é da classe fundamental na Constituição Federal brasileira, tal como o são os direitos à privacidade, à honra e à intimidade. Quando direitos fundamentais se chocam um com o outro, é necessário ponderar qual irá prevalecer diante do caso concreto. Entretanto, em determinados casos, a prevalência do direito à informação leva à objetificação humana, uma vez que coloca sua honra objetiva e subjetiva em detrimento ao direito de todos saberem algo a seu respeito e que, na realidade, não tem impacto social relevante. O processo ingressado pela apresentadora Xuxa Meneghel é um exemplo do quão um acórdão pode desprezar os direitos humanos em virtude de uma suposta falta de interesse de agir, tendo em vista a confusão entre direito ao esquecimento e direito de não ser encontrado. Determinar que o Google não tem que ser responsabilizado por não fazer uma análise prévia do conteúdo não trouxe justiça para o caso concreto, eis que o resultado da busca pela expressão “Xuxa pedófila” traz 27.100 sites, quando, na verdade, a apresentadora jamais foi pedófila, apenas participou de um filme que maculou sua imagem

no passado. Para alcançar as mencionadas conclusões, a método adotado foi o dedutivo em virtude de partir de aspectos gerais do direito à informação para mostrar como foi aplicado na demanda entre a apresentadora e o buscador Google.

PALAVRAS-CHAVE: Direito ao esquecimento, objetificação, dignidade humana, utilitarismo, Caso Xuxa Meneghel.

A CRITICISM OF THE UTILITARIANISM IN JUDICIAL DECISIONS IN WHICH THE RIGHT TO INFORMATION LEADS TO HUMAN OBJECTIFICATION

ABSTRACT: The right to information is one of the fundamental class in the Brazilian Federal Constitution, as are the rights to privacy, honor and intimacy. When fundamental rights clash with each other, it is necessary to consider which one will prevail in the specific case. However, in certain cases, the prevalence of the right to information leads to human objectification, since it places its objective and subjective honor at the expense of everyone’s right to know something about it, which, in reality, has no relevant social impact. The lawsuit filed by the presenter Xuxa Meneghel is an example of how a judgment can disrespect human rights due to an alleged lack of interest in taking action, in view of the confusion between the right to be forgotten and the right not to be found. Determining that Google does not have to be held responsible for not doing a prior analysis of the content did not bring justice to the specific case, as the result of the search for the expression “Xuxa pedófila” brings 27,100 sites, when, in fact, the presenter was never

pedophile, only participated in a film that tarnished his image in the past. In order to reach the aforementioned conclusions, the method adopted was the deductive one because it starts from general aspects of the right to information to show how it was applied in the demand between the presenter and the Google searcher.

KEYWORDS: Right to be forgotten, objectification, human dignity, utilitarianism, Xuxa Meneghel case.

1 | INTRODUÇÃO

O direito à honra, à privacidade e à informação, cotidianamente, entram em choque uns com os outros, afinal, como direitos fundamentais, todos são relevantes e aplicáveis sem exclusão total um do outro, mas que comportam limites por meio da ponderação.

O segundo item do presente artigo (eis que o primeiro item é a introdução) é destinado a explicar o que o direito à informação abrange e os seus destinatários, dentro de uma sociedade que valoriza a autoexposição em redes sociais. Neste item, é apontado que a interpretação do direito à privacidade evoluiu, sendo hoje possível em falar em privacidade mesmo quando se opta por estar exposto e, também, no conseqüente direito ao esquecimento.

O terceiro item enfoca no utilitarismo que pode existir quando o direito à informação predomina sobre o direito à intimidade e privacidade. Este item destaca a importância da dignidade da pessoa humana, que leva a tornar condenável qualquer ato que venha a objetificar uma pessoa em prol de uma sociedade.

Por fim, o quarto item explica a ação inibitória promovida por Maria da Graça Xuxa Meneghel em face do provedor de pesquisa Google, que foi julgada improcedente. Neste item, é demonstrado o quão o direito à informação pode levar à objetificação do ser humano, eis que mantém fatos passados praticados por uma pessoa que a internet, com seu dom de eternizar, perpetua aos olhos de diversas gerações.

Este artigo foi elaborado sob o método dedutivo, eis que partiu de aspectos gerais do direito à informação para o específico, que foi uma crítica às decisões judiciais proferidas no caso Xuxa e no caso de S.M.S. Os dados foram colhidos via pesquisa bibliográfica, em virtude da utilização de livros e artigos científicos, e documental, devido ao uso de jurisprudência.

Trata-se de um artigo relevante, uma vez que o caso Xuxa foi apenas um dentre diversos que ainda irão surgir no Poder Judiciário, tendo em vista que cada vez mais cresce o número de youtubers, instagramers, ou seja, pessoas que ganham a vida a expondo. Assim, é necessária uma nova reflexão que permita ver o direito à privacidade de acordo com o novo contexto, ou seja, sob o prisma da dignidade humana daquele que se expõe, de modo que o direito à informação a respeito da vida de alguém não seja concretizado a tornar essa pessoa objeto da felicidade e bisbilhotice alheia.

21 DO DIREITO À INFORMAÇÃO EM FACE À EVOLUÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE

O direito à informação faz parte do rol dos direitos fundamentais previsto no art. 5º, XIV e XXXIII da Constituição Federal. Este último inciso estabelece que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo de lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.”

Atualmente, a internet assume papel de destaque na divulgação de informações. De acordo com PINHEIRO (2009, p. XXXV), “uma simples página gratuita na Internet já nasce global, com responsabilidades e obrigações dentro de um cenário complexo de normas. Somos reflexo não do “penso, logo existo”, mas de nossa expressão, do “comunico-me, logo existo.”

Sarlet (2018, p. 539) aponta que o direito à informação engloba o direito a ser informado e o direito de não ser impedido de se informar, seja no que diz com a liberdade individual de recolher informações, seja no que diz respeito à liberdade de busca e escolha das fontes de informação.

Os destinatários do direito à informação são os particulares e os órgãos estatais e se trata de um valor de natureza coletiva, indispensável em um Estado Democrático de Direito, mas como todo direito fundamental, está sujeito a determinadas limitações, pois costuma entrar em colisão com outros direitos fundamentais, tais como honra, privacidade e intimidade, os quais possuem igual relevância constitucional.

Vale ressaltar que todos os direitos devem ser interpretados sob uma perspectiva histórica, inclusive o direito à privacidade que, em virtude das mídias sociais, requer novas formas de aplicação, afinal, não é porque uma pessoa decidiu expor pontos de sua vida que ela deseja ser devassada ou ter as informações que ela mesma inseriu em sua página empregada de modo diferente do imaginado. Nas palavras de Cancelier, “mesmo havendo limitação voluntária do exercício da privacidade, a pessoa que optou por tal limitação não pode se ver despida de sua tutela.”

Em virtude da evolução da interpretação do direito à privacidade, o qual é garantido mesmo àqueles que optaram por se expor, um novo direito vem ganhando força que é o direito ao esquecimento, o qual adveio com o avanço das tecnologias da era da informática e reforçado pelo marco civil da internet positivado pela Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, reconhecido, internacionalmente e no âmbito nacional, como inerente à dignidade humana.

Ramos (2019, p. 692) explica que o direito ao esquecimento é demonstração do choque entre o direito à privacidade e a autodeterminação informativa. Este direito possui duas facetas: “a de não permitir a divulgação e a buscar a eliminação do fato registrado, que, em virtude do tempo passado, não mais pode ser considerado público.”

Não apenas informações falsas ou verdadeiras negativas podem refletir indevidamente na dignidade e nos direitos da personalidade de alguém, afinal, até mesmo informações positivas, como um ato de caridade, podem causar prejuízo a alguém devido à exposição.

É preciso verificar se, no caso concreto, o sacrifício da honra, privacidade ou imagem de uma pessoa se impõe diante de determinada informação ou manifestação que se faça revestida de interesse social, coletivo, sem o que não se justifica a invasão da esfera íntima ou moral do indivíduo. O papel institucional reservado à atividade de comunicação não se compadece com o sensacionalismo, a notícia veiculada com o fim precípua de causar escândalo e dele se tirar proveito, nada mais senão do que um verdadeiro abuso do direito de informar. (GODOY, 2008, p. 60).

Sem dúvidas, uma sociedade que não garante o acesso à informação não pode ser chamada de democrática. É essencial que as pessoas saibam as informações referentes a eles mesmos, tanto que para isso há o habeas data como remédio constitucional para os casos de recusa ao pedido de informações, é importante que a sociedade saiba do que está acontecendo no país e ao redor do mundo, mas é dispensável saber sobre o passado de uma pessoa quando não se trata de algo criminoso. Não é relevante saber se uma pessoa foi atriz ou não, se foi modelo ou não, com quem se relacionou ou deixou de se relacionar, eis que fazem parte da esfera íntima.

Apesar do direito à informação estar previsto na Constituição, a verdade é que ele não aparece na Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual foi assinada e ratificada pelo Brasil. Por outro lado, o art. 11 estabelece que:

1. toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências e tais ofensas.

Neste sentido, o Enunciado 531 elaborado durante a VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, em 2013, positivou que “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.” Dito de outro modo, o enunciado em questão deu prioridade ao direito à honra, que é o que se busca proteger quando se pleiteia o direito ao esquecimento.

Quando se afirma que uma pessoa pública ou notória renuncia seus direitos fundamentais, isso não é uma completa verdade, eis que ela permanece com o direito de mandar parar a exposição feita outrora se os fatos são irrelevantes para a sociedade. Uma coisa é direito ao esquecimento, o qual não permite reescrever a própria história, e outra, bem diferente, é o direito de não ser facilmente encontrado por meio do provedor Google. A pessoa jamais perderá o direito de mandar parar!

Um posicionamento diferente deste, que desconsidera a vontade do ser humano de se auto preservar ou de mudar de ideia sobre algo que fez no passado não tem relação com o direito à informação, eis que ninguém tem direito à informação a respeito da vida de alguém ou sobre a nudez de pessoas que, no máximo, são conhecidas pela mídia, mas desconhecida por parte da maioria das pessoas.

Uma vez que se entende que, sim, o direito à informação tem que primar sobre a honra de uma pessoa em relação a um fato particular de sua vida, percebe-se o utilitarismo da vida humana e o quão essa pessoa está sendo útil para a felicidade, bem-estar e curiosidade geral, sob amparo do abuso do direito à informação.

3 I DO UTILITARISMO PRESENTE NO ABUSO DO DIREITO À INFORMAÇÃO

Utilitarismo é uma corrente filosófica que calcula uma ação como boa em virtude da quantidade de beneficiários. Se algo provoca dor em uma pessoa, mas prazer em centenas de pessoas, então a ação é moral e válida.

Sen (2011, p. 317) alerta que “o cálculo utilitarista baseado na felicidade ou satisfação dos desejos pode ser profundamente injusto com aqueles que passam privações de forma persistente, uma vez que nossa disposição mental tende a se ajustar às circunstância, sobretudo para tornar a vida suportável em situações adversas.”

Ao ver de Barreto (2013, p.73), “em cada pessoa reside a humanidade, que se constitui no objeto de respeito a ser exigido de todos os outros homens.” Na mesma linha, Sandel (2014, p. 135), ao abordar o utilitarismo, conclui que “se todos os seres humanos são merecedores de respeito, não importa quem sejam ou onde vivam, então é errado tratá-los como meros instrumentos da felicidade coletiva.”

A pessoa pertence a si mesma, não aos outros e com base nisso, jamais deve ser tratada como se estivesse à disposição da sociedade como um todo, tal como fica em tempos de Google, ou seja, em um momento em que suas fotos podem ser divulgadas em um alcance acelerado como nunca antes.

O direito à informação tem recebido elevado grau de importância pelas Cortes Superiores. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, já se manifestou no sentido de que “não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na ‘web’, reprimir o direito da coletividade à informação”.

O Superior Tribunal de Justiça, em um acórdão relativo um processo relatado pela ministra Nancy Andrighi, estabeleceu que não há motivos “para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, até então, se encontra publicamente disponível na rede para divulgação”.

Uma das críticas feitas aos pedidos de retirada de informações de circulação é apontada por Ramos (2019, p. 694), que menciona o fato de que a “relevância social de um fato pretérito a ser divulgado não pode ser decidida pelo Poder Judiciário, devendo

os órgãos de comunicação serem livres para informar o que consideram de interesse público”. Ora, se assim o fosse, não haveria mais ponderação entre direito à informação e à privacidade, eis que se os órgãos de comunicação tivessem a palavra final sobre o que deve ou não ser divulgado, haveria sempre primazia do direito à informação e isso configuraria uma afronta ao princípio do livre acesso à justiça prevista no art. 5º, XXXV da Constituição Federal que prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

O Século XXI tem sido marcado por uma nova forma de auto promoção, seja por questões pessoais, seja por questões de trabalho. Quem não se divulga, acaba perdendo a oportunidade de fazer o seu trabalho conhecido, perdendo a chance de se estabelecer no mercado, entretanto, Bauman (2014, p. 55) entende que o desejo por reconhecimento social, acaba por transformar a área de privacidade em um “lugar de encarceramento, sendo o dono do espaço privado condenado e sentenciado a padecer expiando os próprios erros.”

Nas palavras de Cancelier, “mesmo havendo sua evasão, a privacidade permanece e não pode ser violada. Ademais, a vontade de privar não pode ser igualada à vergonha ou ao errado, mesmo que a motivação para o esconder seja essa. Ao contrário do que se possa parecer, diante de uma sociedade que valoriza como nunca a exposição, querer não mostrar não é condenável.”

Direitos não devem se basear na felicidade da maioria das pessoas. A abordagem utilitarista é justamente aquela que, segundo Sandel (2017, p. 137) “devemos definir a justiça e determinar a coisa certa a fazer perguntando-nos o que maximizará o bem-estar ou a felicidade da sociedade como um todo.”

A vertente utilitarista, quando aplicada ao direito à informação, tem o condão de transformar pessoas em objeto e deveria ser limitado quando o titular do direito pedisse que parasse, não importa a via utilizada, seja por contato direto ao dono do site, algo viável quando se trata de apenas alguns poucos sites incômodos, seja por meio da proposição de ação inibitória perante o Poder Judiciário, algo mais recomendável quando se trata de milhares de websites.

Para Kant, o princípio utilitarista da felicidade não contribui em nada para o estabelecimento da moralidade, pois fazer um homem feliz difere de tornar ele um homem bom. Isso significa que a sociedade, a qual é beneficiada pelo acesso às informações, muitas vezes as utilizam com os piores objetivos, tais como humilhar, fofocar, julgar, dentre outros.

A decisão proferida no caso Xuxa e em outro semelhante, de uma pessoa cujo nome foi mencionado com S.M.S. manifestam a objetificação humana que ocorre quando se indefere a desindexação do próprio nome de sites com conteúdo indesejado, tal como verificar-se-á no próximo e último item do presente artigo.

4 I DA OBJETIFICAÇÃO JUDICIAL DE XUXA MENEGHEL

A apresentadora Maria da Graça Xuxa Meneghel ingressou com uma ação inibitória em face da Google Brasil Internet Ltda. requerendo que o google não apresentasse qualquer resultado quando alguém buscasse a expressão “Xuxa pedófila” ou algo que levasse à sua atuação no filme Amor, Estranho Amor.

Na primeira instância, a apresentadora perdeu e o mesmo ocorreu quando o processo chegou à 19ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

O caso foi, posteriormente, julgado, por via de recurso especial, em junho de 2012 e, apesar de não mencionar o direito ao esquecimento, se trata de uma situação em que a apresentadora gostaria de não mais ser julgada por seu passado.

No caso, o direito à informação prevaleceu, mas isso não significa que a justiça foi feita, especialmente se for compreendido que o direito à informação, no caso, levou à objetificação humana da apresentadora, eis que continuou vitimada à permanecer à mercê da bisbilhotice alheia e ao julgamento de quem a não conhece.

Embora tenha sido reconhecida a possibilidade técnica de aplicar tal comando, julgou-se que tal medida teria pouca efetividade, pois o conteúdo que se deseja suprimir poderia ser acessado quando qualquer outro critério de pesquisa fosse utilizado, sendo passível de ser acessado em uma busca feita no mesmo, ou em outro provedor de pesquisa localizado em outro país. Juridicamente, a Ministra Relatora afirmou que este tipo de restrição constituiria uma forma de censura. A possibilidade de suprimir toda e qualquer imagem ou link que retorne de uma pesquisa implicaria na violação do direito ao acesso à informação (art. 20, CF) Portanto, concluiu-se que os provedores não poderiam ser obrigados a excluir do seu sistema os resultados de uma pesquisa feita por determinado termo ou expressão. (FRAJHOF, 2019, p. 128)

A honra subdivide-se em honra subjetiva e honra objetiva. Pela primeira, trata-se da autoestima, do sentimento da própria dignidade, da consciência do seu próprio valor moral e social. Pela segunda, a honra trata do conceito que o indivíduo desfruta perante a sociedade. É a reputação que ostenta. (GODOY, 2008, p. 28). A honra é um direito que precisa ser respeitado e deve haver cuidado por parte dos julgadores a avaliar processos cujo pedido tenham como base o direito à honra.

Não é possível afirmar que o conteúdo divulgado pela expressão Xuxa pedófila a prejudicou, eis que se trata de uma apresentadora mais famosas e mais ricas do Brasil. De Cupis (2004, p. 122) explica a importância da boa fama para uma pessoa, ensinando que esta “constitui pressuposto indispensável para que ela possa progredir no meio social e conquistar um lugar adequado, e, por sua vez, o sentimento da própria dignidade pessoal representa uma fonte de elevada satisfação espiritual.”

É inquestionável que a apresentadora não foi prejudicada na carreira, mas, sem dúvidas, ela se sente afetada em sua satisfação espiritual, tanto que ingressou com um processo. Por mais que o filme tenha um teor condenável, ela apenas foi contratada

como atriz. Não foi a apresentadora quem escreveu o filme, mas foi ela que se tornou caracterizada como pedófila e a Corte ao negar o seu direito.

De acordo com o acórdão,

8. Preenchidos os requisitos indispensáveis à exclusão, da 'web', de uma determinada página virtual, sob a alegação de veicular conteúdo ilícito ou ofensivo – notadamente a identificação do URL dessa página –, a vítima carecerá de interesse de agir contra o provedor de pesquisa, por absoluta falta de utilidade da jurisdição. Se a vítima identificou, via URL, o autor do ato ilícito, não tem motivo para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, até então, se encontra publicamente disponível na rede para divulgação. (Reclamação 15955 MC/RJ)

Como assim, falta de interesse de agir? Juridicamente, isso significa que a autora deveria, no lugar de ingressar com o processo apenas pedindo o desligamento da expressão “Xuxa pedófila” dos sites que aparecem, enviar uma mensagem ou processar os donos dos 27.100 sites que aparecem na internet (pesquisa realizada em 25 de julho de 2020).

O Supremo Tribunal Federal não honrou os direitos humanos da apresentadora, criando um aparato burocrático desnecessário. De fato o desvinculamento não resolveria o problema de apagar a história, afinal, o direito ao esquecimento não permite ao indivíduo reescrever a própria história.

A título de exemplo, vale mencionar que em março de 2018, o direito ao esquecimento não foi acolhido pelo TJRJ, na apelação nº 0221798-40.2014.8.19.0001, referente à uma ação de obrigação de fazer cumulada com indenização proposta por uma mulher que foi condenada a 21 anos de reclusão pela prática de crime de latrocínio e que queria ver o processo retirado do provedor de busca do réu. A desembargadora Maria Luiza de Freitas Carvalho entende que o “direito ao esquecimento não atribui a ninguém o direito de apagar os fatos ou reescrever a própria história, mas apenas discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos.”

Situação diferente é a da apresentadora Xuxa, a qual não é uma pedófila, mas sofre há anos com essa vinculação que serve apenas para duas coisas: satisfazer curiosos que não terão a vida em nada mudada ao ver cenas do filme e para violar a dignidade, a honra e a privacidade da apresentadora.

O que Xuxa pleiteava, na verdade, não era o direito ao esquecimento, pois isso seria uma utopia diante da infalibilidade da memória de um computador, ela reivindicava, sim, o direito de não ser encontrada, ou seja, nas palavras de Bezerra Junior (2018, p. 217), “o de dificultar a atuação dos mecanismos de busca que permitam ressuscitar notícias, referências ou fatos fora de contexto ou desprovidos de atualidade e relevância social.” Algo extremamente viável em uma ação inibitória.

Curiosamente, o tema é divergente nas instâncias de segundo grau. Frajhof (2019, p. 132) traz um caso em que a primeira instância julgou procedente o pedido da autora que queria o desvinculamento de seu nome das fotos em que aparece nua. O pedido, tal

como o pleiteado por Xuxa, foi julgado improcedente por ausência de interesse de agir por parte da autora e ilegitimidade passiva da empresa Google, mas a sentença foi revertida pela segunda instância que deu provimento à petição da autora. Contudo, a empresa Google interpôs recurso especial e a Ministra relatora Nancy Andrighi concluiu que manter o acórdão, o qual priorizou a dignidade e a privacidade da autora, significaria atribuir ao provedor a função de censor digital, que passaria a vigiar o que pode ou não ser acessado pelo público em geral.

Assim, mantendo o entendimento do STJ, firmado no caso da apresentadora de TV, concluiu-se que não existiria no ordenamento jurídico brasileiro fundamento normativo para imputar ao Google “a obrigação de implementar o direito ao esquecimento” de S.M.S., uma vez que tal obrigação deveria recair diretamente sobre o responsável pela informação na internet. (FRAJHOF, 2019, p. 133)

Pessoas públicas e notórias, cotidianamente, são vítimas de abusos por parte de indivíduos e donos de sites que acreditam que aquele que abre mão de sua privacidade permitem, tacitamente, a divulgação de imagens inadequadas e a eternização de situações passadas, que desejam esquecer, e tudo isso em nome do sensacionalismo.

A princípio poderia se vislumbrar a esperança de decisões deste gênero serem revertidas no Supremo Tribunal Federal, entretanto, o caso Xuxa versus Google, julgado pela Suprema Corte, mostra a tendência a priorizar o direito à informação quando indefere demandas sob a justificativa da falta do interesse de agir e da ilegitimidade passiva da Google. Ora, não necessariamente a pessoa deseja ser esquecida ou requer que tudo se apague pois a tecnologia é tamanha que, praticamente, nada se apaga, mas, sim, a pessoa pode apenas querer a desindexação do seu nome de algo negativo.

Privacidade, intimidade, honra e informação são direitos fundamentais, mas a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, de acordo com o art. 1º, III da Constituição Federal. Graças ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, Xuxa Menghel continua vinculada a sites pela expressão “Xuxa Pedófila e S.M.S. continua tendo a sua nudes exposta para todo o mundo. Sem dúvidas, isso significa objetificar o ser humano.

Bezerra Junior (2018, p. 114) levanta uma crítica à ideia de permissão, ampla e irrestrita, para que um determinado fato da vida de alguma pessoa seja retratado, de forma indefinida no tempo “ao simples argumento de historicidade ou por apego a um vago interesse jornalístico.” Isso pode representar uma permissão para um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já ocorreu.

Assim, é imperioso que os Tribunais mudem de postura e entendam que não temos direito à informação relacionada à nudez alheia ou sobre a má escolha profissional de uma apresentadora. A alegada falta de interesse de agir de um autor que demanda a desindexação de seu nome sobre algo e a ilegitimidade passiva do buscador para constar

como réu em um processo apenas demonstra a face mais cruel do direito à informação: a objetificação da vida humana.

5 | CONCLUSÃO

O direito ao esquecimento é um novo direito advindo com o avanço das tecnologias da era da informática e reforçado pelo marco civil da internet positivado pela Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, reconhecido internacionalmente e no âmbito nacional, como inerente à dignidade humana. Não apenas informações falsas ou verdadeiras negativas podem refletir na dignidade e nos direitos da personalidade de alguém, afinal, até mesmo informações positivas, como um ato de caridade, podem causar prejuízo a alguém devido à exposição.

Atualmente, é necessário traçar de modo mais nítido o liame entre exposição e privacidade, eis que a atual sociedade mundial valoriza a exposição própria e isso não pode ser visto como renúncia ao direito à privacidade, a qual existe mesmo em meio a multidão.

Em cada pessoa reside a humanidade, que se constitui no objeto de respeito a ser exigido de todos os outros homens, assim se todos os seres humanos são merecedores de respeito, não importa quem sejam ou onde vivam, então é errado trata-los como instrumentos da felicidade coletiva. A pessoa pertence a si mesma, não aos outros e com base nisso, jamais deve ser tratada como se estivesse à disposição da sociedade.

Em outras palavras, o avanço das mídias sociais tem levado à eternização de fatos aos olhos do público que, muitas vezes, desejam ser esquecidos e, infelizmente, o Poder Judiciário tem rechaçado o direito à honra, à intimidade e à vida privada em benefício do direito à informação. Não é apenas o sensacionalismo que tem o condão de machucar, mas a exposição repetitiva e eterna também tem o condão de objetificar seres humanos.

Uma página, ao ser publicada, torna-se mundial em segundos e dependendo da notoriedade da pessoa, diversos sites surgem ao mesmo tempo. Os Tribunais superiores têm adotado uma postura, no mínimo, ingênua, acreditando que se o autor da ação, no lugar de processar a Google, fizesse o requerimento a cada dono de página (no caso da apresentadora Xuxa, 27.100 websites), todos iriam obedecer o pedido de retirada do conteúdo.

É mais fácil, sim, ingressar com a ação contra a Google requerendo a desindexação do nome do conteúdo indesejado, eis que, para muitos, já basta o direito de não ser encontrado, pouco importando o direito ao esquecimento. Uma vez ocorrida a desvinculação, se torna cada vez mais difícil as atuais e futuras gerações saberem sobre algo que uma pessoa tem direito de não querer que saibam, especialmente se não é algo relacionado à memória nacional histórica. Em nada importa se a apresentadora Xuxa gravou um filme condenável ou as fotos nuas de S.M.S., e caso o Poder Judiciário se prenda à ilegitimidade passiva do

Google e à falta de interesse de agir da parte autora, apenas está estimulando algo ainda mais condenável em um Estado Democrático de Direito: a objetificação da pessoa humana, de modo que esta seja, para sempre criticada pelas mais diferentes gerações em virtude dos abusos advindos do direito à informação.

REFERÊNCIAS

- BARRETO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- BEZERRA JUNIOR, Luis Martius Holanda. **Direito ao esquecimento**. São Paulo: Saraiva, 2018.
- CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. O direito à privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro. **Sequência**. Florianópolis. Nº 76, pp. 213-240, ago. 2017.
- DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana Jurídica, 2004.
- FRAJHOF, Isabella Z. **Direito ao Esquecimento na Internet**. São Paulo: Almedina, 2019.
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa?** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das letras, 2011.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida cautelar na Reclamação nº 15.955**. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/9/art20140929-02.pdf>. Acesso em 20 de julho de 2020.

CAPÍTULO 11

A TRANSPARÊNCIA DOS ATOS PÚBLICOS COMO VALOR FUNDAMENTAL DA DEMOCRACIA NO SÉCULO XXI

Data de aceite: 01/11/2020

Data de submissão: 21/08/2020

Thiago Flores dos Santos

Universidade de Fortaleza – UNIFOR.

Universidade do Estado do Amazonas – UEA.

<http://lattes.cnpq.br/5432741138842086>.

RESUMO: O presente artigo foi elaborado a partir da reflexão acerca do contexto recente da democracia brasileira, diante da crescente insatisfação popular com o exercício das atividades governamentais pelo Estado. Assim, se pretende fazer uma abordagem acerca da relação entre a transparência dos atos públicos com a democracia, especialmente, diante dos problemas que enfrentados para a consolidação dos ideais democráticos. Também será realizada uma análise dos instrumentos legais que possibilitam a transparência nos atos públicos no Brasil, especialmente, relacionados à Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação). A escolha do presente tema se justifica pela necessidade de consolidação da democracia no Brasil, por meio da transparência dos atos públicos, diante do cenário recente de crescente insatisfação popular com o Estado. A pesquisa será bibliográfica e o método a ser utilizado é o dedutivo, partindo do geral para o particular. Espera-se que o presente trabalho possibilite uma reflexão sobre a necessidade de aprimoramento dos instrumentos legais de transparência, possibilitando o incentivo à participação popular no processo político e no acompanhamento das atividades estatais como forma de consolidação da democracia brasileira.

PALAVRAS-CHAVE:

Democracia representativa, Transparência nos atos públicos, Lei de Acesso à Informação.

THE TRANSPARENCY OF PUBLIC ACTS AS A FUNDAMENTAL VALUE OF DEMOCRACY IN THE 21ST CENTURY

ABSTRACT: This article was elaborated from the reflection on the recent context of Brazilian democracy, in view of the growing popular dissatisfaction with the exercise of governmental activities by the State. Thus, the intention is to approach the relationship between the transparency of public acts and democracy, especially in view of the problems faced for the consolidation of democratic ideals. An analysis will also be carried out of the legal instruments that allow transparency in public acts in Brazil, especially related to Law n.º 12.527, of November 18, 2011 (Law on Access to Information). The choice of the present theme is justified by the need to consolidate democracy in Brazil, through the transparency of public acts, given the recent scenario of growing popular dissatisfaction with the State. The research will be bibliographic and the method to be used is the deductive one, starting from the general to the particular. It is hoped that the present work will allow a reflection on the need to improve the legal instruments of transparency, enabling the encouragement of popular participation in the political process and in the monitoring of state activities as a way of consolidating Brazilian democracy.

KEYWORDS: Representative democracy, Transparency in public acts, Access to Information Law.

1 | INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 representou um marco legal importante para consolidação da democracia no Brasil ao prever instrumentos que exprimem os ideais democráticos construídos pela humanidade, dentre os quais a ampla transparência dos atos públicos, sendo que a partir do texto constitucional foram editadas leis infraconstitucionais que regulamentam o direito fundamental ao acesso à informação, de modo a tornar esses atos públicos mais transparentes para a sociedade. Do mesmo modo, por meio do texto constitucional se promoveu a criação de instrumentos legais e medidas de controle público e social, de forma a serem fortalecidas as medidas que propiciam a transparência dos atos públicos e, conseqüentemente, os ideais democráticos no país.

A transparência pressupõe o exercício da atividade pública com respeito aos preceitos legais, éticos e morais. Para os representados em uma democracia representativa – constituída pelos diversos agentes que compõem a sociedade, seus representantes eleitos democraticamente não podem agir livremente, privilegiando interesses individuais em detrimento do coletivo, pois são detentores de um poder outorgado, pertencente aos cidadãos, cujos interesses devem ser resguardados e defendidos, visando o bem comum. Tais responsabilidades se tornaram imperiosas a partir da formação do Estado e da investidura dos indivíduos nas diversas funções estatais, sendo a mesma aplicável a todos os agentes públicos independentemente da forma de provimento na função pública.

A consolidação dos ideais democráticos em uma nação está diretamente relacionada com a valorização das liberdades individuais, o respeito aos direitos humanos, a promoção da liberdade de imprensa, o livre exercício do direito ao voto, a paridade de condições para a elegibilidade, a promoção do livre comércio, dentre outros elementos, que devem ser assegurados pelo Estado, sendo que a transparência se mostra como fundamental para que seja possível um adequado acompanhamento pela sociedade do exercício da atividade pública.

Desta forma, constitui o objetivo do presente trabalho a reflexão acerca da relação entre a consolidação dos ideais democráticos pelo Estado e a transparência dos atos públicos, considerando que há uma dependência entre esses dois elementos, uma vez que um dos pilares da democracia é a transparência no exercício das atividades públicas, o que permite a fiscalização e a participação mais efetiva dos cidadãos na tomada de decisão.

Do mesmo modo, se pretende analisar a evolução da transparência nos atos públicos no Brasil, levando-se em consideração, especialmente, a transição política ocorrida no Século XX no país, em que se migrou de um governo ditatorial para a democracia representativa, bem como, avaliar quais são os principais mecanismos legais que promovem a transparência dos atos públicos no país com o intuito de ser realizada uma análise sob os mesmos possibilitando que sejam minimizados os efeitos da crise de representatividade e da descrença crescente na atuação estatal, seja ela derivada do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário.

Neste sentido, destaca-se que o legislador constitucional no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 226, consagrou o direito fundamental de acesso à informação, que no Brasil foi regulamentado por meio da Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011, estabelecendo a publicidade nos atos públicos como a regra geral e o sigilo à informação como exceção, cabível somente para os casos especificados em lei e mediante procedimento específico de classificação.

Por fim, a presente pesquisa se mostra importante pela necessidade de se consolidar a democracia no Brasil, especialmente, diante dos recorrentes casos de corrupção envolvendo agentes públicos no país, o que conduz a uma incredulidade crescente dos cidadãos nos poderes constituídos, sendo que a transparência dos atos públicos se mostra não somente como um instrumento legal formal, mas como elemento de consolidação da democracia e que possibilita maior participação dos cidadãos nas questões do Estado.

21 ASPECTOS ACERCA DA EVOLUÇÃO DA DEMOCRACIA COMO REGIME POLÍTICO DO ESTADO

Não há consenso doutrinário no que diz respeito ao local e período em que decorreu o surgimento da democracia no mundo, sendo que a ideia disseminada majoritariamente aponta para o nome de Péricles, que viveu entre 495 e 429 a.C., o qual foi governador de Atenas por mais de 30 anos, pelo que, conforme Magalhães (2012, p. 56), nessa época, embora Atenas fosse, nominalmente, uma democracia, sob Péricles não era o *démos*, a multidão, quem comandava as ações políticas, mas sim seu mais proeminente líder o que significava que, para Tucídides, quanto mais se restringe a intervenção do *démos*, com sua típica e natural exaltação, maiores as possibilidades de se alcançar uma condução equilibrada e acertada das questões de interesse comum.

Apesar desta conceituação, era estabelecida em Atenas a democracia direta, no sentido de que se permitia a participação dos cidadãos nas reuniões em praça pública para a votação das regras e resolução de questões políticas que afetavam a *pólis*. Destaque-se que não eram todos os cidadãos que podiam participar das reuniões em praça pública, uma vez que não se permitia a participação de negros e mulheres, o que foi sabidamente abolido no processo evolutivo da democracia.

Por sua vez a democracia indireta, consagrada na Constituição da República de 1988¹, derivou da evolução da democracia direta com base na percepção de que as pessoas votavam prioritariamente em assuntos de seu interesse, não privilegiando o interesse coletivo ou da maioria. Conforme Bastos (2011, p. 282-283) apesar da origem antiga com da democracia representativa, a Revolução Francesa impulsionou a ideia de representação, sendo que uma primeira justificação para a democracia deu-se em razão do

1. Estão previstos em diversos dispositivos da Constituição de 1988 os elementos que demonstram a adoção do modelo de democracia indireta ou representativa no Brasil, conforme dispõe o preâmbulo, o parágrafo único do art. 1º, o art. 45, o art. 46, dentre outros dispositivos.

absolutismo, pela reivindicação da liberdade (por meio da linha liberal que passa por Locke, Espinosa, Kant, Tocqueville e J. Stuart Mill) e depois com a reivindicação da igualdade (com a linha social de Rousseau e Marx), em presença do totalitarismo (ideológico e tecnológico) do Século XXI.

Se faz importante mencionar que com o advento das duas grandes guerras mundiais, na primeira metade do Século XXI houve uma redução das nações democráticas, com resultados drásticos para a humanidade, haja vista a perda da vidas de milhões de pessoas neste período marcado pelo totalitarismo e pela tentativa de expansão do domínio territorial pelos países do Eixo (Alemanha, Itália e Japão), o que demonstra a relação intrínseca entre a democracia e o respeito aos direitos humanos.

Com o fim do totalitarismo, a democracia passou a ser consagrada nas Constituições e nas práticas sociais de diversas nações, com a consagração de novos direitos, visando a fraternidade entre os povos, o desenvolvimento e a paz universal. Neste sentido, em 24 de outubro de 1945 foi criada a Organização das Nações Unidas – ONU, para a promoção da cooperação internacional em assuntos de interesse comum dos países membros.

Bonavides (2008, p. 148-149) leciona que as grandes mudanças ocorridas na segunda metade do Século XX têm muito a ver com as ideias e crenças disseminadas durante o Século XVIII por uma filosofia cujo momento culminante, em termos de efetividade, foi a Revolução Francesa, sendo que aquela comoção revolucionária produz até hoje correntes de pensamento que transformam ou tendem a transformar a sociedade moderna, içando a favor do homem a tríade liberdade, igualdade e fraternidade, decretando, com seus rumos o presente e o futuro da civilização.

Apesar de momentos históricos em que a democracia esteve ameaçada a partir de movimentos sociais e políticos em diversos países, indubitavelmente, a partir da democracia os atos públicos passam a gozar de maior legitimidade, possibilitando, ao menos em tese, que os representantes do Estado possam expressar a vontade legítima dos seus representados, sendo tal valor amplamente consagrado nas constituições, em especial, na Constituição de 1988.

O autor Sartori (1994, p. 257 e 258) lecionando acerca da maior facilidade da democracia para a legitimação do Estado menciona que a pressão demográfica, a interdependência crescente da sociedade industrial e de serviços, a demanda por bem estar e por formas de sociedade mais planejadas, racionais e funcionais, levou governos contemporâneos a preocuparem-se com tudo e com todos, objetivando a legitimação do Estado perante os cidadãos, sendo que nenhuma fórmula política possui a capacidade de justificar a expansão total do poder político com tanta facilidade quanto a democracia.

31 A RELAÇÃO ENTRE A TRANSPARÊNCIA E A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Com o crescimento na quantidade de nações democráticas, conforme os dados acima, surge uma necessidade cada vez maior dos cidadãos de percepção da transparência nos atos dos governantes como valor fundamental para o exercício dos poderes estatais. A exigência social para a efetividade de direitos básicos do ser humano, crescente com o modelo democrático de governo, impõe a necessidade aos detentores do poder de dar transparência aos seus atos e justificá-los perante a sociedade.

De acordo com Moraes (2012, p. 279), acerca da realização do ideal democrático, há necessidade dos cidadãos estarem permanentemente atentos à evolução da coisa pública, informados dos acontecimentos políticos, conhecedores dos principais problemas relacionados à administração pública, com capacidade para escolher dentre as alternativas apresentadas pelas forças políticas e fortemente interessados em formas diretas ou indiretas de participação, com isso, leciona o autor que há uma relação de dependência entre a necessidade de participação popular direta ou indireta no desenvolvimento das atividades públicas com o exercício pleno da democracia.

A participação popular referida pelo autor acima somente é possível mediante a transparência na consecução dos atos públicos, promovida por meio de instrumentos jurídicos que favoreçam a participação popular no exercício das atividades da Administração Pública e o acesso livre à informação junto àqueles que trabalham com a coisa pública, informação esta que deve ser disponibilizada de forma ampla, ou seja, por meios alcançáveis à sociedade em geral, em linguagem acessível e em prazo razoável, havendo a necessidade de serem criados e aprimorados mecanismos jurídicos que favoreçam esse nível de transparência nos atos públicos de modo a possibilitar a realização mais adequada da democracia representativa.

Há uma relação direta entre a democracia e a exigência de transparência nos atos públicos, visto que com a emancipação da sociedade civil do sistema político ocorrida inicialmente com o Estado liberal e alargada no Estado democrático, conforme o mencionado pelo autor Bobbio (2015, p. 62), a sociedade civil tornou-se cada vez mais uma fonte inesgotável de demandas dirigidas ao governo, ficando este, para bem desenvolver suas funções, obrigado a dar respostas sempre adequadas.

Se há necessidade de atendimento das demandas da sociedade e a quantidade de demandas sempre é maior do que a possibilidade de realização das mesmas pelo Poder Público, a transparência mostra-se como essencial para gerar, no mínimo, maior conformismo social e crença nos ideais democráticos, vez que se pode ter a certeza de que as demandas priorizadas pelo Estado estão sendo adequadamente desenvolvidas e, se não forem, os mecanismos jurídicos de apuração de responsabilidade e ressarcimento ao erário público deverão ser aplicados com a possibilidade dos eleitores de substituir os seus representantes eleitos segundo as regras do sistema democrático.

Para Kalyvas (2013, p. 72 e 73) a política constitucional ocorre quando a constituição é entendida politicamente e a política é analisada constitucionalmente, ou seja, a existência de leis ordinárias e superiores pressupõe o exercício do poder constituinte do povo. Nesse sentido o autor leciona que a legitimidade no sistema democrático depende de o quanto a política constitucional é livre, inclusiva e promova a participação igualitária. Mediante a análise desse conceito, podemos afirmar que a legitimação da democracia passa pela liberdade na criação de mecanismos legais que promovam a valorização dos ideais democráticos, ou seja, que traduzam a vontade e o interesse da população.

Entretanto, há uma dificuldade para os cidadãos manifestarem sua vontade sem o mínimo de conhecimento do funcionamento, da capacidade de cumprimento e da execução das atividades públicas, sendo que o incentivo à participação popular e à transparência na execução dos atos públicos mostra-se como fundamental para se evitar uma discrepância acentuada entre os desejos da população em relação aos poderes públicos constituídos e a real capacidade do Estado de prover essas necessidades da sociedade.

Faz-se necessário um diálogo permanente entre a sociedade e as instituições públicas de forma a serem identificadas as prioridades e reais necessidades da população para que seja provido o adequado atendimento a essas demandas, bem como, para ser alcançado maior nível de satisfação com o Estado e seus representantes, em detrimento da recente crise de representatividade que afetam algumas das principais nações democráticas do planeta cuja causa está diretamente relacionada ao não atendimento das demandas sociais, incapacidade de asseguarção dos direitos básicos do cidadão, aumento da desigualdade social e à corrupção no exercício das atividades públicas, mesmo em nações mais desenvolvidas como os Estados Unidos da América.

4 | A TRANSPARÊNCIA NOS ATOS PÚBLICOS NO BRASIL

A possibilidade de escolha dos governantes por meio do voto dos cidadãos é condição fundamental para a existência da democracia e sem o livre exercício do voto por meio de processo eleitoral têm-se governos absolutistas, não legitimados pelos cidadãos. Por outro lado, há nações em que a escolha dos representantes se dá por meio do processo eleitoral, entretanto, a restrição às liberdades civis e o desrespeito aos direitos humanos caracterizam a falha no processo democrático, caracterizando-as como “democracias imperfeitas”.

O Brasil passou por três períodos democráticos ao longo de sua história em que a população participou do processo eleitoral para a escolha de governantes. Segundo Nicolau (2007, p. 299) as eleições democráticas para a escolha dos governantes do país, ocorreram entre 1891 e 1930, período em que foram eleitos onze presidentes escolhidos por maioria absoluta de votos da população, bem como, entre 1945 a 1964 em que a escolha se deu por sistema de maioria simples e por fim, após vinte e um anos de regime autoritário,

com a redemocratização do país ocorrida em 1985, em que foi eleito democraticamente Tancredo Neves, sendo que a partir daí até os dias atuais perdura o sistema da democracia representativa, de escolha dos governantes diretamente pela população.

Ao longo da história no Brasil, diversas foram as legislações que visavam regular a veiculação pública de informações, como a Lei portuguesa de 12 de julho de 1821 a qual tratava da contenção dos excessos na livre manifestação do pensamento pela imprensa, e o Decreto n.º 4.291 de 17 de janeiro de 1921 que continha restrições às atividades de imprensa, entretanto, no período ditatorial vivenciado entre 1945 e 1965 houve os maiores conflitos sociais em virtude dos ideais democráticos que permeavam na nação brasileira naquela época, em que se vislumbrava a necessidade de livre informação da população acerca das atividades públicas, em um período em que a mediante a utilização da força armada pelo governo ditatorial havia restrições às liberdades no país.

Nesse período foi criada a Lei n.º 5.250 de 9 de fevereiro de 1967 (Lei de Imprensa) que regulava a liberdade de manifestação do pensamento e da informação, a qual resultou na censura de jornalistas e a repressão à veiculação de informações públicas, considerando a subjetividade e imprecisão de dispositivos da lei que criminalizavam, por exemplo, a publicação de notícias falsas ou fatos verdadeiros truncados ou deturpados que provocassem a perturbação da ordem pública ou alarma social. Mediante a interpretação do mencionado dispositivo houve a prisão de inúmeros jornalistas e a retirada de circulação de jornais e periódicos.

A mencionada lei perdurou até o ano de 2009, ocasião em que foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal por incompatibilidade material insuperável em relação à Constituição da República de 1988, na qual se adotou uma posição firme em relação à proibição de qualquer tipo de censura, conforme o art. 5º, IX que prevê que é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença, bem como, o art. 220, § 2º que prevê a vedação a toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Um dos elementos necessários para a transparência dos atos públicos é a liberdade de imprensa, pois sem a possibilidade de veiculação livre de informações públicas, como ocorreu nesse período ditatorial vivenciado dentre 1945 e 1965 no Brasil, os cidadãos não tem como acompanhar e fiscalizar os atos do Poder Público. Nesse sentido, como elemento essencial para garantir a livre divulgação das atividades estatais, foi estabelecido o direito fundamental de todos ao acesso à informação, à livre expressão da comunicação, independente de censura ou licença, bem como, a livre manifestação do pensamento e a veiculação irrestrita da informação, conforme o art. 5º, IV, IX e o art. 220 da Constituição da República de 1988.

Segundo o autor Melo (2008, p. 1.234), a liberdade na veiculação da informação tem por função construir a responsabilidade da cidadania e do bem comum, com base na verdade, não havendo tolerância em um Estado Democrático de Direito de meias verdades,

da fala equívoca ou ambígua, nem a informação sub-reptícia e dotada de reserva mental, devendo ser a mesma se tornar ética e isenta mediante a adoção de padrões éticos.

Logo, o constituinte de 1988 consagrou a liberdade de informação como elemento essencial para a transparência dos atos estatais, de modo que qualquer pessoa, especialmente, os jornalistas e veículos de comunicação, possam operar livremente na veiculação da informação, possibilitando que as ações governamentais sejam amplamente divulgadas propiciando o necessário conhecimento desses atos pelos cidadãos, os quais também possuem o direito fundamental de manifestação livre de opinião sobre os mencionados atos, ressalvadas os casos em que o sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado e resguardada a inviolabilidade da intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

A divulgação de informações, especialmente com o poder de alcance de pessoas pelos meios de comunicação a partir da internet e da capacidade crescente de formação da opinião pública, deve ser realizada de forma responsável, pautada na legalidade, fundamentada na realidade e mediante o exercício de padrões éticos, visto que o agravo indevido pode gerar problemas graves para indivíduos, instituições e a sociedade em geral, bem como, gerar o direito à indenização por danos. Nesse sentido, a Lei n.º 13.188, de 11 de novembro de 2015, foi estabelecida para a regulação do direito de resposta proporcional ao agravo ou a retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social.

O autor Filho (2007, p. 25) acerca da ausência de padrões éticos na divulgação de informações leciona que um dos princípios norteadores de uma democracia plena é exatamente o livre acesso à informação não sendo admitido que a abstração ou manipulação de uma informação ou imagem seja praticada por parte daqueles que o detêm, pois seria um desserviço à população e possui o potencial de induzir o interlocutor a formar seu juízo de valoração com base em apenas um ângulo dos fatos, situação esta que é lesiva, antidemocrática e contrária ao princípio do contraditório.

O direito fundamental da liberdade de informação e da livre manifestação do pensamento deve coexistir com outros direitos fundamentais, como a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, de modo que não é cabível no Estado Democrático de Direito a utilização dos instrumentos de efetividade desses direitos para finalidades ilegais ou ilegítimas, desvirtuando-se o sentido conferido à norma pelo legislador constituinte que é o de possibilitar o exercício do direito de veiculação livre da informação, com responsabilidade, dentro de padrões éticos e que expressem os ideais democráticos de uma sociedade justa e igualitária.

Como modo de possibilitar o conhecimento dos atos públicos pelos cidadãos, a Constituição da República de 1988 consagrou a transparência, também, no art. 37, que trata dos princípios que regem a Administração Pública. Acerca do princípio constitucional da publicidade ou transparência leciona Silva (2000, p. 649) que o Poder Público deve agir

com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham conhecimento do que os administradores estão fazendo, exigindo-se a publicação dos atos da Administração, especialmente, aqueles que devam surtir seus efeitos externos, fora dos órgãos da Administração.

A autora Grotti (2003, p.309) leciona que a transparência ou visibilidade, também tratada como publicidade no ordenamento jurídico é fundamental em um Estado Democrático de Direito em que o poder reside no povo, e que, contrapondo-se à opacidade, ao invisível, ao secreto, colabora para garantir os direitos dos administrados, para facilitar o controle da sociedade sobre os atos governamentais e sobre os comportamentos e decisões administrativas, assim como, granjear a confiança e o apoio do administrado.

Do mesmo modo, com a redemocratização do país e a promulgação da Constituição da República de 1988, foi estabelecido no art. 5º, XXXIII o direito fundamental do indivíduo de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral as quais devem ser prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilização, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

O mencionado dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei n.º 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) a qual estabeleceu medidas importantes para a efetividade do direito fundamental ao acesso à informação pública, dentre os quais, a possibilidade de qualquer interessado apresentar pedido de acesso à informação pública, prazos para a prestação de informações pelos órgãos públicos, recursos no caso de indeferimento de acesso à informação, obrigatoriedade de divulgação de informações na internet independentemente da solicitação, responsabilização pelo descumprimento da lei, dentre outros mecanismos.

Foram criados pelas esferas de governo, canais de acesso à informação na internet que conferem publicidade e transparência aos atos públicos, por meio da veiculação de informações sobre planos, programas e projetos governamentais, estrutura organizacional, remuneração de agentes públicos, dentre outras informações, entretanto, ainda há um longo caminho para que haja a implementação plena desse mecanismo de transparência, considerando que a maioria da população brasileira sequer possui acesso à internet.

Além desse aspecto, as informações veiculadas, por vezes, não são compreensíveis por grande parte da população brasileira e não possibilitam um acompanhamento sistemático dos projetos e programas por parte dos cidadãos, sendo divulgadas somente aquelas de interesse do órgão ou instituição, o que demonstra a necessidade de aprimoramento dos mecanismos de transparência que vêm sendo utilizado, pelo que, se faz necessário que as informações governamentais sejam permanentemente disponibilizadas, como, por exemplo, a disponibilidade em plataforma virtual e em linguagem acessível do andamento da execução física e financeira de obras em fase de implantação, das etapas em execução de programas sociais (Luz para Todos, Bolsa Família, Minha Casa Minha Vida, dentre

outros) com informações acerca de repasses financeiros, bem como, a disponibilização de contratos e aditivos celebrados pela Administração Pública, dentre outras medidas de transparência.

Apesar dos avanços com a criação dos mencionados mecanismos legais, a efetiva implementação da transparência nos atos públicos deve ser aprimorada. Por outro lado, se faz necessário o fomento à participação popular no acompanhamento dos atos praticados pela Administração Pública no Brasil, tendo em vista o cenário de desinteresse e descrença da sociedade com o Poder Público, o que demonstra a existência de uma crise na participação popular vivenciada nas democracias representativas.

Acerca da crise na participação popular nas democracias representativas, autor Bobbio (2004, p. 139), leciona que há ao menos três motivos para esse problema, sendo o primeiro relacionado ao fato de que a participação culmina na formação da vontade da maioria parlamentar, entretanto, o parlamento na sociedade industrial avançada não é mais o centro do poder real. Já o segundo aspecto mencionado pelo autor é que a participação popular limita-se a legitimar uma classe política restrita que tende à própria auto conservação e que é cada vez menos representativa e, o terceiro aspecto, é que no sistema eleitoral a participação é distorcida ou manipulada pela propaganda, sendo que por tais motivos tem ocorrido a apatia política e a despolitização das massas nos Estados dominados pelos grandes aparelhos partidários, havendo a necessidade de a participação democrática ser eficiente, livre e direta por meio de remédios jurídicos e sociais para reavivar a participação e torná-la mais eficiente, citando como exemplo a instituição de órgãos de decisão popular fora dos institutos clássicos do governo parlamentar, o controle popular dos meios de informação e propaganda, dentre outros.

Para a consolidação do direito fundamental do acesso à informação se faz necessário o aprimoramento da forma de repasse de informações à sociedade, entretanto, do mesmo modo, é importante o fomento à participação popular nos atos públicos, seja no processo político ou no acompanhamento da execução das ações governamentais objetivando o fortalecimento da democracia no Brasil.

5 | CONCLUSÃO

Houve um crescimento considerável na quantidade de Estados democráticos a partir da segunda metade do Século XX, motivada por diversos fatores, dentre os quais a necessidade de conter os problemas gerados pelo absolutismo que resultou na Segunda Guerra Mundial, a qual, por meio da imposição da força armada deixou um cenário de destruição e perda de vidas humanas, especialmente, na Europa, bem como, pela necessidade de propiciar o crescimento econômico e a consolidação das instituições do Estado nos moldes ocorridos com as grandes democracias, como os Estados Unidos da América e a Inglaterra.

Do mesmo modo como houve o crescimento na quantidade de nações democráticas, se verificou no Século XX e início do Século XXI uma crescente crise de representatividade política, descrença nos poderes estatais constituídos, bem como, o aumento da corrupção relacionada ao exercício do Poder Político e, com isso, a insatisfação social com a democracia representativa o que constitui uma ameaça à consolidação dos ideais democráticos no planeta, os quais expressam de forma mais justa e igualitária a vontade dos cidadãos.

Assim, foi possível analisar que a consolidação da democracia passa pela necessidade de criação de mecanismos legais que possibilitem a participação popular mais efetiva na vida política das nações democráticas e o aprimoramento e criação de mecanismos de transparência nos atos públicos, visto que a transparência está diretamente relacionada com a consolidação dos ideais democráticos, pois o Estado sendo incapaz de suprir todas as demandas da sociedade, por meio de mecanismos de transparência, justifica as prioridades estabelecidas e possibilita o acompanhamento social da prática de atos pela Administração Pública.

Um dos elementos necessários para a transparência dos atos públicos é a liberdade de imprensa, pois sem a possibilidade de veiculação livre de informações públicas, característico do período ditatorial vivenciado dentre 1945 e 1965 no Brasil, não há como a sociedade acompanhar e fiscalizar os atos públicos, todavia, se faz importante a criação de mecanismos sociais de averiguação de veracidade nas informações divulgadas, evitando-se a proliferação das denominadas “fake news”.

No Brasil, além de definir o direito à liberdade de imprensa, o legislador também consagrou a transparência em diversos dispositivos na Constituição da República de 1988, bem como, em leis infraconstitucionais, sendo que há necessidade de aprimoramento desses mecanismos com a veiculação de informações sobre programas, projetos e ações governamentais possibilitando desde o acompanhamento físico financeiro de atividades, até disponibilidade em portais de transparência de contratos e aditivos celebrados no âmbito da Administração.

Deste modo, se verifica que foi criada uma base legal importante no Brasil como forma de dar efetividade aos postulados que regem o direito fundamental à transparência dos atos públicos, entretanto, tais postulados necessitam ser efetivados por meio do aprimoramento dos meios de divulgação de informações possibilitando que esses dados sejam acessíveis pela sociedade, devendo, também, ser fomentada a participação popular no acompanhamento dos atos públicos, de modo a serem fortalecidos os ideais democráticos no país.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Juliana Cardoso Ribeiro. Uma perspectiva ocidental da democracia e seus reflexos no Oriente Médio. **Revista dos Tribunais Online**. vol. 105/2018 | p. 281 - 302 | Jan - Fev / 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 mar. 2019.

_____. Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 18 nov. 2011.

_____. Lei n.º 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 10 fev. 1967.

_____. Lei n.º 13.188, de 11 de novembro de 2015. Dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 12 nov. 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 10ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 13ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

FILHO, Adalberto Simão. Sociedade da informação e seu delineamento jurídico. In: PAESANI, Líliliana Minardi (Org.). **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas, 2007.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988. Coleção Temas de Direito Administrativo 6**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

KALYVAS, Andreas. **Democracia Constituinte**. Lua Nova – revista de cultura e política, vol. 03, n.º 05. Rio de Janeiro, 2013.

MAGALHÃES, Luiz Otávio de. Tucídides (460 a.C.-404 a.C.). In: PARADA, Maurício (Org.). **Os historiadores: clássicos da história, vol. 1: de Heródoto a Humboldt**. Petrópolis: Ed. Vozes, 2012.

MELO, José Tarcízio de Almeida. **Direito Constitucional do Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MORAES, Filomeno. Participação e representação como instrumentos dos direitos políticos na ordem constitucional brasileira. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier (Org.). **A problemática dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa – desafios materiais e eficáciais**. Joçaba: Ed. UNOESC, 2012.

NICOLAU, Jairo. O sistema eleitoral brasileiro. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Org.). **Sistema político brasileiro: uma introdução**. São Paulo: Editora Unesp, 2007.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 1994.

A NECESSIDADE DE REPENSAR O PARADIGMA BINÁRIO DE GÊNERO

Data de aceite: 01/11/2020

Data de submissão: 05/05/2020

Monalisa Moraes Oliveira Reis

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2020).

Belo Horizonte/MG.

<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/busca.do>

RESUMO: A transexualidade é a constatação de que gênero não está necessariamente diretamente relacionado ao sexo morfológico e, no atual momento de evolução deste fenômeno da natureza humana, gênero não se restringe ao binarismo feminino e masculino. O objetivo deste artigo é analisar as possibilidades para o reconhecimento das pessoas transexuais que não se reconhecem dentro da classificação binária de gênero e, conseqüentemente, a promoção da integração social delas. Para isso, se partirá dos estudos feministas e *queer* para demonstrar que gênero é uma construção sociocultural desvinculado do sexo biológico, e que a heteronormatividade se mantém como ordem dominante em detrimento de minorias que à ela não se encaixam. Estando a atual concepção de gênero da sociologia e prevista na Carta de Yogyakarta com o que tais teorias defendem. Além disso, com a apresentação de medidas que alguns países já vêm adotando em seus ordenamentos jurídicos e através do judiciário, bem como de alguns casos já noticiados pela mídia internacional, é possível verificar que

o reconhecimento de pessoas trans fora do sistema binário de gênero já é uma realidade notória, mas que enfrenta diversos obstáculos na prática que devem ser cuidadosamente analisados. E amparado nos Princípios de Yogyakarta, principal documento internacional sobre direitos humanos que afirmam serem os direitos fundamentais assegurados a todos os seres humanos independente da identidade de gênero, é possível demonstrar a necessidade de se repensar o paradigma binário de gênero para que não se legitime a marginalização, discriminação e a violação da dignidade humana dessas pessoas, o que é inadmissível em um Estado Democrático de Direito, como é o Brasil, visando promover o reconhecimento e integração social dessas pessoas.

PALAVRAS-CHAVE: Transexualidade, Identidade de Gênero, Feminismo, Teoria *Queer*, Estado Democrático de Direito.

THE NEED TO RETHINK THE BINARY GENDER PARADIGM

ABSTRACT: Transsexuality is the realization that gender is not necessarily directly related to morphological sex and, in the current evolution of this phenomenon of human nature, gender is not restricted to female and male binarism. The objective of this article is to analyze the possibilities for the recognition of transsexual people who do not recognize themselves within the binary classification of gender and, consequently, the promotion of their social integration. For this, feminist and queer studies will start to demonstrate that gender is a socio-cultural construction unrelated to biological sex,

and that heteronormativity remains a dominant order to the detriment of minorities that do not fit into it. The current conception of gender in sociology is foreseen in the Yogyakarta Charter with which these theories defend. In addition, with the presentation of measures that some countries are already adopting in their legal systems and through the judiciary, as well as some cases already reported by the international media, it is possible to verify that the recognition of trans people outside the binary gender system has already it is a notorious reality, but it faces several obstacles in practice that must be carefully analyzed. And supported by the Yogyakarta Principles, the main international document on human rights that claim that fundamental rights are guaranteed to all human beings regardless of gender identity, it is possible to demonstrate the need to rethink the binary gender paradigm so that the marginalization, discrimination and the violation of human dignity of these people, which is unacceptable in a Democratic State of Law, as is Brazil, aiming to promote the recognition and social integration of these people.

KEYWORDS: Transsexuality, Gender Identity, Feminism, Queer theory, Democratic State of Law.

1 | A TRANSEXUALIDADE E A IDENTIDADE DE GÊNERO

A ideia mais comum que se tem da transexualidade é a da pessoa que nasce biologicamente perfeita, mas que possui o sexo psicológico, isto é o gênero, oposto ao seu sexo fisiológico, tendo por isso o desejo de realizar a cirurgia de mudança de sexo para readequar seu corpo físico à sua realidade mental, sua forma de ser, vestir, se comportar, enfim, de viver (VIEIRA, 2004).

Embora já se tenha o conhecimento científico deste fenômeno desde meados do século XX (FUSSEK, 2014), o preconceito e a violência cometida contra essas pessoas e contra seus direitos humanos fundamentais são enormes, gerando uma grande preocupação para a ordem internacional de direitos humanos (ONU, 2006).

Os Princípios de Yogyakarta, de 2006, é o principal documento de direitos humanos voltado para a defesa dos direitos das pessoas trans, orientando os Estados a promoverem medidas que assegurem os direitos humanos a todas as pessoas, independente da orientação sexual e da identidade de gênero. Uma dessas medidas é a viabilização da alteração do prenome e do sexo no registro civil.

Nesse sentido, alguns países já reconhecem o direito das pessoas trans alterarem o prenome e o sexo nos documentos de identidade, independente da realização de cirurgia e tratamento médico, possuindo legislações sobre identidade de gênero. Exemplos são: a Grã-Bretanha, que possui o *Gender Recognition Act 2004*; a Espanha, que possui a *Ley n. 3/2007*; em Portugal, tem-se a Lei n. 7/2011; na Argentina, a *Ley n. 26.743/2012*; em Malta, a *Act N. XI* de 2015; e a Bolívia, que possui a *Ley n. 807/2016*.

O Brasil, por sua vez, não possui lei de identidade de gênero. Havia o Projeto de Lei nº 5.002/2013, mas que foi arquivado em janeiro de 2019. O que se tem é uma decisão do Supremo Tribunal Federal, através da ADI 4275/DF, de março de 2018, reconhecendo esse direito das pessoas trans de alterar o prenome e sexo no registro civil,

fundamentado na defesa dos direitos ao nome; à integridade pessoal; à dignidade humana; à autonomia privada; ao livre desenvolvimento da personalidade, à liberdade pessoal e ao direito à identidade pessoal, ao qual se inserem a identidade sexual e de gênero, que, decorrentes da personalidade do indivíduo, são fundamentados na autonomia e no poder de autodeterminação, dentre outros direitos fundamentais assegurados pelo Estado de Direito Democrático.

Mas, por óbvio, esse direito de alterar o sexo, considerado marcador de gênero nos documentos de identidade, se restringe às possibilidades masculino e femininos, únicos gêneros reconhecidos na ordem jurídica brasileira. Logo, tal decisão é insuficiente para o reconhecimento das pessoas trans que não se reconhecem nessa classificação binária de gênero.

Este é, portanto, um problema que desafia o direito contemporâneo: como reconhecer legalmente essas pessoas que não se enquadram no binarismo de gênero, principalmente frente ao registro civil, já que a discussão tem sido pautada sobre ele, e, conseqüentemente promover a integração social delas.

Surge, portanto, a necessidade de compreender melhor o que vem a ser “gênero” e essa capacidade de ser desenvolvido de diferentes formas. Inicialmente recorre-se às teorias feministas e queer, porque a grande maioria dos estudos sobre transexualidade remetem a elas devido ao fato de estabelecerem o gênero como construção sociocultural, portanto, dissociado do sexo biológico, até chegar à atual concepção de gênero.

21 GÊNERO ENQUANTO CONSTRUÇÃO SOCIOCULTURAL, A CRÍTICA À HETERONORMATIVIDADE E A CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DE GÊNERO

Meados do século XX, na Europa, o movimento feminista, da segunda onda, sob uma teoria que presumia existir uma identidade única que definia a categoria das mulheres, defendia a necessidade de uma linguagem capaz de promover maior visibilidade e representação política das mulheres, tanto no sentido operacional (no seio de um processo político), de legitimá-las enquanto sujeitos políticos, quanto no sentido normativo da linguagem, de tecer esclarecimentos sobre essa categoria (BUTLER, 2013).

Contudo, o próprio discurso feminista e, conseqüentemente, a estimada representação política, passaram a ser questionados no momento em que a compreensão do sujeito “mulher” não se apresentava mais estável, ou permanente, uma vez que o termo “mulher” não se esgota no conjunto de características predefinidas do gênero. Isso porque “gênero” passa a ser entendido e constituído através de um discurso que varia culturalmente, temporalmente, socialmente e historicamente. Devendo ser conjugado com as demais modalidades que constituem a identidade, tais como classe, raça, etnia, sexo, região, dentre outros atributos, tornando equivocada a noção de identidade. (BUTLER, 2013; CHIAROTTI, 2006).

Essa crítica radical em relação à necessidade de construir um sujeito do feminismo único e permanente marcou o que muitos chamaram de período “pós-feminista”, em que se almejou um novo tipo de política feminista que contestasse os conceitos unos que se tinha de gênero e identidade, isto é, a matriz heterossexual que reconhece apenas os gêneros masculino e feminino, buscando “a construção variável da identidade como um pré-requisito metodológico e normativo, senão como um objetivo político” (BUTLER, 2013, p. 23).

Foi, portanto, dentro do movimento feminista, perante essa necessidade de superar a ideia do sujeito enquanto unidade correspondente ao seu gênero devido à concepção aparente de ser o sexo binário, fixo e inquestionável, em termos biológicos, é que se iniciaram as discussões sobre a distinção entre sexo e gênero, partindo da tese de que gênero era uma construção cultural que possui interpretação múltipla e independente do sexo. Nota-se:

Se o gênero são os significados culturais assumidos pelo corpo sexuado, não se pode dizer que ele decorra, de um sexo desta ou daquela maneira. Levada a seu limite lógico, a distinção sexo/gênero sugere uma descontinuidade radical entre corpos sexuados e gêneros culturalmente construídos. Supondo por um momento a estabilidade do sexo binário, não decorrente daí que a construção de “homens” aplique-se exclusivamente a corpos masculinos, ou que o termo “mulheres” interprete somente corpos femininos. Além disso, **mesmo que os sexos pareçam não problematicamente binários em sua morfologia e constituição** (ao que será questionado), **não há razão para supor que os gêneros também devam permanecer em número de dois**. A hipótese de um sistema binário dos gêneros encerra implicitamente a crença numa relação mimética entre gênero e sexo, na qual o gênero reflete o sexo ou é por ele restrito. Quando o *status* construído do gênero é teorizado como radicalmente independente do sexo, o próprio gênero se torna um artifício fluante, com a consequência de que *homem* e *masculino* podem, com igual facilidade, significar tanto um corpo feminino como um masculino, e *mulher* e *feminino*, tanto um corpo masculino como um feminino. (BUTLER, 2013, p. 24-25, grifo nosso).

Daí a frase de Simone de Beauvoir: “não se nasce mulher, torna-se mulher” (BEAUVOIR, 1980, p. 9). A cultura constrói/estabelece os seres mulher e homem, mas sem a garantia de que ser mulher seja necessariamente fêmea e ser homem seja necessariamente macho. O que leva a crer que estabelecer a dualidade do sexo num domínio pré-discursivo é a forma de impor compulsoriamente a estrutura binária de gênero e mantê-la estável e assegurada. (BUTLER, 2013; LOURO, 2004).

E por esta teoria, também é a definição de gênero para o Professor Raul Cleber da Silva Choeri:

O gênero é uma identidade socialmente construída, à qual os indivíduos se conformam em maior ou menor grau. **O gênero, embora ligado ao sexo, não lhe é idêntico, mas construído socialmente, a partir das diferenças percebidas entre os sexos e de comportamentos coletivamente**

determinados, engendrados e reproduzidos no interior das instituições sociais, como a Família, a Escola e a Igreja. É também o primeiro modo de dar significado às relações de poder. (CHOERI, 2004, p. 53).

De forma semelhante, nos EUA, nos anos 80, com o surto da AIDS, um novo movimento social denominado “*Queer*” se instaurou contra a heteronormatividade - normas regulatórias e convenções de gênero -. Esse movimento surgiu como crítica aos regimes de normalização que ditam e impõem o que é ser sujeito normal, e em prol do reconhecimento das diferenças (LOURO, 2004), do direito de ser diferente. Sobre essa expressão “*queer*”, esclarece Guacira Lopes Louro:

Queer é tudo isso: é estranho, raro, esquisito. Queer é, também, o sujeito da sexualidade desviante – homossexuais, bissexuais, transsexuais, travestis, *drags*. É o excêntrico que não deseja ser “integrado” e muito menos “tolerado”. Queer é um jeito de pensar e de ser que não aspira o centro nem o quer como referência; um jeito de pensar e de ser que desafia as normas regulatórias da sociedade, que assume o desconforto da ambigüidade, do “entre lugares”, do indecível. Queer é um corpo estranho, que incomoda, perturba, provoca e fascina. (LOURO, 2004, p. 7-8).

Essa causa simbolizava a luta pelo direito de não se enquadrar ao padrão hétero de normas criadas culturalmente e pelo reconhecimento, inclusive, de outros tipos de gêneros e esteriótipos:

[...] “o queer é uma nova política de gênero. Alguns tendem a ver essa realidade nos movimentos na entrada progressiva de travestis, transexuais, não brancos, todos os outros que antes não eram vistos como suficientemente dignos de participar da luta”. [...] a luta é por desconstruir as normas e as convenções culturais que nos constituem como sujeitos. (MISKOLCI, 2012, p. 27).

Percebe-se, portanto, que o mais relevante dessas teorias feministas e queer para este estudo é o fato de terem desconstruído a concepção de sexo enquanto marcador de gênero, isto é, dissociando o sexo do gênero, entendendo que gênero é construção social e não fator biológico. Que o gênero se desenvolve de acordo com as experiências íntimas vivenciadas e experimentadas pela pessoa dentro do meio social no qual ela está inserida, e que pode ou não corresponder ao sexo biológico.

Essa é a atual concepção que se tem de gênero e que está de acordo com a definição de “identidade de gênero” trazida pela Carta de Yogyakarta, afirmando significar a

experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos. (ONU, 2006).

Bem como com algumas teorias da sociologia, que compreendem a construção do sujeito como um processo contínuo e incessante, que pode perdurar por toda a vida do indivíduo, a exemplo do que explica o teórico cultural e sociólogo Stuart Hall sobre o caráter multifacetário da identidade, afirmando ser o seu processo de construção um tanto quanto provisório, móvel, variável - culturalmente e historicamente - e problemático:

O sujeito previamente vivido como tendo uma identidade unificada e estável, está se tornando fragmentado; composto não de uma única, mas de várias identidades, algumas vezes contraditórias ou não resolvidas. Correspondentemente, as identidades, que compunham as paisagens sociais 'lá fora' e que asseguram nossa conformidade subjetiva com as 'necessidades' objetivas da cultura, estão entrando em colapso. **O próprio processo de identificação, através do qual nos projetamos em nossas identidades culturais, tornou-se mais provisório, variável e problemático.**

[...]

A identidade tornar-se uma "celebração móvel": formada e transformada continuamente em relação às formas pelas quais somos representados ou interpelados nos sistemas culturais que nos rodeiam (HALL, 1987). **É definida historicamente e não biologicamente.** (HALL, 2005, p. 11-13).

Sendo essa a acepção do sujeito pós-moderno, apresentando-se com identidades "abertas, contraditórias, inacabadas e fragmentas" (HALL, 2005, p. 24). Confirmando Raul Choeri que, "enquanto expressão da vida vivente, a identidade é fluida, não se congela no tempo, renasce, renova-se com o interagir social, na busca da realização do projeto pessoal de vida" (2010, p. 165).

E o que se tem hoje, então, é uma concepção muito mais ampla do ser humano, notável através da transexualidade, que não se restringe ao binarismo de gênero. Existem hoje diversas denominações de gêneros reconhecidos internacionalmente por ONGs e comissões de direitos humanos¹, que podem ser simplificadas à duas formas da transexualidade: a) **trans nominarias**: aquelas pessoas que se identificam com os gêneros masculino e feminino concomitantemente, mas que definí-las à apenas algum destes não corresponde às suas realidades; e b) **trans não-binárias**: que não se identificam nem com o gênero masculino e nem com o feminino.

Devido à esta falta de identificação certa e única, essas são pessoas que transitam entre os gêneros. Muitas delas possuem a aparência ambígua (mesclam acessórios considerados masculinos com itens tidos como femininos) e têm dificuldade de seguir as

1. A exemplo da Comissão de Direitos Humanos de Nova Iorque que reconheceu 31 tipos diferentes de gêneros **para serem usados em âmbitos profissionais e oficiais**, sendo eles: 1.Bi-Gendered, 2.Cross-Dresser, 3.Drag-King, 4.Drag-Queen, 5.Femme Queen, 6. Female-to-Male, 7.FTM, 8.Gender Bender, 9.Genderqueer, 10.Male-To-Female, 11.MTF, 12.Non-Op, 13.Hijra, 14.Pangender, 15.Transexual/Transsexual, 16.Trans Person, 17.Woman, 18. Man, 19. Butch, 20.Two-Spirit, 21.Trans, 22.Agender, 23.Third Sex, 24. Gender Fluid, 25. Non-Binary Transgender, 26.Androgyne, 27.G0ender-Gifted, 28.Gender Bender, 29.Femme, 30.Person of Transgender Experience, 31.Androgynous. (GENDER, 2015).

normas de gêneros, explica a psiquiatra e educadora sexual Alessandra Diehl, especialista em sexualidade humana:

São pessoas que podem se sentir transitando entre os dois gêneros, sem necessariamente estar em um deles. São os indivíduos que resistem à normalização de gêneros. São pessoas cujos corpos denunciam uma resistência à imposição de normas.

[...]

Na construção do gênero, quem se considera algo ou alguém deve ser a própria pessoa portadora daquela identidade. Por isso, é importante ter em mente sempre que esta identidade construída socialmente é atribuída pelo sujeito e não por terceiros. (LEMOS, 2019).

Entre as celebridades internacionais, destacam-se algumas que se consideram não-binárias, ou de “gênero fluido”, como o cantor inglês **Sam Smith**; a atriz, modelo e ativista norte-americana, **Amandla Stenberg**; a cantora, atriz, compositora e empresária norte-americana, **Miley Ray**; a atriz australiana **Ruby Rose**; e o ator, dançarino, cantor, *trapper*, pintor e artista marcial estadunidense, **Jaden Smith, filho dos atores** Will Smith e Jada Pinkett-Smith (BACK, 2019).

Já no Brasil, entre as pessoas LGBTQ+ famosas, destacam-se como pessoas não-binárias, a cantora **Liniker** (BRASIL, 2016b) e o cantor **Jaloo** (PARADASP, 2017). O que demonstra, assim, já ser essa uma realidade notória, de conhecimento de muitas pessoas.

3 I TERCEIRO GÊNERO E A EXCLUSÃO DO DESIGNATIVO SEXO DO REGISTRO CIVIL DE PESSOA NATURAL

Alguns países já vem reconhecendo o terceiro gênero no registro civil, como a Alemanha, que em 2013 oficializou o terceiro sexo, designado como “indefinido”, como uma solução mais efetiva para os casos de bebês intersexuais (coloquialmente chamados de hermafroditas), previsto em sua Lei do *Status Civil*, o *Personenstandsgesetz (PStG)*, de 2007, nos §§ 21 (1) nº 3, e 22 (3), permitindo que a definição de sexo das pessoas intersexuais seja declarada tardiamente, e, neste caso, a criança pode ser registrada sem a marcação de sexo (ALEMANHA, 2007; MEDINA; ARAÚJO, 2014).

O grupo que luta pelos direitos de pessoas transgêneras na Europa, o “*Transgender Europe*”, admite que a legislação alemã é um progresso, mas critica o fato de contemplar expressamente apenas os bebês que tiverem diagnóstico médico de hermafroditismo, reivindicando o direito das pessoas trans de deixar a opção de gênero em branco, sem precisar se declarar “indefinido” (*BBC News*, 2013).

Outro país que já prevê o assunto em seu ordenamento jurídico é Malta, que em sua Lei de Identidade de Gênero, Expressão de Gênero e Características Sexuais, a *Act XI of*

2015, permite a ausência de declaração do sexo (considerado pela lei como marcador de gênero – art. 2) no registro civil da criança ao nascer, para que a mesma possa decidir mais tarde sobre sua identidade de gênero. (art. 18, (c)).

Além disso, a referida lei admite que um terceiro marcador de gênero que não seja homem ou mulher, ou a ausência destes, reconhecido por um tribunal estrangeiro competente ou por uma autoridade responsável que atue de acordo com a lei do país, pode ser reconhecido em Malta (art. 9 (2)).

E, surpreendentemente, tem-se também a decisão da Suprema Corte da Índia, que mesmo sendo um país de cultura extremamente conservadora, em 2014, no julgamento da Petição Civil Escrita n. 400 de 2012 com a Petição Civil Escrita n. 604 de 2013, reconheceu os hijras, eunucos, além do gênero binário, e demais transgêneros, como “terceiro gênero”; destacando ser tal reconhecimento um dever de um Estado de Direito, que tem como objetivo promover a justiça social e de classes, orientando os demais órgãos e instituições a adotarem medidas neste sentido, com o objetivo de promoverem a integração social das pessoas trans e o respeito a elas. Observa-se:

126. Ao reconhecer os TGs [transgêneros] como terceiro gênero, este Tribunal não apenas mantém o estado de direito, mas também promove a justiça da classe, até agora privada de seus legítimos direitos naturais e constitucionais. É, portanto, a única solução justa que garante justiça não apenas aos TGs, mas também à sociedade. A justiça social não significa igualdade perante a lei nos documentos, mas traduzir o espírito da Constituição, consagrado no Preâmbulo, nos Direitos Fundamentais e nos Princípios Diretivos da Política do Estado em ação, cujas armas são longas o suficiente para trazer ao seu alcance e abraçar esta direito de reconhecimento aos TG que lhes pertencem legitimamente. (ÍNDIA, 2014, tradução Google tradutor).

Essa decisão da Índia menciona também as decisões da Suprema Corte do Nepal que já havia reconhecido o terceiro gênero em 2007; e do Paquistão, que reconheceu o terceiro gênero em 2011, em contexto cultural bastante semelhante.

E para ilustrar ainda melhor essa discussão, dois casos divulgados pela mídia internacional chamou bastante atenção. O primeiro é de Norrie May-Welby, uma pessoa que se autodeclara andrógina na Austrália, que nasceu com o sexo masculino. Aos 23 anos passou por tratamentos hormonais e cirurgia de mudança de sexo, conseguindo se registrar como mulher. Mas, aos 48 anos interrompeu o tratamento hormonal, pois a definição de mulher também não correspondia mais à sua realidade (*BBC News*, 2010). Em 2014, Norrie obteve, pela Suprema Corte da Austrália (Caso S237/2013), o direito de se registrar como sexo não-específico. Tal decisão determinou que um sexo neutro poderia ser registrado pelas autoridades. A categoria foi chamada de “*non-specific*”, que significa “indefinido” em português (AUSTRÁLIA, 2013).

E desde 2011, a Austrália também já permite a marcação “X” no designativo sexo no passaporte, sugerindo o terceiro gênero/sexo (*BBC News*, 2013; *AUSTRALIAN GOVERNMENT*).

Já o segundo caso é o do bebê canadense Searyl Atli, nascido em novembro de 2016, na Província de Colúmbia Britânica. Segundo a fonte, este provavelmente é o primeiro caso no mundo de um recém-nascido com um documento oficial, no caso o cartão de vacina, sem a identificação de gênero específico. A letra “U” foi inserida no espaço reservado para “sexo”, que pode ser interpretado em inglês como “*undetermined*” (indeterminado) ou “*unassigned*” (não atribuído).

A possibilidade de se incluir uma terceira opção de gênero nos documentos oficiais já vem sendo cogitada em outras Províncias do Canadá, como Ontário e Alberta. Mas o que chama a atenção nessa notícia é que em algumas províncias do Canadá já está sendo discutida a possibilidade de excluir o designativo sexo do registro civil e demais documentos de identidade (BBC News, 2017). E desde 2017 o governo federal do Canadá também já admite a marcação “X” no passaporte, indicando um terceiro gênero/sexo (CBC, 2017).

4 | A NECESSIDADE DE REPENSAR O PARADIGMA BINÁRIO DE GÊNERO E OS PROBLEMAS DE INTEGRAÇÃO SOCIAL A SEREM ENFRENTADOS

Essas são, portanto, as duas hipóteses mais levantadas para a problemática, quais sejam, a criação do terceiro gênero ou a exclusão do designativo sexo do registro civil, que, como visto, já vem sendo discutida e legalmente admitida em ordenamentos jurídicos de Estados de Direito estrangeiros. Contudo, tais países não fizeram ainda a ampla análise dos reflexos que isso pode ter na prática, principalmente frente às situações que têm como requisito a distinção de sexo, como no âmbito dos esportes, em que se divide todas as modalidades por categorias masculina e feminina; bem como ocorre dentro do sistema carcerário; para fins de realização de pesquisas de censo demográfico; dentre muitas outras que deverão, portanto, serem passadas para as pessoas que não se inserem nessa classificação binária.

No Brasil, podemos citar algumas situações previstas inclusive em lei, que estabelecem a distinção de gênero para serem efetivadas, como: o serviço militar, em que o alistamento é obrigatório apenas para homens e excepcionalmente para mulheres (art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 4.375/64); a aposentadoria pelo sistema de previdência social (Art. 48 da Lei nº 8.213/1991); a licença maternidade (120 dias - arts. 392 e 611-B, da Lei 5.452/1943 - CLT) e paternidade (5 dias – art. 10, §1º, do ADCT); o Programa Minha Casa Minha Vida, em que os registros nesse programa são feitos preferencialmente em nome da mulher da família (arts. 3º, IV; 35; 35-A; 48, V; e 58, §2º, na Lei nº 11.977/2009); as reservas nas candidaturas política no Poder Legislativo distintas para os gêneros (art. 10, §3º, da Lei nº 9.504/1997).

Repensar, portanto, o paradigma binário de gênero é de extrema necessidade, principalmente frente a um Estado Democrático de Direito que, de acordo com o preâmbulo

da Constituição Federativa do Estado Brasileiro de 1988 (CF/88), se destina a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, **pluralista** e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

O “pluralismo jurídico” é mencionado na CF/88, tanto no seu preâmbulo, quanto no arts. 1º, V; e implicitamente no art. 3º, IV, como fundamento e objetivo da República Brasileira, reconhecendo a pluralidade de individualidades na sociedade, isto é, de identidades sociais. Buscando promover o respeito social e combater preconceitos de quaisquer espécies, permitindo a livre realização de projetos de vida individuais de acordo com o que as pessoas escolherem para si, sendo elas minorias ou não:

O pluralismo consiste em entender que uma Constituição que seja democrática não se contenta apenas em aplicar a regra da maioria, pois esta ignora as aspirações individuais, bem como os desejos das minorias; corre-se o risco de a realidade se transformar na ditadura da maioria.

[...]

Enfim, a idéia de pluralismo pressupõe uma diversidade de visões de mundo, da possibilidade de que cada pessoa tenha uma concepção própria e individual do que seja bom, da possibilidade de cada um construir seu projeto de vida único e individual de forma coerente com seus desejos, crenças, vicissitudes. (TEIXEIRA, 2009, p. 66-67).

Neste sentido, Cazelatto e Cardin apontam ser a pluralidade/diversidade entendida inclusive quanto à orientação sexual e à identidade de gênero, sendo a liberdade de escolhas pessoais um direito fundamental assegurado que deve ser respeitado:

O respeito às diversidades existentes entre cada ser humano constitui o fundamento de uma sociedade democrática que, como tal, identificando a singularidade de cada pessoa e a complexidade que disso resulta, garante-a os direitos e as condições que, de fato, são inerentes a qualquer sujeito.

Nesse raciocínio, o reconhecimento da liberdade de um indivíduo, como o livre exercício de sua sexualidade, incluindo a liberdade à orientação sexual e a de identidade de gênero, representa não uma “gentileza” assegurada pelo Poder Público, mas, sim, um direito. (CAZELATTO; CARDIN, 2016, p. 920).

Porém, é imprescindível que se faça um profundo estudo dessas hipóteses de terceiro gênero ou de exclusão do designativo sexo antes de promover tais alterações no registro civil, porque na vida prática, como perante algumas dessas situações mencionadas acima, pode não haver uma real aplicabilidade e eficácia.

Por exemplo, no âmbito dos esportes, que, embora o Comitê Olímpico Internacional já admita a participação de transexuais nas competições desde 2016, sendo requisito

para as transexuais femininas manter o controle da testosterona para poderem competir, muitas dúvidas e críticas são feitas, acusando ser a competição injusta. Sem contar que tal obrigatoriedade de manter o controle hormonal pode ser considerado invasivo.

Mas fato é que, especialistas endocrinologistas do esporte, em relação às atletas trans, explicam que até que se realize a transição de gênero, o coração, pulmão, a parte óssea e a musculatura já estão formados com a produção de hormônio masculino, o que dá sim uma vantagem fisiológica à atleta trans em relação às outras. O que leva muitos, como Paulo Coco, técnico do Praia Clube, líder da Superliga Feminina, a entender que a regulamentação de atletas transexuais precisa ser revista (ESPORTE ESPETACULAR, 2018).

E considerando ambas as hipóteses trabalhadas, as dúvidas são essas mesmas. Ainda que existisse uma terceira categoria nos esportes, ter pessoas que são fisiologicamente diferentes, em que as diferenças de força, resistência e desempenho físico se dão por fatores hormonais, competirem juntas pode acarretar as mesmas desconfiças de não ser uma competição justa.

Diante tudo o que foi abordado, não há como afirmar que alguma das duas hipóteses cogitadas são plausíveis e aplicáveis com eficácia na prática, devido ao fato de ser um tema extremamente novo, polêmico, complexo e desafia questões de diferentes ordens e natureza, principalmente culturais e morais.

Será necessário aguardar mais tempo, quando os problemas na prática começarem a ter maior demanda, para averiguar a forma como esses países que já admitem o terceiro gênero irão solucionar esses problemas de integração social.

Mas o que se pode afirmar é que, se o reconhecimento legal dessas pessoas que não se reconhecem no padrão binário de gênero não for obtido através da alteração do registro civil, alguma outra forma que contribua para o seu reconhecimento e integração social haverá de ser pensada. E uma das principais formas é, sem dúvidas, o aprendizado sobre o respeito à diversidade desde a mais tenra idade, para a construção de uma futura sociedade mais tolerante e igualitária.

Não basta apenas o reconhecimento formal. O respeito a todas as pessoas é algo que tem que ser insistentemente ensinado através de disciplina escolar, políticas públicas, medidas legislativas e todas as demais necessárias para que se consiga quebrar a cultura de preconceito a tudo que não se enquadra dentro do sistema heteronormativo, e assim promover a real integração e reconhecimento dessas pessoas trans no meio social.

Não se pode obrigar ninguém a concordar com a diversidade de gênero, mas respeitar é um dever constitucional de todos. Neste sentido afirma Jaime Alejandro Parra Vilarroel, mestre em saúde reprodutiva e estudioso sobre a sexualidade humana, sobre a importância de se ensinar sobre a diversidade:

“Uma das estratégias para diminuir o preconceito contra as pessoas não-binárias é ensinar sobre as diferenças ainda no período escolar.”

[...]

“Temos que avançar neste assunto. É importante melhorar as estratégias de políticas públicas, legislação e educação sexual em uma idade precoce, para assim eliminar o preconceito que existe em nossa sociedade. Assim, as pessoas não-binárias poderão se expressar em todos os espaços de desenvolvimento”. (LEMOS, 2019).

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

É, portanto, um assunto que vem ganhando maior notoriedade mas de extrema complexidade, que exige a atuação conjunta e eficiente entre o Direito, o Legislativo e a Administração Pública, como tem sido alertado e orientado pelos órgãos internacionais de defesa dos direitos humanos, para dirimir o preconceito e violência contra as pessoas trans, e buscar promover o reconhecimento legal, a integração social e a garantia dos direitos humanos dessas pessoas

No que é voltado especificamente para o Direito, o que se pode levantar são algumas reflexões, como em relação à autonomia privada, o livre desenvolvimento da personalidade, o direito à identidade pessoal, à liberdade pessoal e o poder de autodeterminação que são colocados em xeque diante o fenômeno da transexualidade no atual estágio de evolução que se encontra. Questiona-se: existe de fato a autonomia da pessoa em relação à sua identidade de gênero de acordo com a sua vontade e com o seu projeto de vida pessoal?

Pois, considerar o terceiro gênero é dizer que a pessoa terá até três possibilidades de gênero para se autodeclarar; e não que ela é livre para escolher algum outro gênero fora dessas três possibilidades. E nem é discutido que ela poderá fazer tantas alterações de gênero/sexo em seu registro civil quanto forem as suas experiências no decorrer de seu desenvolvimento ao longo da vida. Além de que, criar um terceiro gênero, estará excluindo outras pessoas de alguma forma, que nem à essa terceira classificação podem se reconhecer.

Bem como considerar a exclusão do designativo do sexo no registro civil, se na prática forem mantidas as situações que têm como requisito, ou que funcionem de formas diferentes para cada gênero, “obrigando”, assim, as pessoas se autodeclarem de alguma forma, dentre as formas admissíveis, para que os efeitos dessas situações possam ocorrer.

Há muito o que se pensar para a efetiva integração social das pessoas trans, pois são muitos os desafios a serem enfrentados. Quanto ao Direito, o que se pode esperar é que, quando provocado, que a regra seja assegurar todos os direitos fundamentais a todas as pessoas independente da identidade de gênero, da melhor forma possível, a

fim de assegurar a dignidade humana a qualquer pessoa humana e promover a justiça e igualdade social.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. *Personenstandsgesetz (PStG)*. "Personenstandsgesetz vom 19. Februar 2007 [...]". Ausfertigungsdatum: 19.02.2007. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/pstg/BJNR012210007.html>>. Acesso em: 30 out. 2019.

AUSTRALIA. High Court Australia. *Case N. S273/2013*. Disponível em: <http://www.hcourt.gov.au/cases/case_s273-2013>. Acesso em 29 ago. 2019.

AUSTRALIAN GOVERNMENT. Department of Foreign Affairs and Trade. *Sex and gender diverse passport applicants*. Disponível em: <<https://www.passports.gov.au/passports-explained/how-apply/eligibility-citizenship-and-identity/sex-and-gender-diverse-passport>>. Acesso em 04 ago. 2019.

BACK, Grace. Celebrities Who Have Openly Identified As 'Gender-Fluid'. Marie Claire: Lifestyle: 19 mar 2019. Disponível em: <<https://www.marieclaire.com.au/gender-fluid-celebrities>>. Acesso em 20 nov. 2019.

BBC News. Alemanha cria 'terceiro gênero' para registro de recém-nascidos. BBC News, 20 agosto 2013. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/08/130820_alemanha_terceirosexo_dg>. Acesso em: 01 jun. 2019.

BBC News. Austrália reconhece pessoa sem sexo pela 1ª vez. BBC News, 15 março 2010. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2010/03/100315_semsexo_dg.shtml> Acesso: 01 jun. 2019.

BBC News. **Bebê terá documento sem identificação de sexo para 'decidir gênero quando crescer'**. UOL, 04/07/2017. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/bbc/2017/07/04/bebe-tera-documento-sem-identificacao-de-sexo-para-decidir-genero-quando-crescer.htm?utm_source=facebook.com&utm_medium=social&utm_campaign=fb-noticias&utm_content=geral>. Acesso: 01 ago. 2019.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. V. 2 – **A experiência vivida**. 5ª ed. Tradução de Sérgio Milliet. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 abr. 2017.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 5.002/2013**. Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o art. 58 da Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>>. Acesso em: 01 abr. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. ADI 4275/DF**, Relator Min. Marco Aurélio, DJ 01/03/2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>>. Acesso em: 18 mai. 2018.

BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução, Renato Aguiar. 6 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

CBC. **Canadians will soon be able to ID gender as 'X' on their passports**. CBC: Politics. Posted: Aug 24, 2017. Disponível em: <<https://www.cbc.ca/news/politics/transgender-passport-x-identify-1.4261667>>. Acesso em: 25 out. 2019.

CAZELATTO, Caio Eduardo Costa; CARDIN, Valéria Silva Galdino. **O discurso de ódio homofóbico no Brasil: um instrumento limitador da sexualidade humana**. Revista Jurídica Cesumar, set./dez. 2016, v. 16, n. 3, p. 919-938. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Jur-CESUMAR_v.16_n.03.13.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2019.

CHIAROTTI, Susana. **Aportes al Derecho desde la Teoría de Género**. IN: Otras Miradas. Vol. 6, N. 1, junio, 2006. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=18360102>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

CHOERI, Raul Cleber da Silva. **Direito à identidade na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CHOERI, Raul Cleber da Silva. **O conceito de identidade e a redesignação sexual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ESPORTE ESPETACULAR. **Envolvida em polêmica, Tiffany desabafa: “Força de uma mulher”**. Globo.com: globoesporte. Rio de Janeiro: 14/01/2018. Disponível em: <<https://globoesporte.globo.com/programas/esporte-espetacular/noticia/envolvida-em-polemica-tiffany-desabafa-forca-de-uma-mulher.ghtml>>. Acesso em 20 out. 2019.

FUSSEK, Lygia dos Santos. **Os Direitos Civis do Transexual em Relação à Mudança de Gênero e Prenome**. Revista Síntese Direito de Família. V. 15, N. 82, fev./mar. 2014, p. 54-77.

GENDER Identity Expression. **NYC Commission on Human Rights, 2015**. Disponível em: <https://www1.nyc.gov/assets/cchr/downloads/pdf/publications/GenderID_Card2015.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2017.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. 10. ed. Rio de Janeiro: P&A, 2005.

INDIA. **Supreme Court of India. Writ Petition (civil) n. 400 of 2012 with Writ Petition (civil) n. 604 of 2013**. National Legal Ser. Auth vs Union of India & ors em 15 de abril de 2014. Disponível em: <<https://indiankanoon.org/doc/193543132/>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

LEMOS, Vinícius. **Os brasileiros não-binários que lutam pelo reconhecimento do gênero neutro: ‘Não me considero homem, nem mulher’**. UOL: notícias: BBC News: 26/03/2019. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/bbc/2019/03/26/os-brasileiros-nao-binarios-que-lutam-pelo-reconhecimento-do-genero-neutro-nao-me-considero-homem-nem-mulher.htm>>. Acesso em: 13 set. 2019.

LOURO, Guacira Lopes. **Um corpo estranho – ensaios sobre sexualidade e teoria queer**. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

MALTA. **Act n. XI de 2015**. Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act. Adopted on: 2015-04-14. ISN: MLT-2015-L-10102. Disponível em: <https://tgeu.org/wp-content/uploads/2015/04/Malta_GIGESC_trans_law_2015.pdf>. Acesso em 30 jan. 2019.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Código Civil Comentado**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MISKOLCI, Richard. **Teoria Queer: um aprendizado pelas diferenças**. Belo Horizonte: Autêntica Editora> UFOP – Universidade Federal de Ouro Preto, 2012.

ONU. **Princípios de Yogyakarta, de 2006**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2018.

PARADASP. **Lista: os 15 artistas LGBT que estão dominando a indústria musical brasileira**. Maio 15, 2017. Disponível em: <<http://paradasp.org.br/lista-os-15-artistas-lgbt-que-estao-dominando-a-industria-musical-brasileira/>>. Acesso em: 28 nov. 2019.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Autonomia corporal: liberdade de decidir sobre a própria saúde**. 2019. Tese (Doutorado) – Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Aspectos psicológicos, médicos e jurídicos do transexualismo**. Psicólogo Informação, a. 4, n. 4, p. 74, jan./dez. 2004.

CAPÍTULO 13

O PAPEL DAS POLÍTICAS AFIRMATIVAS NO COMBATE À DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO E ETNIA NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

Data de aceite: 01/11/2020

Data da submissão: 12/08/2020

Darlan Alves Moulin

Universidade Estácio de Sá – UNESA/RJ.
UNESA/RJ.
São João de Meriti/ RJ.
<http://lattes.cnpq.br/9695783352656464>

Alexsandro Oliveira de Souza

Faculdade Legale, FALEG, Brasil.
<http://lattes.cnpq.br/3204261874505502>

Daiane Oliveira dos Santos

Universidade Estácio de Sá. Faculdade Legale.
<http://lattes.cnpq.br/2484983916444514>

Taiane da Silva

Universidade Estácio de Sá. Pontifícia
Universidade Católica PUC/MG. Universidade
Candido Mendes.
<http://lattes.cnpq.br/8733612975007396>

Daniele Alessandra dos Reis

Universidade Estácio de Sá.
<http://lattes.cnpq.br/7965414505159151>

RESUMO: O presente trabalho visa analisar o papel das políticas afirmativas no combate a discriminação de gênero e etnia nas relações trabalhistas. Verifica-se que a sociedade brasileira tem como uma das suas mais marcantes características a desigualdade social. Ainda que o Estado Democrático de Direito tenha ditado inúmeros fundamentos legais para resguardar e transmitir a sensação de igualdade para todos, sem distinção de sexo, etnia, idade entre outras,

a atual sociedade depara-se diariamente com tais direitos elencados na constituição sendo violados. O preconceito existe sob a forma da chamada herança escravista desde os tempos primórdios e a exteriorização desse preconceito recebe o nome de discriminação. Neste trabalho são abordados dois tipos de preconceito, o de etnia e o de gênero, que estão tão presentes no nosso ordenamento e especificamente nas relações de trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas afirmativas, Discriminação, Raça, Etnia, Relações trabalhistas.

THE ROLE OF AFFIRMATIVE POLICIES IN THE FIGHT AGAINST GENDER AND ETHNIC DISCRIMINATION IN LABOR RELATIONS

ABSTRACT: The present work aims to analyze the role of affirmative policies in combating gender and ethnic discrimination in labor relations. It appears that Brazilian society has social inequality as one of its most striking characteristics. Although the Democratic State of Law has dictated innumerable legal bases to safeguard the transmission of the feeling of equality for all, regardless of sex, ethnicity, age, among others, the current society faces daily such rights listed in the constitution being violated. Prejudice has existed in the form of the so-called slave heritage since early times and the expression of this prejudice is called discrimination. In this work, two types of prejudice are addressed, ethnicity and gender, which are so present in our organization and specifically in labor relations.

KEYWORDS: Affirmative policies, Discrimination, Breed, Ethnicity, Working relationships.

1 | INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa trazer à baila a importância das políticas afirmativas no combate à discriminação de gênero e etnia existente nas relações trabalhistas. Em questionamento, indagava-se se o Estado tem cumprido o seu papel de promover a igualdade, sobretudo, a material em face de tantas violações aos direitos dos trabalhadores, especialmente aqueles relacionados com o mercado de trabalho e mulheres negras.

Ressalte-se que na sociedade pós-moderna, a discriminação nas relações de trabalho tem crescido de forma assustadora, em especial quando relacionadas a etnia e gênero, hipótese pautada e confirmada diante de dados estatísticos que foram analisados.

Importante esclarecer que existem diversos fatores que contribuem para o aumento dessa desigualdade, alguns podem ser citados neste aspecto como o desemprego, a má distribuição de renda, a precariedade de acesso à educação de qualidade, entre outros, que juntos formam o que pode ser classificado como filtro social, impedindo, desta forma, que mulheres e negros acessem cargos relevantes e de destaque na sociedade.

A função principal do estudo será mostrar a ineficiência do Estado na promoção de políticas públicas afirmativas visando reduzir os níveis de desigualdades sociais, especialmente aquelas relacionadas com as discriminações de gênero e raça, de modo a efetivar os direitos constitucionais do trabalho garantidos a todos.

Para atingir tal objetivo, foram utilizados os métodos crítico, de revisão bibliográfica e análise documental que demonstram a fundamental importância da sociedade conhecer as formas efetivas de discriminação, assim como, a existência de ações afirmativas no combate a tais discriminações, bem como o desenvolvimento de políticas públicas de inserção das mulheres negras no mercado de trabalho, visando efetivar o princípio da Dignidade Humana que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

2 | MEMÓRIA HISTÓRICA E HERANÇA ESCRAVISTA: A DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO E ETNIA ONTEM E HOJE

O sexismo, um sentimento agressivo, baseado no gênero ou sexo de uma pessoa, é repulsivo e inaceitável, combatido em Convenções e Tratados Internacionais, acordos dos quais o Brasil é signatário, tais como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, que traz em seu bojo o seguinte texto:

Artigo 1º. Para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher independentemente de seu estado civil com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos: político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. (ONU MULHER, 2002)

Djamila Ribeiro (2019) sustenta que entender as raízes coloniais do Brasil é compreender fatos históricos que contribuíram na estruturação de desigualdades. Como exemplo, pode-se citar a lei de Terras de 1850 que foi um divisor importante, pois a partir daquele momento a aquisição de terras somente poderia ser feita mediante compra com Estado e não mais por ocupação, o que criou uma elite fundiária.

De acordo com a referida autora, a divisão social de raça e gênero do trabalho, engaiolou a mulher negra no trabalho informal, sobretudo no trabalho doméstico, o que contribuiu para a abominável “feminização da pobreza.”

Segundo Jurema Werneck, diretora da ONG Criola, as mulheres trabalham mais que os homens e detêm um maior grau de escolaridade se comparadas aos profissionais do sexo masculino, o que pode ser confirmado a partir dos dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) que revelam: A proporção de mulheres que completaram a graduação é 25% superior à dos Homens. Contudo, Apenas 37% das mulheres com graduação são de cor ou raça preta ou parda.

O mercado de trabalho é o lugar onde se controla a renda, é uma das formas de se controlar a riqueza da população, é um mecanismo de garantia do privilégio branco, não é a toa que o homem branco ganha mais. (IBGE, 2010).

Verifica-se que as mulheres, não obstante tenham mais oportunidades que os homens no que se refere à educação escolar e títulos, no mercado de trabalho são mal remuneradas, sofrem mais discriminação e a gama de profissões ofertadas são menores, obstaculizando o acesso a uma maior diversidade de profissões como aos homens é ofertada. Nesse sentido, verifica-se que:

As profissionais do sexo feminino em geral ocupam aquelas profissões mal pagas, como o cargo de professora primária, ou trabalham no setor de saúde como auxiliar de enfermagem, sendo estas profissões em que as mulheres estão de forma maciça, mas ganhando pouco, estando restritas a um pequeno número de profissões mal pagas. (HIRATA, 2019).

Neste mesmo diapasão, Hildete Pereira de Melo (2019) discorre que:

As mulheres escolhem as atividades que estão próximas ao que elas foram educadas, do que foi para cuidar, então escolhem as carreiras dos cuidados, e estas carreiras são as mais desvalorizadas, Enfermagem, Professora, Psicóloga, Assistente Social. É a invisibilidade que cerca o trabalho feminino.

Segundo estudos realizados, estatisticamente as mulheres são maioria nas áreas de Educação (83%), Artes e Humanidades (74,2%) e Saúde e Bem estar social (68,1%). Nesta mesma linha de pesquisa o Censo da Educação Básica trás os seguintes numeros: 81% dos profissionais do ensino fundamental são mulheres. Já no ensino infantil, as mulheres são 97%, com isto, o salário médio diminui conforme a proporção de mulheres aumenta (IBGE 2010).

3 I NÃO DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DE RAÇA E GÊNERO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos potencializa o princípio da não discriminação no que tange a raça e sexo. A fim de eliminar todas e quaisquer formas de discriminação racial e de gênero, objetivando uma maior proteção à mulher, o que é uma garantia básica dos direitos humanos. Discriminação racial e sexismo se aproximam da censura da cidadania, e embora a Declaração Universal formalize tais garantias de não discriminação, historicamente, os direitos das mulheres foram e continuam sendo embaçados, à medida que nos dias atuais ainda existam trabalhos considerados de homem, e as atividades domésticas são tidas como coisas de mulher.

E esta mesma mulher que atua no mercado de trabalho acaba sobrecarregada, pois ao fim da sua jornada de trabalho, ao chegar em casa, tem que realizar as suas obrigações femininas como a organização do lar, e os cuidados com a família, sendo isto resultado de uma construção histórica arraigada no consciente coletivo. Na contramão deste sentimento machista, a escritora nigeriana Chimamanda Ngozi Adichie (2012) afirmou que as mulheres seriam mais felizes e mais livres se não houvesse o peso das expectativas de gênero.

De acordo com os dados do Observatório de Gênero, no período do Governo do Partido dos Trabalhadores (PT), 2003 – 2011 com o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva cumprindo dois mandatos, e de 2011 a 2016, sob a administração da Presidente Dilma Rousseff, foram realizadas ações de políticas públicas favoráveis às mulheres, surgindo assim os Planos Nacionais de Políticas para as Mulheres, são eles: I PNPM (2003 a 2007), II PNPM (2006 a 2011), e o III Plano Nacional de Políticas para as Mulheres (2013 – 2015). (OBSERVATÓRIO DE GÊNERO, 2016)

Tendo como princípios basilares: 1) busca da igualdade efetiva entre mulheres e homens, em todos os âmbitos; 2) promover relações de trabalho não discriminatórias, com equidade salarial e de acesso a cargos de direção.

Porém, de acordo com a ONU Mulheres (2016), as mulheres brasileiras foram as maiores beneficiadas com políticas públicas sociais, com o aumento da formalização de seus direitos trabalhistas, embora o ganho real ainda esteja em 76,5% em relação ao salário mínimo. Ainda, Segundo a entidade, o Brasil é protagonista em políticas para as mulheres, tornando-se um destaque entre as Nações do Mundo atual.

4 I A VERDADE EM NÚMEROS E OS MECANISMOS LEGAIS DE PROTEÇÃO

A Constituição Federal é como um símbolo de redemocratização e preza pela dignidade da Pessoa Humana. Com fulcro nesse princípio a carta magna visa diminuir a discriminação, desigualdade, preconceito na sociedade, criando-se um Estado Democrático de Direito.

Nesse diapasão, o artigo 1º, incisos III e IV da carta magna estabelece que a República Federativa do Brasil, constitui-se em Estado Democrático e tem como fundamento

a Dignidade da Pessoa Humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Corroborando para a efetivação do Estado Democrático de Direito o artigo 3º, inciso IV tem como objetivo fundamental a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Nessa mesma seara, o artigo 5º caput iguala a todos perante à lei. Especialmente os incisos XLI e XLII que são previsões que proíbem qualquer conduta discriminatória atentatório dos direitos e liberdade fundamentais e o repúdio as práticas de racismo.

Posto isto, reconhece-se que o trabalho é um dos direitos sociais (art. 6º da CRFB/88), sendo assim o próximo artigo da Carta Magna institui os direitos dos trabalhadores, dentre eles a proibição de diferenças salariais, de exercícios de funções e de critérios de admissões por motivo de sexo, idade, cor, ou estado civil(art. 7º da CRFB/88).

O Brasil é signatário das convenções e tratados internacionais. O Supremo Tribunal Federal por meio de diversas jurisprudências conferiu o caráter de supralegal aos tratados e convenções internacionais que versam sobre direitos humanos aprovadas pelo congresso independente do quórum de aprovação. Esse caráter está abaixo da Carta Magna e acima das leis infraconstitucionais. Sendo assim, cita-se duas convenções já ratificadas pelo Brasil relacionadas as temáticas discriminatórias no ramo trabalhistas.

A convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação Racial de 1965 e a Convenção N° 11 da Organização Mundial do Trabalho que conceitua a discriminação em matéria de emprego e ocupação de 1958.

Tratando-se de lei infraconstitucional, temos a CLT sendo o diploma legal mais relevante em matérias trabalhistas. Nela contém as disposições gerais de normas trabalhista, direitos e deveres do empregado e empregador.

Em seus artigos, a CLT reforça a proteção às empregadas mulheres (art. 373 A); ao empregado do mesmo empregador, a igualdade salarial sendo a função idênticas, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade, bem como indenização em 50% do limite máximo do RGPS caso seja comprovada a discriminação (art. 461, § 6 da CLT).

Outro mecanismo que reforça a igualdade na sociedade com finalidade de implementação de políticas públicas voltadas para a inclusão da população negra no mercado de trabalho.

5 | DIFERENÇAS SALARIAIS ENTRE GÊNEROS

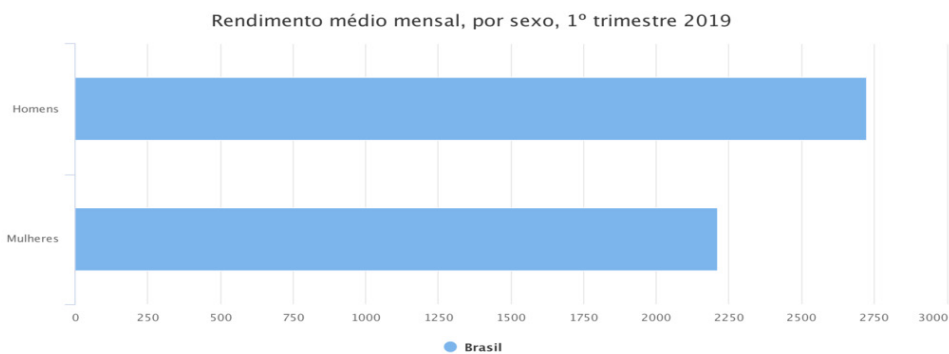
Forçoso reconhecer que desde os primórdios, a mulher sempre foi uma figura familiar, com o típico afazeres domésticos e o homem o provedor do lar. Um dos motivos historicamente dos homens recebem mais que as mulheres. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) constatou-se uma queda consecutiva na desigualdade salarial (2012-2018) entre homens e mulheres. Contudo em 2019 houve um aumento de diferença dos salários dos gêneros em 9,2%.

No ano de 2018, o rendimento das mulheres ocupadas com entre 25 e 49 anos de idade equivalia a 79,5% do recebido pelos homens (R\$ 2.579) nesse mesmo grupo etário. Considerando-se a cor ou raça, a proporção de rendimento médio da mulher branca ocupada em relação ao do homem branco ocupado (76,2%) era menor que essa razão entre mulher e homem de cor preta ou parda (80,1%).

Ainda no grupo etário dos 25 aos 49 anos, o valor médio da hora trabalhada pelas mulheres era de R\$ 13,0, ou 91,5% da hora trabalhada pelos homens (R\$14,2). Se não considerarmos o tempo dedicado a afazeres domésticos e cuidados de pessoas, as mulheres trabalhavam, em média, 4,8 horas semanais a menos do que os homens

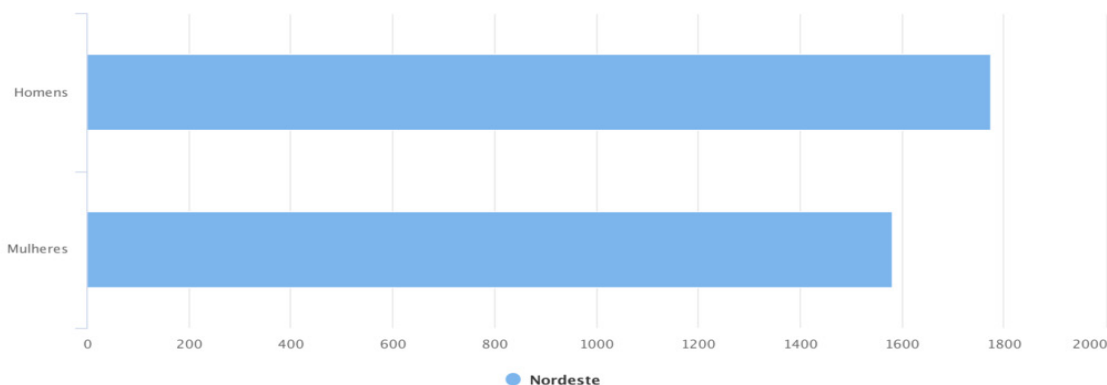
Considerando-se as ocupações, a participação das mulheres era maior entre os trabalhadores dos serviços domésticos em geral (95,0%), Professores do Ensino fundamental (84,0%), Trabalhadores de limpeza de interior de edifícios, escritórios, hotéis e outros estabelecimentos (74,9%) e dos Trabalhadores de centrais de atendimento (72,2%). No grupo de Diretores e gerentes, as mulheres tinham participação de 41,8% e seu rendimento médio (R\$ 4.435) correspondia a 71,3% do recebido pelos homens (R\$ 6.216). Já entre os Profissionais das ciências e intelectuais, as mulheres tinham participação majoritária (63,0%) mas recebiam 64,8% do rendimento dos homens (IBGE, 2020).

Contudo em 2019, o IBGE por meio do PNAD constatou a diferença salarial entre os gêneros, conforme o gráfico a seguir:



Fonte: "IBGE - Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua trimestral"
"O rendimento efetivo se refere ao valor recebido no mês anterior ao da coleta."

Rendimento médio mensal, por sexo, 1º trimestre 2019



Fonte: "IBGE – Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua trimestral"
"O rendimento efetivo se refere ao valor recebido no mês anterior ao da coleta."

Posto o gráfico acima, restou demonstrada que os homens ganham mais que as mulheres fato que deve ocorrer em todo o país, especialmente nas regiões Sudeste e Nordeste.

Não obstante, no artigo divulgado pelo site do ESTRATÉGIA Concursos verifica-se que as diferenças salariais entre gêneros não são exclusivas dos países subdesenvolvidos, revelou-se por meios de dados de pesquisas da Suécia em 2014 as diferenças salariais calculadas sobre salários/horas entre mulheres e homens, com a seguinte constatação de ganho superiores aos homens em 3,85% a mais que as mulheres.

Nessa esteira, a revista eletrônica Veja em maio de 2020 publicou uma matéria com a seguinte chamada: Diferença salarial entre homens e mulheres aumenta. Os dados da matéria foram compilados por uma plataforma de bolsas de ensino superior. A matéria traz um casal de professores, com formação e exercício de funções semelhante, mas ao longo de 20 anos de carreira, a mulher ganhou menos que o marido.

Na matéria a mulher relata sobre um episódio de uma proposta de emprego em uma escola particular em Santos- São Paulo onde recebeu a pretensão salarial de 800 reais mensais para lecionar seis aulas de quarentas minutos pela cada manhã. Ao conversar com o esposo verificou que para o marido foi ofertado o valor de 1700 reais mensais pelo mesmo trabalho.

Com relação ao ano de 2020, novas pesquisas do IBGE apontam para a taxa de desemprego das mulheres é 39,4% superior à dos homens.

Visível que a taxa de desemprego entre as mulheres brasileiras foi de 14,5º no primeiro trimestre do ano, 39,4% superior à taxa de desocupação de 10,4% dos homens. Na média Global, a taxa de desemprego foi de 12,2% no primeiro trimestre.

6 | DIFERENÇAS SALARIAIS ENTRE RAÇAS

A diferença salarial entre brancos e negros, de 45% de acordo com a PNDAD (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios) de 2019, não pode ser atribuída apenas à falta de oportunidade de formação das pessoas negras. Segundo o cálculo do Instituto Locomotiva (2020), a diferença salarial ainda é significativa, de 31%, quando comparados os salários de brancos e negros com ensino superior, isolados todas as demais variáveis.

Racismo e mercado de trabalho

R\$ 770 bilhões

é impacto do racismo na economia

Diferença salarial média entre homens brancos e negros

Em R\$

Salário médio de homens brancos
3.579

Salário médio de homens negros
1.970

Homens não-negros com ensino superior
7.033

Homens negros com ensino superior
4.834

Mulheres não-negras com ensino superior
4.760

Mulheres negras com ensino superior
3.212

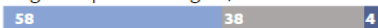
Quem tem mais oportunidade de estudo?

■ Brancos ■ Ambos ■ Negros

Segundo pessoas não-negras, em %

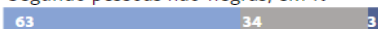


Segundo pessoas negras, em %

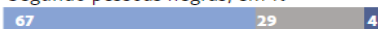


Quem tem mais oportunidade no mercado de trabalho?

Segundo pessoas não-negras, em %



Segundo pessoas negras, em %



Fonte: Instituto Locomotiva a partir da PNAD 2019 (BGE) | Valores inflacionados para julho de 2019 pelo INPC e Pesquisa do Instituto Locomotiva com 1.170 pessoas

Depreende-se que embora hajam mecanismos coibidores e punitivos, que proibam as práticas discriminatórias no Brasil é possível enxergar tais ações no cotidiano brasileiro. São inúmeros motivos históricos, morais, sociais e religiosos que fazem refletir nesse cenário discriminatório entre gêneros, raças, etnias, nacionalidade e etc. Mesmo o Brasil adotando uma Constituição Cidadã que visa a igualdade entre todos os seus cidadãos, não podemos enxergar de forma clara nos dias atuais. Devendo o legislativo criar novas leis com penas, sanções administrativas, reparo moral e material mais duros em face das quais já possuímos e o Judiciário fazer a concretização dessas leis por meio de soluções de casos concretos.

7 | POLÍTICAS AFIRMATIVAS NO COMBATE À DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO E ETNIA

Em razão das discriminações sociais históricas grupos sociais sofreram ou ainda sofrem, seja pela condição física, social, econômica, racial, de gênero, religião, entre outros, o Estado cria políticas afirmativas, que são medidas que visam amenizar tais equívocos, combatendo e prevenindo a discriminação sobre esses indivíduos.

Nesse sentido, o Grupo de Estudos Multidisciplinares da Ação Afirmativa da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) conceitua políticas afirmativas:

Ações afirmativas são políticas focais que alocam recursos em benefício de pessoas pertencentes a grupos discriminados e vitimados pela exclusão sócio-econômica no passado ou no presente. Trata-se de medidas que têm como objetivo combater discriminações étnicas, raciais, religiosas, de gênero ou de casta, aumentando a participação de minorias no processo político, no acesso à educação, saúde, emprego, bens materiais, redes de proteção social e/ou no reconhecimento cultural (GEMMA, 2020).

Corroborando este entendimento, Joaquim Benedito Barbosa Gomes (2001, p. 6-7) afirma que políticas públicas:

Consistem em políticas públicas voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional, de compleição física e situação socioeconômica. Impostas ou sugeridas pelo Estado, por seus entes vinculados e até mesmo por entidades puramente privadas, elas visam a combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação, mas também a discriminação de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade. De cunho pedagógico e não raramente impregnadas de um caráter de exemplaridade, têm como meta, também, o engendramento de transformações culturais e sociais relevantes, inculcando nos atores sociais a utilidade e a necessidade de observância dos princípios do pluralismo e da diversidade nas mais diversas esferas do convívio humano.

As políticas afirmativas têm por objetivo garantir o direito fundamental à igualdade, não só a formal como também a material, a fim de que se possa salvaguardar a efetiva igualdade de tratamento e oportunidades aos cidadãos diante da sociedade.

A própria Constituição da República, antecipando a ideia de políticas públicas, traz em seu texto medidas protetivas a grupos historicamente suscetíveis a segregação na sociedade, constituindo a redução das desigualdades sociais e regionais como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, previsto no do art. 3º, inciso III.

A ideia de implantação de medidas que objetivam o combate à discriminação se prolonga ao longo dos séculos. Nesse cenário se destaca a Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, proclamada pela Organização das Nações Unidas em 1963, cujo objetivo era eliminar rapidamente a discriminação racial, afirmando que a discriminação racial é ofensa à dignidade da pessoa humana.

Desse modo, a Declaração supracitada conta com a participação dos Estados e organizações não governamentais para o combater a discriminação racial, através de estudos sobre as causas que levam a tal segregação, a fim de que se possa tomar medidas adequadas a eliminá-las.

Artigo 10 - As Nações Unidas, agências especializadas, dos Estados e organizações não governamentais devem fazer tudo ao seu alcance para promover uma ação energética que, combinando legais e outras medidas práticas, tornará possível a supressão de todas as formas de discriminação racial. Eles devem, em particular, estudar as causas de tal discriminação, com vista a recomendação de medidas adequadas e eficazes para combater e eliminar. (ONU, 1963).

No Brasil, uma das políticas públicas que merece destaque é a instituição das cotas raciais para ingresso nas universidades públicas, através da Lei 12.711/2012, a fim conceder acesso mais igualitário ao Ensino Superior por grupos socialmente segregados, e ainda visando amenizar os prejuízos históricos em razão desta discriminação.

No mesmo sentido, a Lei 12.990/2014 reservou vagas para negros em concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos, no âmbito da administração federal.

Por outro lado, a mulher, sobretudo a mulher negra que sofre duplamente discriminação, também está inserida no grupo social historicamente segregado, notadamente no mercado de trabalho. Diante disso, a Constituição da República, em seu art. 7º, inciso XX previu a proteção do mercado de trabalho da mulher, dependendo de lei infraconstitucional para implantação de incentivos específicos.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

Em obediência à Constituição da República, a Lei 9799/99 incluiu na Consolidação das Leis Trabalhistas o art. 373-A, de suma importância no combate à discriminação da mulher, pois veda práticas abusivas e de segregação em razão do sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, nos casos de anúncios, recusa de emprego, promoção, dispensa do trabalho, exigência de comprovante de esterilidade ou gravidez, bem como revistas íntimas nas empregadas.

Dessa forma, não somente a criação, mas a efetiva execução de políticas afirmativas é uma maneira de repensar a omissão do Estado em um passado (e ainda no presente) de discriminação, sem ações de combates, para que a sociedade possa se transformar na busca do direito fundamental à igualdade estabelecido pela Constituição da República e que deve ser de fato garantido a todos os indivíduos, independente de raça e sexo.

Por fim, é importante destacar trecho do voto da Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, nos autos da ADPF 186, ajuizada pelo DEM contra a política de cotas raciais na Universidade de Brasília (UnB): *“As ações afirmativas não são a melhor opção, mas são uma etapa. O melhor seria que todos fossem iguais e livres”*.

Portanto, até que o Estado garanta a todos os indivíduos uma sociedade efetivamente igualitária se faz necessária a implantação de políticas públicas que visem corrigir os prejuízos das discriminações históricas vividas por mulheres e negros.

8 | CONCLUSÃO

O presente trabalho mostrou um país que necessita assumir uma postura mais igualitária dentro de todas as áreas, sobretudo, nas relações de trabalho, gerando emprego, renda e qualidade de vida às trabalhadoras negras. Constatou-se ainda, que os princípios constitucionais basilares, encontram-se ameaçados diante do tratamento desigual dado a homens e mulheres, negros e brancos.

Conclui-se que faz-se necessário criar políticas públicas mais efetivas de inserção das trabalhadoras negras no mercado de trabalho e que as mulheres que se encontram empregadas tenham o seu trabalho valorizado em par de igualdade com os demais.

Ressalte-se que é de extrema importância que o Estado diante de todo o aparato garanta aos indivíduos uma efetividade da igualdade de direito, a fim de que as políticas públicas por ele desenvolvidas corrijam os prejuízos herdados ao longo dos anos.

É importante conscientizar a sociedade como um todo sobre essa responsabilidade. Que esta, tenha a sensibilidade de entender que é importante reconhecer as formas variadas de discriminação, bem como, a existência de ações afirmativas no combate às diferenças raciais e o efetivo desenvolvimento de políticas públicas de inserção do negro e das mulheres no mercado de trabalho. Só assim, haverá propriedade do assunto a fim de cobrar, então, dos poderes públicos ações afirmativas mais efetivas.

REFERÊNCIAS

ADICHIE, ChimamandaNgozi. **Todos Devemos Ser Feministas**, 2012, disponível em: TED Ideasworthspreading: https://www.ted.com/talks/chimamanda_ngozi_adichie_we_should_all_be_feminists?language=pt-br. Acesso em 01 Ago. 2020.

BRASIL, **Constituição Da República Federativa Do Brasil**, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 03 de agosto de 2020.

ESTRATÉGIA CONCURSOS. Disponível em <https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/homens-ganham-mais-que-mulheres-por-que/>. Acesso em 11 de agosto 2020.

GEMMA. O que são ações afirmativas? Disponível em <http://gema.iesp.uerj.br/o-que-sao-acoes-afirmativas/>. Acesso em 03 de agosto de 2020.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA**, Renovar, Rio de Janeiro, 2001.

HIRATA, Helena. Entrevista ao canal Mulheres de Luta, **A Mulher no Mercado de Trabalho I Desigualdades de Gênero no Mercado de Trabalho**, 2019, Disponível em: em Mulheres de Luta: <https://www.youtube.com/watch?v=xSyXSiEyics>. Acesso em 31 Jul. 2020.

IBGE, **Instituto de Geografia e Estatística**, 2010. Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?busca=1&id=1&idnoticia=2747&t=estatisticas-genero-mostram-como-mulheres-vem-ganhando-espaco-realidade-socioeconomica-pais&view=noticia>. Acesso em 01 Ago. 2020.

MELO, Hildete. Entrevista ao canal Mulheres de Luta, **A Mulher no Mercado de Trabalho I Desigualdades de Gênero no Mercado de Trabalho**, 2019, Disponível em: em Mulheres de Luta: <https://www.youtube.com/watch?v=xSyXSiEyics>. Acesso em 31 Jul. 2020.

OBSERVATÓRIO DE GÊNERO. **Plano Nacional de Políticas para as Mulheres, 2005**. Disponível em: <http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/publicacoes>. Acesso em 31 Jul. 2020.

ONU MULHER. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**, 2002. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/noticias/mulheres-brasileiras-sao-maiores-beneficiarias-de-programas-sociais-destaca-nova-publicacao-da-onu-mulheres-e-do-governo-brasileiro/>. Acesso em 02 Ago. 2020.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial**. 1963. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/port/1963%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas%20sobre%20a%20Elimina%C3%A7%C3%A3o%20de%20Todas%20as%20Formas%20de%20Discrimin%C3%A7%C3%A3o%20Racial,%20proclamada%20pela%20Assembleia%20Geral%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas%20em%2020%20de%20novembro%20de%201963,%20a%20resolu%C3%A7%C3%A3o%201904%20\(XVIII\).pdf](https://www.oas.org/dil/port/1963%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas%20sobre%20a%20Elimina%C3%A7%C3%A3o%20de%20Todas%20as%20Formas%20de%20Discrimin%C3%A7%C3%A3o%20Racial,%20proclamada%20pela%20Assembleia%20Geral%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas%20em%2020%20de%20novembro%20de%201963,%20a%20resolu%C3%A7%C3%A3o%201904%20(XVIII).pdf). Acesso em 03 de ago. 2020.

RIBEIRO, Djamila. **Divisão social, racial e de gênero confinou negra no mercado informal**, 2019. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/divisao-social-racial-e-de-genero-confinou-negra-no-mercado-informal/>. Acesso em 01 Ago 2020.

STF, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 186**. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em 03 de agosto de 2020.

WERNECK, Jurema. Entrevista ao canal Mulheres de Luta, **A Mulher no Mercado de Trabalho I Desigualdades de Gênero no Mercado de Trabalho**, 2019, Disponível em: em Mulheres de Luta: <https://www.youtube.com/watch?v=xSyXSiEyics>. Acesso em 31 Jul. 2020.

CAPÍTULO 14

AÇÕES AFIRMATIVAS NA EDUCAÇÃO E NO SERVIÇO PÚBLICO: A EXPERIÊNCIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Data de aceite: 01/11/2020

Data de submissão: 04/08/2020

Delcy Alex Linhares

Universidade Estácio de Sá (UNESA).

Rio de Janeiro – RJ

<http://lattes.cnpq.br/5579733201040475>

RESUMO: Este artigo tem como objetivo principal analisar a evolução das ações afirmativas da educação pública do Estado do Rio de Janeiro. Para tanto, adotou-se a metodologia explicativa, com o auxílio da técnica da análise de documentos e dados internacionais e nacionais. Como restará demonstrado, as ações afirmativas trazem diversas possibilidades que permitem incorporá-las definitivamente na educação pública do Estado do Rio de Janeiro, de modo a colaborar para a redução da desigualdade por meio da ampliação do acesso às profissões de nível superior.

PALAVRAS-CHAVE: Ações afirmativas, Educação pública, Direitos.

AFFIRMATIVE ACTIONS IN PUBLIC EDUCATION OF THE STATE OF RIO DE JANEIRO

ABSTRACT: The main objective of this article is to analyze the evolution of affirmative actions in public education in the State of Rio de Janeiro. For this, the explanatory methodology was adopted, with the aid of the technique of analyzing international and national documents and data.

As will be shown, affirmative actions bring several possibilities that allow them to be definitively incorporated into the public education of the State of Rio de Janeiro, in order to collaborate to reduce inequality by expanding access to higher-level professions.

KEYWORDS: Affirmative actions, Public education, Rights.

1 | INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objeto analisar a iniciativa do Estado do Rio de Janeiro de instituir um sistema de reserva de vagas, como forma de ação afirmativa, para o ingresso em escolas e universidades públicas estaduais e para o acesso a cargos e empregos no serviço público estadual.

Inicialmente faremos uma síntese de dados fornecidos por órgãos oficiais de geografia e estatística para traçar o perfil da população e as peculiaridades do mercado de trabalho, com ênfase na análise da escolaridade e renda. Posteriormente faremos uma contextualização histórica e doutrinária das ações afirmativas e passaremos à análise das experiências advindas da iniciativa pioneira do Estado do Rio de Janeiro na instituição do sistema de reserva de vagas e seus reflexos nos meios político, jurídico e acadêmico. Abordaremos ainda as diversas contestações ocorridas, ao longo do tempo, perante o poder judiciário.

Em seguida, trataremos dos reflexos da experiência desenvolvida no Estado do Rio de Janeiro no ordenamento jurídico nacional, com ênfase na legislação federal e com olhar sobre outras experiências adotadas por outros estados da federação.

Por fim, demonstraremos os dados colhidos no relatório de revisão do sistema de reserva de vagas e concluiremos o estudo com a proposição de que é necessário que mais unidades da federação adotem cotas para ingresso na educação e no serviço público, em virtude da constitucionalidade do sistema e da vantajosidade social da iniciativa.

2 I SÍNTESE DOS DADOS ESTATÍSTICOS

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2018, a população brasileira era de 208.494.900 indivíduos, e, “na análise por cor ou raça, a proporção de brancos era de 45,8% e a de pretos e pardos de 53,2%”, o que significa dizer que a maioria da população é negra.

Ainda segundo o mesmo instituto, “desigualdades também são reveladas quando se compara a população segundo o critério de cor ou raça. De fato, ao longo de toda a série histórica, a taxa de desocupação da população preta ou parda foi maior do que a população branca, tendo alcançado a maior diferença em 2017, de 4,6 pontos percentuais”. Tal informação nos leva a concluir que brancos têm mais acesso ao emprego do que pretos e pardos.

Prosseguindo, o órgão oficial de estatística registra que o fato de a população branca ser mais escolarizada do que a preta ou parda não deve ser apontado como explicação para tal resultado.

Afinal, quando comparadas pessoas pretas ou pardas e pessoas brancas com o mesmo nível de instrução, a taxa de desocupação é sempre maior para os pretos ou pardos. A diferença é substancialmente menor quando recortadas apenas as pessoas com ensino superior completo, indicando que concluir o ensino superior é um fator que contribui para o acesso ao mercado de trabalho com mais intensidade para as pessoas pretas ou pardas, apesar de não ser o suficiente para colocá-las em pé de igualdade com as pessoas brancas” (IBGE. Síntese de Indicadores Sociais, p.37).

Dados divulgados mostram que, em 2016, 1% dos trabalhadores com os maiores rendimentos no país recebia por mês, em média, R\$27.085,00. A renda nominal mensal domiciliar *per capita*, no Estado do Rio de Janeiro, foi de R\$1.689,00, e a metade da população do Estado ganhava, em média, R\$747,00 (IBGE, Panorama, [Online]). Em arremate, o IBGE registra que “as pessoas de cor ou raça preta ou parda tiveram rendimento domiciliar *per capita* médio de quase a metade do valor observado para as pessoas brancas em 2017 (50,3%) (IBGE, Síntese de Indicadores Sociais, p. 55). Ou seja, os brancos ganham salários mais altos que os pretos e pardos.

Resumindo: a maioria da população é preta ou parda, mas as pessoas brancas, que são minoria, têm maior escolaridade, mais emprego e ganham salários mais altos. Não é por outro motivo que o órgão oficial de estatística registra a relevância do ensino superior para as pessoas pretas ou pardas, haja vista que a qualificação contribui decisivamente para o acesso dessa população ao mercado de trabalho, sendo também fator crucial para o aumento da renda e a melhora dos índices de empregabilidade, o que significa dizer que o acesso ao ensino superior é capaz de transformar a vida da maioria da nossa população.

Segundo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), que mede o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), o Brasil ocupa a 79ª posição no ranking entre 189 países (UNDP, Human Development Indices and Indicators, 2018); e, embora seja integrante do grupo de países considerados de alto desenvolvimento humano, seu desempenho retrata que ainda temos muito a fazer.

É objetivo fundamental do Brasil “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (CF, art. 3º, III). Portanto, é necessário que o Estado busque meios e instrumentos que materializem e tornem efetivo esse objetivo, de sorte que, uma vez identificados grupos ou indivíduos em estado de vulnerabilidade, torna-se imperiosa a redução das desigualdades sociais ou regionais. Sem dúvida, a desigualdade no Brasil está relacionada com a estrutura étnica e racial dos indivíduos.

A Constituição Brasileira garante a igualdade entre as pessoas. A ideia de igualdade tem sua máxima redação na *Oração aos Moços* de Rui Barbosa (1951, p. 31): “A regra da igualdade não consiste senão em quinhonar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada a desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade”. Trata-se de assegurar não apenas uma igualdade formal entre os indivíduos, mas, principalmente, a igualdade material, de bens e de oportunidades, sendo imprescindível reconhecer que existem pessoas humanas em nossa população que necessitam de tratamento diferenciado porque encontram-se em situação de desigualdade histórica, que as mantém com menor nível de escolaridade, com menos empregos e ganhando pouco.

3 I CONTEXTUALIZAÇÃO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

A história da superação da desigualdade racial tem muitos eventos significantes, mas, em se tratando de ações afirmativas, é preciso fazer uma contextualização para que se identifiquem as principais fontes. Inegavelmente, a decisão proferida em 1954, pela Suprema Corte estadunidense que, ao julgar o caso *Brown vs. Board of Education*, declarou a inconstitucionalidade da segregação racial de crianças nas escolas públicas, é citada como a principal fonte jurisprudencial. Todavia, a expressão “*affirmative action*” apareceu pela primeira vez no *Executive Order* n. 10925/1961, editado pelo presidente americano John F. Kennedy. Esse ato normativo proibia a discriminação com base na raça, credo, cor

ou origem nacional aos empregados ou candidatos a emprego e permitia que o contratante adotasse uma “ação afirmativa” para assegurar que tais candidatos tivessem acesso ao emprego, e que os empregados contratados fossem tratados sem que se levasse em conta sua raça, credo, cor ou origem nacional. Posteriormente, o mesmo presidente sancionou o *Civil Rights Act*, em 1964, que trouxe a proibição de segregação racial nas escolas e lugares públicos e vedação de discriminação no emprego. Porém, somente após a sanção da *Equal Employment Opportunity Act*, em 1972, pelo presidente Nixon, “as universidades e escolas passaram a reservar cotas em seus processos de admissão, a fim de promover a discriminação positiva das pessoas igualmente beneficiadas no mercado de trabalho, com o intuito de reduzir a discriminação e efetivar a igualdade material” (CARDOSO, 2010, pp. 173-174 e 176-177).

Joaquim Barbosa registra que as ações afirmativas “consistem em políticas públicas (e também privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Impostas ou sugeridas pelo Estado, por seus entes vinculados e até mesmo por entidades puramente privadas, elas visam a combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação de fundo cultural, estrutural, enraizadas na sociedade” (BARBOSA, 2001, pp. 6-7).

Carlos Alberto Lima de Almeida (2014, p. 251) registra que “a escola deve, portanto, criar um ambiente favorável aos negros para a obtenção de conhecimento, segurança, acolhimento, enfim, valorização de sua história, tradições, costumes. Ou seja, por intermédio da vida escolar, deve ser-lhes desenvolvida uma nova percepção, sobretudo no recorte dos relacionamentos interpessoais, com expresso reconhecimento por parte do Estado, da sociedade e da escola, da dívida social que têm em relação ao segmento negro da população. Trata-se de uma tomada de posição explícita contra o racismo e a discriminação racial nos diferentes níveis de ensino da educação brasileira”.

Por essas razões, é justamente na área da educação pública que as ações afirmativas se mostram mais necessárias, haja vista que a ausência delas acarreta falta de perspectivas de ascensão social. Joaquim Barbosa (2001, p. 63) registrou em sua obra acadêmica a seguinte passagem: “prejudicados em um aspecto de fundamental importância, para o ulterior desenrolar de suas vidas, os membros dos grupos vitimados se veem, assim, desprovidos dos ‘meios’ indispensáveis à sua inserção, em pé de igualdade com os beneficiários da injustiça perpetrada, na competição por melhores empregos e posições escassas no mercado de trabalho. Noutras palavras, a discriminação, entendida sob esta ótica como uma privação de ‘meios’ ou de ‘instrumentos’ da competição, resulta igualmente em privação de oportunidades”.

Assim, as ações afirmativas na área da educação têm o intuito de reduzir as desigualdades sociais, sobretudo as raciais, permitindo, pela reserva das vagas existentes nas escolas, universidades e no serviço público, o acesso isonômico à educação e a

oportunidades de emprego, permitindo aumentar a renda e reduzindo a vulnerabilidade dos grupos populacionais identificados como merecedores de proteção especial do Estado, tais como os carentes, negros, indígenas, quilombolas, deficientes físicos e outros, definidos por lei, de forma a permitir o acesso, em iguais condições, a melhores oportunidades de ascensão social.

4 | A EXPERIÊNCIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Imbuído do espírito de inovação trazido pela virada do milênio, o Estado do Rio de Janeiro publicou em 2000 a Lei n. 3.524 que, de maneira inovadora, reservou 50% das vagas das universidades estaduais para estudantes que cursaram integralmente os ensinamentos fundamental e médio em instituições da rede pública dos Municípios e/ou do Estado. No ano seguinte, em 2001, sobreveio a Lei n. 3.708, que estabeleceu a cota mínima de até 40% (quarenta por cento) para as populações negra e parda no preenchimento das vagas relativas aos cursos de graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). O alinhamento dessas duas normas introduziu o primeiro sistema de reserva de vagas para o ingresso na universidade pública de que se tem notícia no país e promoveu intenso debate nos meios político, jurídico e acadêmico.

Surgiram vozes que diziam que os cotistas não teriam base acadêmica para acompanhar as aulas dos cursos das universidades (ROCHA, 2019). Já no campo jurídico, havia argumentos que contestavam a constitucionalidade daquela legislação porque não havia critérios para definir os candidatos das populações negra e parda. Tampouco havia a definição de critérios para aferir a capacidade econômica do candidato a cotista, o que ensejou ampla controvérsia sobre o tema.

Por isso, no ano de 2003, as duas leis estaduais antes citadas foram substituídas pela Lei n. 4.151, que pela primeira vez introduziu na qualificação dos destinatários da norma o conceito de “estudante carente”, cabendo às universidades definir critérios mínimos para a qualificação do estudante. Dessa forma, a referida lei estabeleceu a primeira premissa: o sistema de cotas é destinado aos estudantes mais pobres.

Coube ainda à referida lei promover a reserva de vagas a estudantes carentes no percentual mínimo de: (i) 20% (vinte por cento) para estudantes oriundos da rede pública de ensino; (ii) 20% (vinte por cento) para negros; e (iii) 5% (cinco por cento) para pessoas com deficiência, nos termos da legislação em vigor, e integrantes de minorias étnicas. Definiu-se assim a segunda premissa: as cotas são para estudantes carentes que pertençam aos grupos sociais mais vulneráveis.

Àquela altura havia sérias contestações, principalmente na comunidade acadêmica, relativas à forma de implementação da política de cotas. Por isso, a Lei n. 4.151/2003, em homenagem à autonomia universitária, estabeleceu que universidades públicas estaduais

deveriam constituir Comissão Permanente de Avaliação com a finalidade de: (i) orientar o processo decisório de fixação do quantitativo de vagas reservadas aos beneficiários das cotas, levando sempre em consideração seu objetivo maior de estimular a redução de desigualdades sociais e econômicas; (ii) avaliar os resultados decorrentes da aplicação do sistema de cotas na respectiva instituição; e (iii) elaborar relatório anual sobre suas atividades.

Também para atender aos reclames da comunidade universitária, sobretudo acerca da alegada (mas não comprovada) deficiência acadêmica dos cotistas, a referida lei deixou a cargo dos órgãos de direção pedagógica superior das universidades a adoção dos critérios definidores de verificação de suficiência mínima de conhecimentos, para assegurar a excelência acadêmica, e garantiu recursos financeiros para a criação de um programa de apoio, visando obter resultados satisfatórios nas atividades acadêmicas de graduação dos estudantes beneficiados pelas cotas, bem como sua permanência na instituição. Dessa forma, prestigiou a autonomia universitária e arrefeceu, em certa medida, o debate na comunidade acadêmica universitária.

No entanto, como já referido, havia vozes que suscitavam a inconstitucionalidade da Lei n.151/2003, em virtude de suposto vício formal por invasão da competência reservada à União para tratar sobre as diretrizes e bases da educação nacional e também por suposta ofensa ao princípio da isonomia, por estabelecer um tratamento desigual entre os estudantes nos vestibulares para o ingresso nas universidades públicas estaduais. No âmbito federal, a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN) ingressou com a Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3197 perante o Supremo Tribunal Federal e, no plano estadual, houve a Representação de Inconstitucionalidade n. 2003.007.00117 proposta pelo Deputado Estadual Flávio Bolsonaro.

Interessante notar que a CONFENEN que é a entidade máxima e única, em nível nacional, de representação das escolas particulares, em todos os seus níveis, foi contra a referida lei estadual. O que deixa claro não só a insatisfação com o sistema de cotas, mas também o interesse em manter o acesso sem reservas dos egressos das escolas particulares nas universidades públicas, em detrimento daqueles oriundos da educação pública, o que, a grosso modo, significa ser contra uma política que favorece os estudantes carentes que, a partir daquele momento, passaram a poder competir em melhores condições com os alunos das escolas particulares, ou seja, os mais afortunados.

Em 2007 a legislação estadual para a reserva de vagas foi aperfeiçoada pela Lei n. 5.074, que alterou dispositivos da Lei n. 4.151/2003 para incluir, no percentual de 5% (cinco por cento), antes reservado para pessoas com deficiência e integrantes de minorias étnicas, os filhos de policiais civis, militares, bombeiros militares e de inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos em razão do serviço. Esse movimento acirrou ainda mais o debate e os questionamentos sobre a constitucionalidade das ações afirmativas

no campo da educação, porque, ao incluir os filhos de algumas categorias de servidores públicos, a legislação estadual acabou por alargar o espectro de destinatários da lei.

No entanto, houve a alternância de governo em virtude das eleições e sobreveio, em 2008, a edição da Lei n. 5.346, durante a gestão do Governador Sérgio Cabral (01/01/2007 a 03/04/2014), que revogou expressamente a Lei n. 4.151/2003, a qual havia entrado em vigor durante a gestão da Governadora Rosinha Garotinho (01/01/2003 a 01/01/2007). Por isso, o Ministro Celso de Mello julgou prejudicada a antes referida ADI, por perda superveniente de seu objeto, uma vez que a lei impugnada em sede de controle de constitucionalidade foi revogada, o que também ensejou a extinção da Representação por Inconstitucionalidade proposta na justiça estadual.

A Lei n. 5.346/2008 instituiu um novo sistema de cotas para ingresso nas universidades estaduais, estabelecendo uma nova premissa: o prazo certo de dez anos; ou seja, previu-se a vigência temporária da lei, com a obrigação de se instituir comissão para avaliar os resultados do programa, um ano antes do término de sua vigência e de revisão legislativa a ser iniciada seis meses antes do termo final do aludido prazo de vigência.

Também houve alteração nas cotas de vagas para ingresso nas universidades estaduais que, ampliadas, passaram a ser, respectivamente, de: (i) 20% (vinte por cento) para os estudantes negros e indígenas; (ii) 20 % (vinte por cento) para os estudantes oriundos da rede pública de ensino; e (iii) 5% (cinco por cento) para pessoas com deficiência e filhos de policiais civis, militares, bombeiros militares e de inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos ou incapacitados em razão do serviço.

Porém, foi no campo do financiamento do sistema de suporte que a Lei n. 5.346/2008 andou melhor, na medida em que estabeleceu, como dever do Estado do Rio de Janeiro, proporcionar a inclusão social dos estudantes carentes destinatários da ação afirmativa, promovendo a sua manutenção básica e preparando seu ingresso no mercado de trabalho, mediante as seguintes ações: (i) pagamento de bolsa-auxílio durante o período do curso universitário; (ii) reserva proporcional de vagas em estágios na administração direta e indireta estadual; (iii) instituição de programas específicos de crédito pessoal para instalação de estabelecimentos profissionais ou empresariais de pequeno porte e núcleos de prestação de serviços. Como se nota, o Estado assumiu obrigações significativas para com os destinatários da ação afirmativa, que incluem o pagamento de valores pecuniários a título de bolsa de estudos e de financiamento, por meio de fornecimento de crédito pessoal, para empreendimentos dos mesmos destinatários. Isso sem falar na introdução da obrigação de reserva proporcional de vagas de estágio profissional na Administração Pública. Notadamente, exsurge mais uma característica do sistema: a formação de uma rede de apoio ao estudante para que este possa não só cursar a universidade, mas também fazer estágio e se estabelecer no mercado de trabalho depois de formado.

Outra novidade trazida pelo novo sistema foi a normatização do procedimento de declaração pessoal para fins de afirmação de pertencimento à raça negra, com a

possibilidade de se instaurar procedimento disciplinar em caso de fraude. Trata-se da consolidação da autodeclaração para efeito de definição do beneficiário à cota, com a manutenção da competência das universidades estaduais, para verificação e controle do que foi declarado.

No entanto, no campo jurídico, o tema continuou a ser discutido e contestado, principalmente as cotas para negros, e o argumento era de que haveria ofensa ao princípio da igualdade previsto na Constituição Federal, porque a reserva de vagas com base no critério da cor da pele privilegiaria as raças mencionadas; e, na medida em que a educação é dever do Estado, independentemente de critério étnico, não seria constitucional fazer esta distinção. Ainda se argumentava que haveria ofensa aos artigos 306 e 307, inciso I, da Constituição Estadual, os quais dispõem que a educação visa à eliminação da discriminação e que deve ser garantida igualdade de condições para o acesso ao ensino. Chegou-se a sustentar que o novo sistema de cotas violaria o princípio da isonomia, uma vez que importaria em “privilégio de poucos” e “prejuízo de muitos”, além de fomentar o preconceito e a discriminação de negros e indígenas, os quais seriam taxados de menos capazes. No entanto, quando do julgamento da Representação por Inconstitucionalidade n. 9/2009, proposta pelo mesmo deputado que já havia contestado o sistema anterior, e que teve por objeto a Lei n. 5.346/2008, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em controle concentrado, assim decidiu:

LEI DE COTAS PARA INGRESSO NAS UNIVERSIDADES ESTADUAIS. Discriminação Positiva. Ações Afirmativas. Igualdade Formal e Material. Constitucionalidade. “Os direitos são os mesmos para todos, mas como nem todos se acham em igualdade de condições para os exercer, é preciso que estas condições sejam criadas ou recriadas através da transformação da vida e das estruturas dentro das quais as pessoas se movem (.) mesmo quando a igualdade social se traduz na concessão de certos direitos ou até certas vantagens especificamente a determinadas pessoas - as que se encontram em situações de inferioridade, de carência, de menor proteção - a diferenciação ou a discriminação positiva tem em vista alcançar a igualdade e tais direitos ou vantagens configuram-se como instrumentais no rumo para esses fins” (Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, 3ª ed, tomo IV, Coimbra Editora, p. 225). A igualdade somente pode ser verificada entre pessoas que se encontram em situação equivalente, sendo levados em consideração os fatores ditados pela realidade econômica, social e cultural. O princípio da isonomia garante que as normas não devem ser simplesmente elaboradas e aplicadas a todos os indivíduos; vai além na medida em que considera a existência de grupos minoritários e hipossuficientes, que necessitam de uma proteção especial para que alcancem a igualdade real, esta sim uma exigência do princípio maior da dignidade da pessoa humana. Portanto, a igualdade prevista na Constituição Federal e repetida na Constituição do Estado do Rio de Janeiro é a igualdade substancial. Se assim não fosse, ainda estaríamos na época do Império, cuja Carta consagrava o princípio da igualdade, mas permitia a convivência do indigitado princípio com a vergonha do regime escravocrata. A ação afirmativa liga-se por um vínculo inquebrantável ao princípio da isonomia. Ela é o instrumento eficaz a garantir

sua concretização no seio da sociedade que, a exemplo da nossa, já nascem marcadas pela desigualdade e pelo preconceito. Neste contexto, a Lei de Cotas (Lei Estadual nº 5.346/08) surge não como um diploma concessivo de direitos, vez que estes já são assegurados na Constituição e em outros diplomas. A Lei de Cotas, em verdade, é diploma concretizador de direitos, de constitucionalidade indubitosa. Improcedência da representação (BRASIL. TJRJ. ADI n. 0034643-67.2009.8.19.0000. Des. Sergio Cavalieri Filho. Tribunal Pleno e Órgão Especial. Julgamento: 18/11/2009).

Assim, com o julgamento da acima referida Representação por Inconstitucionalidade, estabeleceu-se o precedente judicial que permitiu a expansão do sistema de cotas para outras áreas. Nesse movimento, foi editada a Lei n. 6.067/2011, que dispôs sobre a reserva de vagas para negros e índios nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos integrantes dos quadros permanentes de pessoal do Poder Executivo e das entidades da Administração Indireta do Estado do Rio de Janeiro. Essa lei teve o intuito de fazer o fechamento do sistema, de sorte que uma vez encerrada a graduação nas universidades públicas estaduais, o egresso do sistema de cotas teria a chance de ingressar no serviço público estadual seguindo o mesmo critério que havia sido definido para o ingresso nas universidades. Não por outro motivo, também houve contestação sobre a constitucionalidade da referida lei, pelo mesmo deputado, mas o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assim se pronunciou:

REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 6.067, de 25 de outubro de 2011, que dispõe sobre a reserva de vagas para negros e índios nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos integrantes dos quadros permanentes de pessoal do Poder Executivo e das entidades da Administração indireta do Estado do Rio de Janeiro. A norma impugnada veicula ação afirmativa, seguindo o conjunto de políticas públicas e privadas que objetiva o combate à discriminação racial, de gênero e outras intolerâncias correlatas, tal como preconiza a Constituição Federal, expressamente, no tocante à mulher (art. 7º, XX) e aos portadores de necessidades especiais (art. 37, VIII), sinalizando baliza fundamental para aplicação do princípio da igualdade jurídica, cujo implemento se dá através de legislação infraconstitucional. Há pouco mais de 100 anos, a pessoa negra era considerada pelo Direito e pela sociedade como um objeto passível de propriedade e a população indígena foi vítima de verdadeiro holocausto. A revisão dos parâmetros clássicos do conceito de isonomia, de forma a reconhecer sua dupla faceta: a) proibição de diferenciação, em que “tratamento como igual significa direito a um tratamento igual”; b) obrigação de diferenciação, em que tratamento como igual significa “direito a um tratamento especial”, impõe que a igualdade jurídica se faça, constitucionalmente, como conceito positivo de condutas promotoras de isonomia. Dessa forma, verifica-se que o atual entendimento consolidado nos Tribunais Superiores é no sentido de que a política de reserva de vagas não é, de nenhum modo, estranha à Constituição, asseverando-se que as políticas de ação afirmativa, compreendidas como medidas que tem como escopo “reparar ou compensar os fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica”, não configuram meras concessões do Estado, mas consubstanciam deveres que se extraem dos princípios constitucionais.

Dessa forma, estando o princípio da igualdade consolidado em ambas as Constituições, da República e do Estado do Rio de Janeiro, devem todos os entes da Federação fomentar as ações afirmativas e dispender recursos para encurtar distâncias sociais e promover os desfavorecidos, como forma de efetivar a isonomia material. IMPROCEDÊNCIA da Representação (BRASIL. TJRJ. ADI n. 0059568-59.2011.8.19.0000. Des. Sidney Hartung Buarque. Tribunal Pleno e Órgão Especial. Julgamento: 25/09/2013).

Vale registrar que a aludida decisão foi proferida por maioria, e o voto vencido declarou: “Enquanto não for modificado o §2º do artigo 9º da Constituição Estadual vigente, também na parte que trata dos Direitos e Garantias Individuais e Coletivas, que, também de forma expressa, proíbe discriminação por atos decorrentes de raça, cor, etnia, entre outras condições, bem como o estabelecimento de quaisquer privilégios pelas mesmas condições, não posso votar no sentido adotado pelo Exmo. Desembargador Relator. Frente a estes dispositivos ‘pétreos’ das Constituições Federal e Estadual, não consigo alcançar entendimento capaz de afirmar que a Lei aqui representada seja constitucional por representar uma ‘ação afirmativa’” (BRASIL. TJRJ. ADI n. 0059568-59.2011.8.19.0000. Des. Sidney Hartung Buarque. Tribunal Pleno e Órgão Especial. Julgamento: 25/09/2013).

Nota-se, para além da controvérsia acerca do tema, a dificuldade de se tratar de questões importantes, tais como a desigualdade social, as ações afirmativas e o próprio princípio da isonomia, sendo até mesmo curioso perceber que não há nenhum constrangimento epistemológico em se reconhecer, abertamente, que existe certa dificuldade de se entender o sistema de cotas como uma ação afirmativa.

Contudo, seguindo na mesma trilha de inclusão social traçada pela legislação estadual antes referida, sobreveio a Lei estadual n. 6.434/2013 que instituiu o sistema de cotas para o ingresso de negros, pardos e índios no Instituto de Aplicação Fernando Rodrigues da Silva (CAP – UERJ), que estendeu mais ainda os limites do sistema de reserva de vagas, levando-o para o ensino fundamental e médio, de maneira a incorporar todos os níveis da educação pública estadual. Da mesma forma e pela mesma via, também foi contestada a constitucionalidade da referida lei, pelo mesmo deputado, tendo o Tribunal de Justiça fluminense mantido o precedente formado anteriormente:

Representação por inconstitucionalidade dos dispositivos da lei estadual nº 6434/2013 que estabelecem sistema de cotas para o ingresso de negros, pardos e índios no Instituto de Aplicação Fernando Rodrigues da Silva – CAP - UERJ – questão que tem sido objeto de reiteradas decisões deste egrégio órgão especial, no sentido de reconhecer que a política de reserva de vagas, para o ingresso tanto no serviço público quanto para as universidades ou colégios estatais, não é estranha à constituição, refletindo deveres extraídos dos princípios nela inseridos – improcedência do pedido (BRASIL. TJRJ. ADI n. 002193628.2013.8.19.0000. Relator: Des. Adriano Celso Guimarães. Tribunal Pleno e Órgão Especial. Julgamento: 05/02/2015).

Assim, após anos de intenso debate e disputas judiciais acerca do sistema de cotas para ingresso no sistema educacional e no serviço público, foi editada, em 2018, a Lei n. 8.121, em revisão da Lei n. 5.346/2008, que prorroga a reserva de vagas nas universidades públicas estaduais por mais 10 anos. A novidade da nova lei é que o referido prazo de uma década de vigência poderá ser ampliado por meio de proposta dirigida ao chefe do Poder Executivo pelas instituições de ensino superior, após a aprovação por suas máximas instâncias deliberativas, que as encaminharão à Assembleia Legislativa.

Outra novidade é que as universidades, após a aprovação, por suas máximas instâncias deliberativas, poderão: (i) fixar o percentual de vagas reservadas a negros, indígenas e alunos oriundos de comunidades quilombolas, observando o quantitativo mínimo de 20% (vinte por cento), em cada curso, e facultando às universidades públicas estaduais decidir sobre reservas específicas para povos indígenas e quilombolas; (ii) fixar o percentual de vagas reservadas a alunos oriundos de ensino médio da rede pública, seja municipal, estadual ou federal, e o quantitativo mínimo de 20% (vinte por cento) em cada curso; (iii) fixar o percentual de vagas reservadas a estudantes com deficiência e filhos de policiais civis e militares, bombeiros militares e inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos ou incapacitados em razão de serviço, observado o quantitativo mínimo de 5% (cinco por cento), em cada curso; (iv) fixar o valor da bolsa auxílio paga aos estudantes destinatários do programa de ação afirmativa prorrogado por esta lei, observado o limite mínimo de meio salário mínimo vigente; (v) propor ao poder executivo a adoção de procedimentos necessários para a publicidade dos atos relativos à inscrição e à permanência dos estudantes destinatários desta lei, no respectivo Programa de Ação Afirmativa; (vi) Propor ao Poder Executivo a disponibilização de vagas de estágio, obrigatórios e não obrigatórios, para estudantes destinatários desta lei, na administração direta, indireta e nas sociedades empresariais contratadas pelo poder público, inclusive permissionárias e concessionárias do serviço público, de acordo com a Lei n. 11.788, de 25 de setembro de 2008. Tais medidas reforçam de sobremaneira a autonomia universitária, na medida em que coloca nas mãos das instituições de ensino superior o poder de decidir sobre a gestão do sistema, uma vez observados os limites descritos na lei.

Também deve ser ressaltado que restou mantido o regime de autodeclaração nas inscrições e matrículas para exames vestibulares e de admissão para estudantes negros e indígenas, sendo obrigatória a instituição de Comissão Permanente de Assistência, para verificar a regularidade do exercício dos direitos reconhecidos e reparados por esta lei, especialmente para apurar casos de desvio de finalidade, fraude ou falsidade ideológica, cabendo às universidades criarem mecanismos para estes fins.

No entanto, a despeito da superação da dúvida acerca da constitucionalidade do sistema de cotas, ainda existem vozes que se insurgem contra o tema. A título de exemplo, os meios de comunicação noticiaram (FERREIRA, 2019, [online]) que um deputado estadual protocolou, em 06/05/2019, o Projeto de Lei n. 470/2019 que pretende acabar com

as cotas raciais em instituições públicas estaduais de ensino superior no Rio de Janeiro. Relevante assinalar que o referido parlamentar é do mesmo partido do então deputado que promoveu todas as representações por inconstitucionalidade anteriormente citadas e que foram julgadas improcedentes pela corte constitucional estadual. O autor da proposição legislativa se insurge apenas contra as cotas raciais, já que, segundo noticiado, afirma que o sistema de cotas raciais “cria um terrível precedente, que é a discriminação social para atingir objetivos políticos” e que “divide negativamente as sociedades onde são implantadas, gerando ódio racial e o ressentimento das pessoas que não entraram na Universidade”. Curioso é que a referida proposta legislativa não pretende retirar as demais cotas que contemplam egressos da rede pública de ensino, pessoas com deficiência e filhos de policiais civis e militares, bombeiros militares e inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos ou incapacitados em razão de serviço, “por terem caráter eminentemente social”, tal como registrado pelo parlamentar. Nota-se claramente que a insurgência é contra a cota dos negros, indígenas e quilombolas e a via de ataque não é mais a contestação judicial sobre a constitucionalidade da lei. Pelo que se percebe, aproveita-se o momento de acirramento ideológico que exsurtiu no país após as eleições de 2018 para tentar retroceder o sistema de cotas, que é uma conquista social, por meio do processo legislativo.

Trata-se de verificação, no mundo prático, do que chamamos de federalismo pendular, porque apesar de a Constituição de 1988 eleger o federalismo como forma de Estado e prescrever, em seu texto, avançados direitos e garantias, no intuito de estabelecer e incentivar avanços sociais, convivemos em um constante movimento de avanços e retrocessos que atingem principalmente os direitos fundamentais. Nesse contexto, a face mais cruel desse movimento pendular é a tentativa de aproveitar determinada legislatura, para tentar promover o retrocesso social.

5 | REFLEXOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

Mesmo antes da primeira iniciativa do Estado do Rio de Janeiro na reserva de vagas para o acesso à educação ou ao serviço público, a Lei federal n. 8.112/90 reservou até 20% das vagas nos concursos públicos para portadores de deficiência. Seguindo a mesma linha, a Lei federal n. 8.213/91 instituiu cotas de 2% a 5% das vagas nas empresas privadas com mais de 100 empregados para os mesmos destinatários. Essa legislação foi amplamente aceita pela sociedade e não se tem notícia de ter havido questionamento quanto a constitucionalidade de ambas as leis.

Em 2012, a União federal editou a Lei n. 12.711 que instituiu o sistema de reserva de vagas nos concursos públicos para ingresso nas universidades federais, que destinarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado

integralmente o ensino médio em escolas públicas e se autodeclarem pretos, pardos e indígenas ou pessoas com deficiência, nos termos da legislação. O percentual de reserva deve observar, no mínimo, a proporção de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. No preenchimento das vagas, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário mínimo (um salário mínimo e meio) *per capita*.

Tal como se vê, somente após consolidada da experiência da reserva de vagas no Estado do Rio de Janeiro, a União adotou essa forma de ação afirmativa para o acesso a instituições federais de ensino superior. No entanto, a iniciativa fluminense também demonstrou que não basta apenas o acesso à graduação em curso superior. Também é preciso que seja garantido o acesso ao serviço público, por meio de cotas, para que seja efetivado o comando constitucional de reduzir as desigualdades.

Nesse intuito, sobreveio a Lei federal n. 12.990/2014, que instituiu o sistema de cotas no acesso ao serviço público federal, reservando aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

No âmbito dos estados federados o sistema de reserva de vagas ora vem disciplinado em leis estaduais, ora está presente nos regulamentos internos das instituições de ensino, ora adota os critérios do SISU, e, em alguns casos, simplesmente não existe. Nos estados do Rio Grande do Norte (Lei n. 8.258/2002), Mato Grosso do Sul (Leis n. 2.589/02 e n. 2.605/03), Minas Gerais (Lei n. 15.150/2004), Amazonas (Lei n. 2.894/2004), Amapá (Lei n. 1.258/2008), Maranhão (Lei n. 10.404/15), Tocantins (Lei n. 3.124/16), Goiás (Lei n. 20.249/18), o sistema de cotas está previsto em leis estaduais. No Distrito Federal a regulamentação veio inserida no Plano de Metas para a Integração Social, Étnica e Racial, aprovado em 2003 na UNB. Em Alagoas, Mato Grosso (Lei estadual n. 10.816/19, que reserva vagas para ingresso no serviço público), Paraná, Pernambuco, Piauí (Lei estadual n. 5.791/08, que reserva vagas nas universidades para egressos das escolas públicas), Rio Grande do Sul (Lei estadual n. 13.694/11, que reserva vagas para ingresso no serviço público), Roraima e Santa Catarina, o sistema de reserva de vagas provém de normas universitárias. Bahia e Ceará usam o SISU, que adota as diretrizes da Lei federal n. 12.711/13 para o ingresso nas universidades públicas estaduais. São Paulo adotou um sistema de bonificação que acresce a nota obtida no vestibular, de 5% a 15%, conforme o estudante seja egresso do ensino fundamental ou médio em instituição pública ou se autodeclare preto, pardo ou indígena. Por fim, existem ainda os estados do Acre, Espírito Santo, Rondônia e Sergipe, que não possuem universidade estadual, e os estados do Pará

e da Paraíba, que têm universidades próprias, mas não possuem sistema de cotas raciais, mesmo sendo estados cujo percentual de pretos e pardos é elevado. Nestes estados existe tão somente a reserva de vagas para alunos que cursaram integralmente o ensino fundamental e médio em escolas públicas.

Tal como se vê, o sistema de reserva de vagas para ingresso na educação e no serviço público é uma realidade que nasceu como política de governo, mas se espalhou pelo país, com o passar do tempo, cristalizando-se como política de estado difundida por todos os entes da federação em benefício da população, principalmente os reputados carentes e socialmente discriminados em razão da cor, raça ou deficiência física.

6 | CONCLUSÃO

As cotas surgem para contrapor a desigualdade que existe entre os diversos grupos sociais. O sistema de reserva de vagas nas universidades públicas se destina a tornar mais justo o acesso à educação pública, exatamente para garantir a igualdade formal e material entre os indivíduos. Por isso, no Estado do Rio de Janeiro, onde 51,7% da população é de pessoas pretas e/ou pardas, subiu de 3% para 12% o percentual de indivíduos, com essas mesmas características, nas instituições públicas de ensino superior (FERREIRA, 2019, [online]). O sistema de cotas faz justiça porque permite a concorrência, em igualdade de condições, de indivíduos que detêm condições socioeconômicas iguais entre si, nos concursos que dão acesso às vagas disponíveis no sistema de educação, em todos os níveis e no serviço público estadual.

É preciso reconhecer que o debate acerca do sistema de cotas não é relacionado a ideologias políticas. É um debate sobre o racismo e a dificuldade que existe no país de legitimar a população negra e parda como um grupo que merece proteção jurídica especial do Estado, porque é historicamente relegado a situações de vulnerabilidade, não apenas pelo regime escravocrata que se estabeleceu no país até o século XIX, mas sobretudo pela continuidade de práticas sociais que verteram, a esta população, baixa escolaridade, menos empregos e menores salários, apesar de representarem a maioria numérica da população.

O sistema de cotas, tal como está estabelecido na legislação do Estado do Rio de Janeiro, é destinado aos estudantes carentes, ou seja, aos mais pobres; é temporário e garante a ascensão social, porque a educação é transformadora, sendo a única via capaz de promover o ingresso de um número significativo de indivíduos nas melhores posições do mercado de trabalho.

Vale dizer que o sistema de cotas tem mecanismos de autocontrole que são destinados a combater e apurar casos de desvio de finalidade, fraude ou falsidade ideológica, no procedimento de autodeclaração dos beneficiários, e, que cabe às universidades criarem mecanismos para esses fins, de sorte que se deve empenhar a confiança de que eventuais

incorrções ou disparidades do sistema serão corrigidos para o resguardo dos direitos não só dos beneficiários, mas também daqueles que o financiam, não existindo motivos para haver questionamentos sobre a lisura de seus procedimentos.

Os resultados obtidos após a implantação do sistema mostram que os cotistas são assíduos, produtivos e determinados. O relatório produzido pela Comissão de Avaliação da Lei de Cotas, no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, em 2017, na revisão da Lei n. 5.346/2008, aponta que “os dados analisados evidenciaram que, ao contrário do que sugeriram os críticos do sistema de cotas, temerosos de uma queda generalizada da qualidade do ensino público universitário no Estado, o desempenho dos cotistas é praticamente igual ao desempenho dos não cotistas”. Também se evidenciou que a taxa de evasão de cotistas é menor do que as dos não cotistas: “por exemplo, no estudo do abandono ou desistência do curso, comparação realizada pela UERJ mostra que, de 2003 até 2016, dos 22.917 estudantes que lá ingressaram por cotas, 26% desistiram em meio ao curso. Entre os não cotistas, o índice é de 37%”. Vale ainda ressaltar que “nas áreas de educação, humanas e artes, 41% dos formados são cotistas; em ciências, matemática e computação, 31% dos formados são cotistas; e, nas áreas de saúde, bem-estar social e serviços, 46% são cotistas”.

Os resultados obtidos mostram que o sistema de cotas deu certo. “Fizemos uma avaliação com 500 cotistas e descobrimos que 91% deles estão empregados em diversas carreiras, até naquelas que têm mais dificuldade para empregar”, diz Ricardo Vieiralves de Castro, ex-reitor da UERJ (SEGALLA; BRUGGER; CARDOSO, 2013 [online]). Portanto, há justificativas plausíveis para se afirmar que contestações acerca da legitimidade do sistema de cotas são, na verdade, argumentos retóricos e despidos de qualquer fundamento técnico ou científico ou base empírica.

Portanto, o sistema de cotas, para a população carente, sobretudo de cor preta ou parda, é essencial para a ascensão social, promove a inclusão no mercado de trabalho e oferece reais possibilidades de incremento da renda familiar, com benefícios não só para o cotista e sua família, mas também para todo o país, porque o aumento da renda se traduz em maior arrecadação de impostos, que, por sua vez, torna o país mais rico. Trata-se de um círculo virtuoso, de modo que o valor aplicado no ensino retorna acrescido de ganhos sociais.

Nosso povo, em sua maioria, é justo e democrático, certamente está feliz com o resultado da política de cotas e não irá permitir qualquer retrocesso neste inegável avanço social. Ao contrário, irá cerrar fileiras para defender que o sistema de acesso às vagas nas universidades e no serviço público seja o fiel reflexo de nossa sociedade, independentemente de credo, cor, raça ou religião.

Por todas estas razões propõe-se que todos os estados implementem um sistema de reserva de vagas para o ingresso na educação e no serviço público, servindo a experiência do Estado do Rio de Janeiro como inspiração para cada ente federativo na instituição

de políticas de estado que assegurem à maioria da população, que é preta ou parda, a possibilidade de ascensão social.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Alberto Lima de. **Educação escolar e racismo**: a lei 10.639/2003 entre práticas e representações. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2014. 271 p. Disponível em: <https://www.ufpe.br/documents/38978/1252134/Educa%C3%A7%C3%A3o+Escolar+e+Racismo+03.pdf/8a32c716-d43a-4bc1-87fa-cd7e1bb957bd>. Acesso em: 4 ago. 2020.

BARBOSA, Joaquim. **Ação Afirmativa e princípio constitucional da igualdade**: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. Rio de Janeiro: Organizações Simões, 1951.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro [TJRJ] (Tribunal Pleno/ Órgão Especial). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 0034643-67.2009.8.19.0000. Representante: Flávio Nantes Bolsonaro. Representado: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Des. Sergio Cavalieri Filho, 18 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200900700009>. Acesso em: 4 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro [TJRJ]. (Tribunal Pleno/ Órgão Especial). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 0059568-59.2011.8.19.0000. Flávio Nantes Bolsonaro. Representados: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Des. Sidney Hartung Buarque, 25 de setembro de 2013. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201100700098>. Acesso em: 4 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro [TJRJ]. (Tribunal Pleno/ Órgão Especial). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 002193628.2013.8.19.0000. Flávio Nantes Bolsonaro. Representados: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Des. Adriano Celso Guimarães, 5 de fevereiro de 2015. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201300700045>. Acesso em: 4 ago. 2020.

CARDOSO, Oscar Valente. As ações afirmativas e a inefetividade do direito à educação. In: NETO, João Pedro Gebran; HIROSE, Tadaaqui. **Curso Modular de Direito Constitucional**. São Paulo: Conceito, 2010.

FERREIRA, Luciano. Deputado que quebrou placa de Marielle quer acabar com cotas raciais nas universidades do Rio. **O Globo [online]**. Publicado em: 8 mai. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/deputado-que-quebrou-placa-de-marielle-quer-acabar-com-cotas-raciais-nas-universidades-do-rio-23650410>. Acesso em: 13 mai. 2019.

IBGE. **Estimativas da população**. Tabelas – 2019. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9103-estimativas-de-populacao.html?=&t=resultados>. Acesso em: 17 mai. 2019.

IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD Contínua**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral>. – 2018 Acesso em: 17 mai. 2019.

IBGE. **Panorama**. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/rj/panorama>. Acesso em: 30 jul. 2020.

IBGE. **Síntese de Indicadores Sociais**: uma análise das condições de vida da população brasileira: 2018 / IBGE. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Rio de Janeiro: IBGE, 2018, p. 36. 151p.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Comissão de Avaliação da Lei de Cotas. **Relatório final sobre a efetividade da lei de cotas nas universidades estaduais**. 24 de outubro de 2017. Disponível em: <https://www.pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=Mjc4Mg%2C%2C>. Acesso em: 14 mai. 2019

ROCHA, Matheus. Primeiros cotistas da UERJ refletem o sucesso do programa, 15 anos depois. **Época [online]**. Publicado em: 15 abr. 2019. Disponível em: <https://epoca.globo.com/primeiros-cotistas-da-uerj-refletem-sucesso-do-programa-15-anos-depois-23595995>. Acesso em: 14 mai. 2019.

SEGALLA, Amauri; BRUGGER, Mariana; CARDOSO, Rodrigo. Por que as cotas raciais deram certo no Brasil. **Isto É [online]**. Publicado em: 5 de abril de 2013. Disponível em: https://istoe.com.br/288556_POR+QUE+AS+COTAS+RACIAIS+DERAM+CERTO+NO+BRASIL/. Acesso em: 14 mai. 2019.

UNDP [United Nations Development Programme]. **Human Development Indices and Indicators**. 2018. Disponível em: http://hdr.undp.org/sites/default/files/2018_human_development_statistical_update.pdf. Acesso em: 30 jul. 2020.

ESTUDANTES INDÍGENAS NA UNIVERSIDADE: BREVE RELATO DA POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSO E PERMANÊNCIA NO ESTADO DO PARANÁ

Data de aceite: 01/11/2020

Deborah Cristina Oliveira da Costa

Universidade Estadual de Maringá, Maringá,
Paraná, Brasil.

Universidade Estadual do Paraná, Apucarana,
Paraná, Brasil.

[HTTP://lattes.cnpq.br/6379234885856240](http://lattes.cnpq.br/6379234885856240)

Isabel Cristina Rodrigues

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Universidade Estadual de Maringá

<http://lattes.cnpq.br/0643613119453873>

<https://orcid.org/0000-0003-2973-4721>

RESUMO: As Políticas Públicas (PP) são consideradas como marco para a governabilidade e o desenvolvimento da população e do Estado. Com elas é possível a promoção do desenvolvimento pessoal e profissional de diversos níveis da sociedade e, a partir disso, da própria sociedade em si. Este capítulo apresenta um breve relato da política pública de acesso e permanência de indígenas no ensino superior no estado do Paraná, na perspectiva de compreender diversas ações que têm sido desenvolvidas no âmbito da política de assistência estudantil para tal público, que tem sido cada vez mais presente nas universidades.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas Públicas, Desenvolvimento, Sociedade, Acesso e Permanência no Ensino Superior, Indígenas.

RESÚMEN: Las Políticas Públicas (PP) son

consideradas como marco para la gobernabilidad y el desarrollo de la población y del Estado. Con ellas es posible la promoción del desarrollo personal y profesional de diversos niveles de la sociedad y, a partir de eso, de la propia sociedad en sí. Este capítulo presenta una breve reseña de la de acceso y permanencia de indígenas en la educación superior en el estado del Paraná, com el fin de comprender diversas acciones que se han desarrollado dentro del alcance de la política de la asistencia estudiantil para dicho público, que ha sido cada vez más presente en universidades.

PALABRAS CLAVE: Políticas Públicas, Desarrollo, La sociedad, Acceso y Permanencia, Estudios Superiores, Indígena.

ABSTRACT: Public Policies (PP) are considered as a landmark for the governance and development of the population and the State. With them, it is possible to promote personal and professional development at different levels of society and, hence, society itself. This article is intended to briefly report the public policy of access and permanence of indigenous people in higher education in the state of Paraná, in the search for understanding of student assistance to this public that has been increasingly present in this environment.

KEYWORDS: Public policies, Development; Access and permanence, Indigenous people.

1 | INTRODUÇÃO

As Políticas Públicas (PP) são consideradas como marco para a governabilidade e o desenvolvimento da população e do Estado. Com elas é possível a promoção do desenvolvimento pessoal e profissional de diversos níveis da sociedade e, a partir disso, da própria sociedade em si.

Cabe apontar que a esfera pública pressupõe que todos têm a mesma chance de participar e compartilhar um comprometimento aos princípios do discurso racional (HABERMAS, 2014). Para tanto, as ações de PP são direcionadas de acordo com a necessidade da população. Após longos estudos e observações, são definidas pelo poder público, Municipal, Estadual ou Federal, e objetivam atender as necessidades cidadãs, cumprindo com as determinações das legislações vigentes sobre o tema.

Os povos indígenas no Brasil e no Paraná são populações minorizadas, que resistiram ao processo de colonização e buscam manter, atualizar e revitalizar suas culturas e línguas tendo a universidade, a partir do século XXI, como um território a ser conquistado, onde podem buscar conhecimentos, formação que, intercambiados aos saberes tradicionais ancestrais, lhes permitem ressignificar práticas, costumes e tradições culturais, buscar a autonomia e sustentabilidade. Considerando a exclusão a que foram submetidos durante séculos, mesmo com políticas públicas de acesso ao ensino superior, enfrentam inúmeros obstáculos para permanecer nas universidades e se formar.

O texto que segue buscou compreender a assistência estudantil num contexto geral e observar as ações afirmativas em relação aos estudantes indígenas, em especial do Estado do Paraná, uma vez que presença desses tem sido cada vez mais constante nos bancos acadêmicos. Assim, está dividido em duas partes. Na 1º parte apresentamos um breve relato da Política de Assistência de forma geral e, na 2º parte trazemos uma discussão sobre a presença indígena nas universidades públicas estaduais do Paraná.

2 | O ENSINO SUPERIOR E A ASSISTÊNCIA ESTUDANTIL

O Ensino Superior tem como objetivo formar profissionais aptos a exercer suas profissões com competência e eficiência, proporcionando, assim, o desenvolvimento das pessoas, da organização e do Estado como um todo. Sendo a educação direito fundamental, universal, inalienável e instrumento de formação cidadã, a universidade se esforça para se constituir como espaço democrático e que possibilita a promoção de valores, tolerância e respeito à diferenças e convivência política, cultural e social.

Houve um longo período em que a universidade era acessível apenas às elites. A classe trabalhadora assim como as populações consideradas como minorias não tinham o acesso pleno a este nível mais elevado do conhecimento. Nesse sentido houve movimentos estudantis, sociais, feministas, étnicos e outros que buscaram mudar a forma de ingresso

ao ensino superior tornando as universidades, por meio de políticas públicas mais abertas à diversidade.

Nas décadas finais do século XX houve eventos, debates e orientações internacionais que evidenciaram haver demandas pela ampliação da formação superior e maior compreensão “[...] sobre a sua importância vital tanto para o desenvolvimento sociocultural e econômico como para a construção do futuro, diante do qual as novas gerações deverão estar preparadas com novas habilitações, conhecimentos e ideais”. (UNESCO, 1998). Estas ações internacionais impulsionaram mudanças nas legislações dos países membros.

Com o aumento de oportunidades no ingresso no nível superior, a questão da permanência se tornou tema bastante relevante já que a democratização do ensino superior se torna primordial não apenas para ações de acesso, como também para os mecanismos de permanência, a fim de reduzir os efeitos das desigualdades existentes entre os estudantes (VASCONCELOS, 2010). Assim a assistência estudantil vem a ser ofertada pelas Instituições de Ensino Superior (IES) com o objetivo de levar, aos estudantes, ações voltadas para lhes possibilitar a permanência na universidade, uma vez que esta é espaço para formação pessoal, profissional e cidadã.

No entanto, é necessário o entendimento do que é assistência estudantil (AE), como ela funciona e a que propósito deve trabalhar, devendo transitar pelas várias áreas dos direitos humanos (ALVES, 2002; VASCONCELOS, 2010), sendo que tal entendimento permite às IES uma tomada de decisão mais bem acertada em relação às políticas de acesso e, em especial, de permanência de seus acadêmicos. Para que esta aconteça a universidade deve proporcionar aos estudantes com maiores necessidades de auxílio, seja financeiro, físico ou de saúde, condições para que seu aprendizado seja tão satisfatório quanto o de estudantes que têm o privilégio de vir de camadas mais abastadas da sociedade.

Atualmente Brasil rege as normas de ensino pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei Federal 9394/96, comumente conhecida como LDB, que

marca o cenário das políticas educacionais, por processo de grande flexibilização, seja administrativo, técnico ou pedagógico e ainda no que diz respeito aos processos de avaliação sistemática das instituições e do próprio sistema Federal, Estadual ou Municipal. Ocasionalmente, assim, um ritmo acelerado com fortes influências no surgimento de políticas e programas, com forte participação das instâncias normativas, de interpretação e aplicação das Leis. (SILVA, 2014, p.138)

Cabe ressaltar que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira (LDB) está ancorada na Constituição Federal de 1988 e “traça todos os parâmetros e princípios da educação nacional [...]” onde aborda a educação superior e compreende esta etapa como “responsável por formar profissionais nas mais diferentes áreas do saber” (SILVA, 2014, p. 149).

Em seu artigo 3º, prescreve que “o ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I – igualdade de condições para acesso e permanência na escola” (BRASIL, 1996). Isso nos faz entender que a permanência na Instituição de Ensino, além do esforço próprio do estudante, depende também das condições que o Estado, por intermédio da escola/universidade, proporciona àquele, atendendo necessidades essenciais à sobrevivência física e psíquica da pessoa.

Considerando que a Lei 10.861, de 14 de abril de 2004, que institui o sistema de avaliação do Ensino Superior (SINAES), aponta que as Instituições de Ensino Superior (IES) devem ser avaliadas, inclusive, por sua Responsabilidade Social em relação à inclusão social e às políticas de atendimento a estudantes e egressos além dos cursos, programas e projetos nas diferentes dimensões da Instituição, ou seja, Ensino, Pesquisa e Extensão, urge o engajamento da IES na concretização de ações a fim de possibilitar o acesso e, mais ainda, a permanência no ambiente universitário de forma digna e imparcial. (BRASIL, 2004)

O Plano Nacional de Educação – PNE - indica a ampliação de políticas de inclusão e de assistência estudantil para o ensino superior, sejam de instituições públicas ou privadas, assim como de beneficiários de programas de financiamento estudantil ou bolsistas.

Na sequência ao PNE, vem o Decreto 6.096, de 24 de abril de 2007, instituindo o Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais (REUNI), com o objetivo de “criar condições para a ampliação do acesso e permanência na educação superior, no nível de graduação, pelo melhor aproveitamento da estrutura física e de recursos humanos existentes nas universidades federais”, além da “ampliação de políticas de inclusão e assistência estudantil”, artigos 1º e 2º, respectivamente. (BRASIL, 2007)

Na sequência, pelo Decreto 7.234/2010, instituiu-se o PNAES – Plano Nacional de Assistência Estudantil. Este documento determina os objetivos do referido plano, as áreas que os estudantes devem ser atendidos, as instituições que devem oferecer as ações, os requisitos necessários para que o estudante receba o atendimento, a origem dos recursos e sua forma de utilização. (BRASIL, 2010)

Outro ponto que corrobora para a urgente implantação desse tipo de ação no ES é o ingresso de estudantes por cotas sociais, com renda familiar insuficiente para garantir a permanência e término do curso, podendo evadir-se, sendo esta última grande preocupação das IES.

Vários estudos disponíveis (LIMA; DAVEL, 2016; RAFAEL; MIRANDA; CARVALHO, 2016; OLIVEIRA; SILVEIRA, 2011) indicam o aumento do acesso ao ensino superior nos últimos tempos, o que não é sinônimo de aumento, ou manutenção, da permanência e conclusão dos cursos por esses mesmos ingressantes.

Alves (2002) afirma que “na Política de Educação Superior a assistência estudantil tem como finalidade prover os recursos necessários para transposição dos obstáculos e

superação dos impedimentos ao bom desempenho acadêmico”. Isto nos faz refletir sobre a necessidade desse tipo de ação nas Instituições de Ensino Superior e a perenidade que isso deve ter no âmbito da instituição, proporcionada pela ação de política pública governamental. Isso é confirmado pela visão de Oliveira e Silveira (2011, p. 3) quando inferem que

o importante na educação superior é oportunizar a acessibilidade dos estudantes, a partir de **políticas públicas que atendam às necessidades dos diferentes grupos, garantindo o apoio em todas as suas dimensões de forma a reduzir a evasão e a exclusão durante a sua formação e estudos.** (grifo nosso)

Sendo assim, torna-se necessária e de grande importância a implementação desse tipo de ação nas IES, uma vez que, além da exigência legal, verifica-se a clara necessidade, por parte dos estudantes, do apoio que a assistência pode proporcionar à permanência e à conclusão dos seus estudos, seja no âmbito financeiro, físico e/ou psicológico.

3 I ESTUDANTES INDÍGENAS NO ENSINO SUPERIOR NO ESTADO DO PARANÁ

A assistência estudantil não se limita aos estudantes com as carências aqui já elencadas. O estudante indígena é um desses atores que, na busca por melhorias para si e para sua comunidade, sofre, além das mesmas dificuldades, outras ainda mais profundas que o universitário não indígena e relacionadas à questões de ordem histórica, étnica e cultural.

Em relação aos estudantes indígenas verifica-se que a assistência estudantil tem se limitado a bolsas auxílio que nem sempre atendem às necessidades daqueles. Isto se coloca devido ao fato de que o indígena deve arcar com os gastos financeiros de despesas com moradia, alimentação e transporte durante o tempo em que cursa a universidade.

No entanto não é somente a parte financeira que preocupa tanto aos estudantes indígenas quanto aos envolvidos no processo ensino-aprendizagem. Mas, também e, principalmente, o fato de ter que ausentar-se de sua comunidade, já que as universidades estão localizadas a uma distância que não permite que esse estudante indígena retorne todos os dias para sua comunidade de origem. Assim, muitos estudantes estão sozinhos nas cidades, longe de suas famílias, o que causa uma situação desconfortável de solidão e sacrifício pessoal. Além disso, ainda há a dificuldade de conviver no ambiente urbano e universitário, muito distante e distinto do seu, do ponto de vista cultural, econômico e social, tendo que lidar com uma situação nova: a de estudante indígena universitário. A presença do sujeito “indígena universitário” gera uma estranheza na comunidade universitária que, via de regra, é imbuída da ideia de negação histórica da existência de povos indígenas (ALMEIDA, 2010; OLIVEIRA, 2016) na sua região, como é o caso das universidades do Paraná.

Índigenas das etnias Kaingang, Guarani e Xetá têm oportunidade de ingressar nas universidades do Paraná, um dos primeiros estados da federação a criar uma Lei Estadual para criar um programa de política pública de inclusão de povos indígenas no ensino superior – Lei 133.134/2001, substituída posteriormente, pela Lei 14.995/2006, que destinou vagas para indígenas nos cursos de graduação das universidades estaduais. Tal política é uma conquista histórica do movimento social indígena no estado do Paraná, que por anos lutou e demandou junto ao poder público, a criação dessa oportunidade de acesso à Educação Superior (RODRIGUES; WAWZINYAK, 2006; RODRIGUES; NOVAK, FAUSTINO, 2016). Mas, existência dessa não garante que se finde o curso sem enfrentar situações dificultosas como as já colocadas anteriormente.

O fator psicológico, de acordo com o que consta em vários estudos citados aqui, é o de maior peso para a demora em finalizar o curso e como causa da desistência do estudante.

Em março de 2018 a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) publicou uma reportagem informando que “em menos de sete anos, a quantidade de indígenas matriculados nas universidades cresceu mais de cinco vezes”. A reportagem considera que os indígenas estão sentindo necessidade de formação profissional qualificada que possam colaborar com a luta de seu povo. (www.funai.gov.br)

O crescimento dessa população em IES foi de 52,6% em um ano. Isso nos leva a crer que essas pessoas sentem-se acuadas sem o domínio do reconhecido como sendo o necessário e devido conhecimento para defender seus direitos e, ao mesmo tempo, motivados para que a conquista de um curso superior os fortaleça dentro da comunidade e na sociedade na luta por direitos.

Tal crescimento no aumento do número de indígenas matriculados faz parte de uma agenda de lutas políticas, empreendidas desde a chegada dos povos estrangeiros, no século XV, mas intensificada com maior vigor a partir dos anos de 1970, com a organização de movimentos sociais indígenas, por toda a América Latina, que resultaram nas conquistas de direitos civis, que puseram fim ao regime tutelar (FAUSTINO; NOVAK; RODRIGUES, 2020) existente até a promulgação da Constituição Federal (CF) de 1988. E a partir dessa conquista, o movimento indígena cresceu e pôde reivindicar a posse de seus territórios, saúde e educação específica, multicultural e bilíngue, direito de gerir seus próprios territórios, de falar suas línguas maternas, de praticar seus costumes e tradições. (CF, Artigo 210, 230, 1988).

Os indígenas buscam o ensino superior “para afirmar seus conhecimentos e seus modelos de desenvolvimento” (BERGAMASCHI; DOEBBER; BRITO, 2018, .p. 46), como pode ser lido na fala de Valmir Samuel Farias, indígena do povo Terena, bacharel em Enfermagem pela Universidade Federal de São Carlos:

Somente a Educação vai nos levar a um futuro melhor, ao diálogo com as demais pessoas e instituições. Eu me formar diz respeito não só a mim; há um significado para a minha comunidade de origem. Eu vim aqui buscar conhecimentos representando uma nação e, ao levar esses conhecimentos para a minha origem, isso faz a diferença (idem)

Percebe-se que os indígenas defendem que o ingresso e a conclusão de um curso superior possibilitará o fortalecimento da própria comunidade tanto interna, quanto externamente, diante dos enfrentamentos diários e constantes. A formação acadêmica e profissional, obtida na universidade colaborará na solução de problemas internos e na defesa de seus direitos e formas de que esses sejam respeitados e efetivados. Isso também mostra que o indígena é uma pessoa, um cidadão pleno de capacidades e de direitos que atua politicamente a partir de princípios, lógicas e saberes próprios, por meio do estabelecimento do diálogo e respeito ao outro, diferentemente da imagem que a maioria da sociedade tem dele.

No entanto, da mesma forma que cresce o interesse e a inserção desse público nas universidades, os obstáculos são difíceis de serem vencidos. Ocorre que as ações afirmativas para permanência de indígenas na universidade são, quando existem, desenvolvidas de forma independente por cada IES sem uma formalização e/ou regulamentação, enfatizando, assim, a falta de um programa específico de política pública.

A política pública de ação afirmativa do Paraná é regulamentada pela lei estadual 13.134/2001, substituída pela 14.995/2006, que criou em 2001 as “vagas para membros de comunidades indígenas” e em 2006, transformou-as em “cotas sociais indígenas”; pela Lei Estadual Nº 15.759/2007 que regulamenta o pagamento da Bolsa Auxílio para o estudante indígena; e a Resolução 006/2007-SETI/Pr que criou uma comissão permanente de inclusão e permanência para executar o processo de seleção e ingresso nas IEES, bem como realizar o acompanhamento pedagógico e fiscalizar e autorizar o pagamento da bolsa auxílio.

As ações afirmativas para permanência do indígena nas universidades são desenvolvidas de forma independente por cada IES e regulamentadas internamente. Existem ações isoladas e que nem sempre produzem o efeito desejado ou o desenvolvimento em sua integralidade (COSTA, 2020). No entanto ainda não se verifica a política pública de permanência no estado.

É importante ressaltar que as políticas de acesso para os indígenas não criaram conexões com as ações de permanência. Nessa nossa reflexão tomamos o caso do Paraná como exemplo para argumentar, a partir da análise do percurso de criação da Lei, que houve uma preocupação com a permanência, por parte do poder executivo e do legislativo. O legislativo do Paraná aprovou, por demanda do poder executivo, que por sua vez, acolheu a demanda histórica de reivindicação das vagas pautadas pelos indígenas do estado, que resultou na criação da primeira lei estadual em 2001, modificada em 2006 e,

somente em 2007, a criação da Lei Estadual N° 15.759/2007, que aprovou o pagamento de uma bolsa auxílio mensal aos estudantes, como forma de assegurar a manutenção desses nas cidades onde estão as universidades, embora a SETI já efetuava o pagamento dessa bolsa auxílio antes mesmo de virar lei (RODRIGUES; WAWZINYAK, 2006; NOVAK, 2014; COSTA, 2020).

Com isso estamos afirmando que não é possível se fazer política pública sem investimentos financeiros. Mas também não se faz política pública de inclusão sem o necessário conhecimento e reconhecimento das especificidades, neste caso, étnicas, linguísticas, históricas, culturais, educacionais e econômicas do segmento social em pauta, qual seja, os povos indígenas.

A necessidade das ações de permanência sendo revelada na trajetória de presença de estudantes indígenas nas universidades, pois a inclusão por meio de processo seletivo específico – vestibular indígena - e a bolsa auxílio para mensalmente a cada estudante indígena, mostraram-se insuficientes para garantir a integralização curricular dos cursos de graduação desses estudantes. Assim, no que deve ser entendido como “conjunto da política de inclusão e permanência” – vestibular, bolsa auxílio e programa interno de acompanhamento/permanência -, a parte mais fragilizada e em evidência, refere-se aos programas e às ações de permanência internos de cada instituição. Fragilidade essa revelada pelo baixo número de formados em relação ao de estudantes que ingressaram nas IES ou que deveriam ter ingressado, desde o primeiro vestibular indígena.

Para chegar a esse dado consideramos as vagas disponibilizadas anualmente em cada universidade, no período de 2002 a 2015¹, um total aproximado de 500 candidatos nas estaduais. No Relatório Vestibular Indígena, disponível no sítio eletrônico da SETI/Pr², o Gráfico 59 – Número de concluintes por IES (SETI/PR, 2019, 37) apresenta os seguintes dados: UENP: 18; Uniãoeste: 7; Unicentro 22; UEPG: 12; UEM: 24; UEL 18. Somados totalizam 101 graduados por meio da política de ação afirmativa do Paraná, correspondendo a 20,2% de conclusões em relação ao número de ingressantes.

A política de ação afirmativa para indígenas no Paraná atende a normativa federal estabelecida no Decreto 7.234/2010-PNAES à medida que mantém a autonomia de cada IEES para criação e implantação de programas de acompanhamento conforme a realidade de cada uma, o que pode acarretar no desenvolvimento de ações isoladas por iniciativa das próprias IES.

A política estadual, atende ainda, a normativa federal estabelecida no Decreto 7.234/2010-PNAES à medida que mantém a autonomia de cada IEES para criação e implantação de programas de acompanhamento conforme a realidade de cada uma, o que

1. Vagas ofertadas até 2015 considerando os ingressantes em cursos de 6 anos, embora haja nas universidades do Paraná cursos com duração de 4 a 6 anos, cujos prazos mínimos para conclusão variam de 4 a 9 anos. Então o número de ingressantes pode ser maior que 500.

2. Disponível em: http://www.seti.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2020-03/relatorio_vestibular_indigena.pdf. Acesso em 5 Ago. 2020

pode acarretar no desenvolvimento de ações isoladas por iniciativa das próprias IES.

São 7 (sete) as Universidades Públicas do Paraná:

- Universidade Estadual de Londrina (UEL),
- Universidade Estadual de Maringá (UEM),
- Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG),
- Universidade Estadual do Centro Oeste (UNICENTRO),
- Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE),
- Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e
- Universidade Estadual do Paraná (UNESPAR).

Os programas de acompanhamento das IES são ações que precisam ser garantidas porque são muito importantes para o contexto universitário e, em especial para os estudantes indígenas que se propõem a vencer os desafios e dificuldades de ingresso, permanência e conclusão do curso superior.

Para que as ações de assistência estudantil aconteçam nas IES, é necessário que as Universidades aprovelem, em seus conselhos superiores, as regras e regulamentações daquelas.

O quadro 1 apresenta as legislações de cada Instituição de Ensino Superior do Estado do Paraná que são as normativas internas específicas para estudantes indígenas e demais atividades desenvolvidas nas universidades públicas no Paraná, normalmente coordenadas pelas CUIAs locais.

INSTITUIÇÃO	LEGISLAÇÃO	FINALIDADE/OBJETIVO	ESPECIFICIDADE
UEM	Resolução nº 205/2006- CEP/UEM	Normatiza o processo de ocupação de vagas, matrícula e acompanhamento dos alunos indígenas beneficiados pela Lei nº 14.995/2006	ESPECÍFICA: Regulamenta o ingresso e acompanhamento da permanência na Instituição.
	Resolução nº 031/2018 - COU	Aprova os critérios e metodologia de seleção para fornecimento de auxílio alimentação aos alunos da Universidade Estadual de Maringá	NÃO ESPECÍFICA: Seleção de estudantes para receber auxílio alimentação, para o qual os indígenas podem concorrer.
	Resolução No 115/2007-CEP	Aprovar o Programa de Inclusão e Permanência de Alunos Indígenas (PROINDI)	ESPECÍFICA: visa atender aos alunos ingressantes na Universidade Estadual de Maringá (UEM) por meio das Leis Estaduais nos 13.134/2001 e 14.995/2006.
UEL	Resolução CEPE/CA 133/2013	Cria o Ciclo Intercultural de Iniciação Acadêmica para os estudantes indígenas da Universidade Estadual de Londrina, a ser implantado a partir do ano letivo de 2014.	ESPECÍFICA: Auxiliar a permanência e o desenvolvimento acadêmico dos estudantes indígenas da UEL.
	Resolução CEPE 0004/2009	Regulamenta o acesso e a permanência, nos cursos de graduação, de estudantes indígenas contemplados com reserva de vagas, no âmbito da Universidade Estadual de Londrina.	ESPECÍFICA: Regular o acesso e permanência dos estudantes indígenas na UEL.
UEPG	RESOLUÇÃO CEPE No 054, DE 24 DE MARÇO DE 2009.	Aprova regulamento de acesso, permanência e reopção nos cursos de graduação para estudantes indígenas na UEPG.	ESPECÍFICA: Reger as normas para acesso, permanência e reopção de curso para estudantes indígenas.
	RESOLUÇÃO CEPE - No 2019.4	Regulamenta a oferta de vagas suplementares nos Cursos de Graduação para índios integrantes das sociedades indígenas no Paraná, na UEPG.	ESPECÍFICA: Regulamentar a oferta de vagas para estudantes indígenas, a partir da legislação estadual.
	Resolução CEPE nº 035, de 08 de agosto de 2013.	Aprova novo regulamento do programa de Tutoria discente da UEPG.	NÃO ESPECÍFICA: conjunto de atividades que visarão auxiliar acadêmicos pertencentes a grupos que necessitam de ações inclusivas.
	Resolução CA nº 454, de 12 de novembro de 2012	Altera a denominação da Comissão de Graduação para os Índios da UEPG, para Comissão Universidade para os Índios da Universidade Estadual de Ponta Grossa – CUIA/UEPG e demais dispositivos da Resolução CA nº 436/2008.	ESPECÍFICA: institui a formação o Grupo de Acompanhamento do Estudante Indígena,

UNICENTRO	Resolução nº 5-CEPE/ UNICENTRO, de 2 de junho de 2017.	Aprova o Regulamento do Acesso, Permanência e Integralização Curricular de Cursos de Graduação da UNICENTRO à Estudantes Indígenas e dispõe sobre a composição e competências da CUIA/UNICENTRO,	ESPECÍFICA: Institui a CUIA Local, define suas atribuições e obrigações e regulamenta a presença de estudantes indígenas na IES, seu acesso e permanência.
	Resolução nº 257/2007-CAD/ UNICENTRO	Autoriza isenção do pagamento de taxas acadêmicas e de taxas de inscrição em eventos de natureza curricular e pedagógica, a acadêmicos indígenas matriculados na UNICENTRO, e dá outras providências	ESPECÍFICA: Regularizar a isenção de pagamento de inscrições para eventos da UNICENTRO.
	Resolução No 003/2007-CEPE/ UNICENTRO	Aprova o Regulamento do Programa de Tutoria Discente da Universidade Estadual do Centro-Oeste, UNICENTRO	NÃO ESPECÍFICA: executada através de um conjunto de atividades que visam auxiliar alunos pertencentes a grupos que necessitam de ações inclusivas, preferencialmente: “I – os indígenas beneficiados por Lei Estadual”.
UNIOESTE	Edital nº 026/2019-PROGRAD	Seleção de Projetos para Monitorias remuneradas específicas para acompanhamento de acadêmicos indígenas do programa de monitorias acadêmicas – Pro-reitoria de graduação da UNIOESTE.	ESPECÍFICA: acompanhamento de acadêmicos indígenas por acadêmicos monitores e tem como objetivo melhorar as condições de permanência destes, nos cursos de graduação.
	Resolução nº 105/2003-CEPE	Aprova Regulamento da Comissão de Trabalho em Educação Escolar Indígena na UNIOESTE.	ESPECÍFICA: Planejar, coordenar e executar as atividades referentes à integração, ao acompanhamento e à permanência dos acadêmicos de origem indígena que ingressaram ou que vierem a ingressar a qualquer um dos cursos de graduação da Universidade Estadual do Oeste do Paraná.
UENP	Resolução nº 013/2016-CEPE/ UENP	Regulamenta o acesso, permanência e conclusão de curso de estudantes indígenas na UENP e dá outras providências	ESPECÍFICA:
UNESPAR	Não há		

UFPR	Portaria Normativa nº 18, de 11 de outubro de 2012	implementação das reservas de vagas em instituições federais de ensino de que tratam a Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, e o Decreto nº 7.824, de 11 de outubro de 2012	NÃO ESPECÍFICA:
	Resolução nº 37/04-COUN	Estabelece e aprova Plano de Metas de Inclusão Racial e Social na Universidade Federal do Paraná.	NÃO ESPECÍFICA:
	Edital retorno à aldeia – 2019 (Verão)	Apoio financeiro para custear o transporte para que estudantes indígenas (regularmente matriculados em cursos de graduação da UFPR) possam, durante o período de férias, retornar às comunidades de origem.	ESPECÍFICA:

Quadro 1: Legislação IES do Paraná de Ações de Assistência Estudantil Indígenas

Fonte: COSTA, 2020.

As ações direcionadas especificamente aos estudantes indígenas pelas IES do Paraná, estaduais e federal, se fazem presentes em todas elas de forma bastante diferenciada. Enquanto algumas iniciaram logo ao início do Programa do Vestibular para os Povos Indígenas do Paraná, e perduram até os dias atuais, outras sequer apresentam uma legislação ou normativa interna que dê condições para o desenvolvimento de tais ações.

Observando o quadro verifica-se o desenvolvimento de ações pontuais e de acordo com as possibilidades, principalmente financeiras. Por isso mesmo é necessário insistir que não se faz política pública sem investimento e destinação de recursos orçamentários para serem investidos nas ações de assistência estudantil e formação dos estudantes indígenas, bem como em formação de recursos humanos qualificados para atuar junto a esses programas de acompanhamento.

4 | CONCLUSÃO

É evidente a relevância do ensino superior para a inclusão social. Da mesma forma, os estudantes de segmentos sociais excluídos necessitam de políticas internas de assistência estudantil para permanência e conclusão dos cursos superiores.

Institucionalizada ao longo de um período, a formalização da assistência estudantil, com a criação de respectivas leis aqui já citadas, decorre de fatos históricos desde a materialização das universidades brasileiras (era Vargas), a redemocratização brasileira (auge dos anos 1980) e a aprovação do PNAES (2007) e, este último, faz parte da estrutura organizacional de diversas IES (LIMA; DAVEL, 2016).

A assistência estudantil é uma forma de incentivar o estudante a dar continuidade e conclusão aos seus estudos, em especial ao curso superior, e que algumas ações são

direcionadas ao público indígena que, em meio a tantas dificuldades que apresentam também os não indígenas, ainda tem que lidar com as situações de distanciamento da família, preconceitos, dificuldades de adaptação com a língua e a linguagem além do processo ensino-aprendizagem, bastante diferente das suas culturas nativas. Essas são situações que a assistência estudantil para indígenas busca dirimir.

Entendemos que a implementação de ações de assistência estudantil específica se faz, cada vez mais imprescindível para os estudantes indígenas, sem considerar exclusivamente a parte financeira, que é a primeira situação que chega ao pensamento quando se fala em assistência e dado o fato de que o auxílio permanência faz parte da política do estado para este fim.

Consideramos que as ações afirmativas de acesso e permanência são de grande importância para o desenvolvimento pessoal e profissional da sociedade em geral e a política pública para os indígenas não deve ser mais negligenciada e/ou postergada, e o Estado deve fazer dela uma de suas bandeiras.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Regina Celestino de. **Os Índios na História do Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

ALVES, Jolinda de Moraes. **A Assistência Estudantil no Âmbito da Política de Educação Superior Pública**. Serviço Social em Revista, v. 5, n. 1, jul/dez, 2002. Disponível em <http://www.uel.br/revistas/srevista/c_v5n1_Jo.htm>. Acesso em agosto/2017.

BRASIL. **Lei 9.394**, de 20 de dezembro de 1996 – **Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Brasília, 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em agosto/2017.

_____. **Lei nº 10.861**, de 14 de abril de 2004 – **Sistema Nacional de Avaliação do Ensino Superior - SINAES**. Brasília, 2004. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/10.861.htm>. Acesso em agosto/2017.

_____. **Lei 7.234**, de 19 de julho de 2010. **Programa Nacional de Assistência Estudantil** – PNAES. Brasília, 2010. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7234.htm>. Acesso em agosto/2017.

COSTA, Deborah C. Oliveira da. **Assistência Estudantil Para Estudantes Indígenas Do Ensino Superior: uma Proposta de Programa Institucional**. Programa de Pós-Graduação Mestrado Profissional em Políticas Públicas – PPP, Universidade Estadual de Maringá, 2020. Dissertação de mestrado. 123 fls.

FAUSTINO, Rosângela Celia; NOVAK, Maria Simone Jacomini; RODRIGUES, Isabel Cristina. **O acesso de mulheres indígenas à universidade: trajetórias de lutas, estudos e conquistas**. Revista Tempo e Argumento, [S.l.], v. 12, n. 29, p. e0103, maio 2020. ISSN 2175-1803. Disponível em: <http://www.revistas.udesc.br/index.php/tempo/article/view/2175180312292020e0103>. Acesso em: 16 maio. 2020.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

NOVAK, Maria Simone Jacomini. **Os Organismos Internacionais, a e Educação Superior para Indígenas nos Anos de 1990 e a Experiência do Paraná**: estudo das ações da Universidade Estadual de Maringá. Tese (doutorado) - Universidade Estadual de Maringá, Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes, Programa de Pós-Graduação em Educação, 2014. 342 fl.

OLIVEIRA, A. R. M. de; SILVEIRA, A. S. da. **Acesso e Permanência** – desafios à problemática da evasão na educação superior no Brasil. Congressos CLABES – Conferência Latinoamericana sobre Abandono em La Educación Superior. 2011. Disponível em <<http://revistas.utp.ac.pa/index.php/clabes/article/view/1229/1959>>. Acesso em agosto/2017.

OLIVEIRA, João Pacheco de. O nascimento do Brasil e outros ensaios: “pacificação”, regime tutelar e formação de alteridades. Rio de Janeiro: Contra Capa. 2016.

PARANÁ. **Lei nº 13134 – 18/04/2001**. Reserva 3 (três) Vagas para Serem Disputadas Entre os Índios Integrantes das Sociedades Indígenas Paranaenses, nos vestibulares das universidades estaduais. 2001. Disponível em: <<https://leisestaduais.com.br/pr/lei-ordinaria-n-13134-2001-parana-reserva-3-tres-vagas-para-serem-disputadas-entre-os-indios-integrantes-das-sociedades-indigenas-paranaenses-nos-vestibulares-das-universidades-estaduais>>. Acesso em fevereiro/2019.

PARANÁ. **Lei 14.995 – 09/01/2006** - DÁ NOVA REDAÇÃO AO ART. 1º, DA LEI Nº 13.134/2001 (RESERVA DE VAGAS PARA INDÍGENAS NAS UNIVERSIDADES ESTADUAIS). Disponível em: <<https://leisestaduais.com.br/pr/lei-ordinaria-n-14995-2006-parana-da-nova-redacao-ao-art-1o-da-lei-no-13-134-2001-reserva-de-vagas-para-indigenas-nas-universidades-estaduais>> Acesso em fevereiro/2019.

PARANÁ. **Lei Estadual 15.759 – 27/12/2007**. Autoriza o Poder Executivo a Regular a Concessão de Bolsa-auxílio aos Estudantes Indígenas que Tiverem seu Ingresso nas Universidades Públicas Estaduais do Paraná. 2007. Disponível em: <<https://leisestaduais.com.br/pr/lei-ordinaria-n-15759-2007-parana-autoriza-o-poder-executivo-a-regulamentar-a-concessao-de-bolsa-auxilio-aos-estudantes-indigenas-que-tiverem-seu-ingresso-nas-universidades-publicas-estaduais-do-parana>>. Acesso em março/2020.

PARANÁ. Relatório do Vestibular Indígena no Paraná. Secretaria de Estado da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior/SETI/CUIA. Curitiba, 2019.

PAULA, Luis Roberto de. **O Ensino Superior Indígena como Política Pública**: elementos para a construção de um modelo metodológico de avaliação e comparação de experiências locais. Rev. Bras. Estudos Pedagógicos (online). Brasília, v. 94, n. 238, p. 795-810, set/dez, 2013.

RODRIGUES, Isabel Cristina; WAWZNIAK, João Valentin. **Inclusão e Permanência de Estudantes Indígenas no Ensino Superior Público no Paraná** – reflexões. 2006. Disponível em: <http://www.acoesafirmativas.ufscar.br/arquivos/reflexoes-sobre-inclusao-e-permanencia-de-estudantes-indigenas-no-ensino-superior-publico-no-parana-por-isabel-cristina-rodrigues-e-joao-valentin-wawzyniak>. Acesso em 5 Ago. 2020.

RODRIGUES, Isabel Cristina; NOVAK, Maria Simone J.; FAUSTINO, Rosângela Célia. A política Pública de Educação Superior no Paraná. Percursos, dilemas e perspectivas. In: AMARAL, W.; FRAGA, L.; RODRIGUES, I.C. **Universidade para Indígenas: a experiência do Paraná**. Rio de Janeiro: FLACSO, GEA, UERJ, LPP, 216. Pág. 91-104.

SILVA *in* MORELL, Jean Carlos; ALMEIDA, Márcia Bastos de; SILVA, Thiago Rodrigo da; SILVA, Samira FayezKfourri da. **Pensamento Pedagógico e Sistemas Educacionais**. Londrina: Editora e Distribuidora educacional S.A., 2014.

VASCONCELOS, Natalia Batista. **Programa nacional de Assistência Estudantil**: ma análise da evolução da assistência estudantil ao longo da história da educação superior no Brasil. *Revista da Católica, Uberlândia*, v. 2, n. 3, p. 399-411, 2010. Disponível em <file:///C:/Users/Cleison/Downloads/11361-42157-1-PB%20(1).pdf>. Acesso em 5 Ago. 2017.

CAPÍTULO 16

DIREITO E MULTICULTURALISMO: O RESPEITO À DIVERSIDADE CULTURAL DOS INDÍGENAS NO BRASIL

Data de aceite: 01/11/2020

Data de submissão: 05/08/2020

Wagner Lemes Teixeira

Universidade Estácio de Sá – UNESA – RJ.
Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI - Campus de Santo Ângelo/RS. Instituto Estadual de Educação Odão Felipe Pippi – RS – (2010).
Santo Ângelo – Rio Grande do Sul
<http://lattes.cnpq.br/9387444182604592>

RESUMO: Esta pesquisa pretende analisar brevemente o que é cultura e diversidade cultural, a conjuntura europeia durante o período de colonização, além da proteção da cultura indígena no ordenamento jurídico brasileiro e o respeito ao multiculturalismo. Constata-se que, não somente a Constituição Federal de 1988, como também todo o aparato legislativo busca preservar a diversidade cultural presente no território brasileiro, embora ainda haja resquícios do processo de colonização no qual a cultura indígena fora marginalizada, gerando uma segregação do índio na sociedade contemporânea. A metodologia utilizada é dedutiva e o procedimento é monográfico histórico.

PALAVRAS-CHAVE: Multiculturalismo, respeito, diversidade cultural, indígenas, Brasil.

LAW AND MULTICULTURALISM: RESPECT FOR THE CULTURAL DIVERSITY OF THE INDIGENOUS IN BRAZIL

ABSTRACT: This research intends to analyze briefly what culture and cultural diversity is, the European conjuncture during the colonization period, besides the protection of the indigenous culture in the Brazilian legal system and the respect for multiculturalism. It is noted that not only the 1988 Federal Constitution, but also the entire legislative apparatus seeks to preserve the cultural diversity present in Brazilian territory, although there are still remnants of the colonization process in which indigenous culture had been marginalized, generating a segregation of the Indian in contemporary society. The methodology used is deductive and the procedure is historical monographic.

KEYWORDS: Multiculturalism, respect, cultural diversity, indigenous, Brazil.

1 | CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Brasil foi colonizado por europeus, os quais ao chegarem ao território nacional se depararam com povos originários, estes denominados de indígenas. Porém, a história constata que eles foram “colonizados” e, quase que, totalmente massacrados perdendo a maior parte de suas identidades e costumes. A escolha desse tema se deu pela importância que a diversidade cultural indígena possui na formação do Estado brasileiro, pois recebeu amparo legal

na Constituição Federal de 1988. Portanto este trabalho possui conteúdo jurídico, histórico, filosófico e social, e visa contribuir para uma melhor análise dos problemas encontrados no que se refere ao reconhecimento e o respeito a cultura indígena no Estado Democrático de Direito brasileiro, que tem fundamentos no multiculturalismo.

2 | METODOLOGIA

Nesta pesquisa, será utilizado o método dedutivo, optando-se por esta escolha por assim caracterizar-se uma abordagem a partir de um elemento geral para o particular. O método de procedimento será monográfico histórico. Já no que refere à técnica de pesquisa, será utilizada documentação direta e indireta, com consulta em bibliografias de fontes primárias e secundárias.

3 | ANÁLISE E DISCUSSÃO

Do ponto de vista etimológico, é interessante observar que a palavra cultura é empregada com diferentes significados, razão pela qual, a palavra cultura pode ser identificada como cultivar, habitar, adorar e proteger, referindo-se ao cultivo de terras, aos habitantes das cidades, que são “cultos”, além das tradições de um povo, e a sua devida obediência ao sistema de crença, do qual participa (EAGLETON, 2011). Verifica-se, que no final do século XVIII já havia um termo para descrever as mais diferentes manifestações de crença de um povo, tendo este, sido, originado na Alemanha, com a denominação de “*KULTUR*”. De forma que referida denominação não abrangia as conquistas materiais de uma comunidade, isso era sinalizado pela palavra “*CIVILIZATION*”, provinda do francês, cujo no português significa civilização (LARAIA, 2009). Entretanto, o termo cultura surgiu no decorrer do século XIX, mais precisamente durante o ano de 1871, na obra intitulada “*PRIMITIVA CULTURA*”, de autoria de Edward Tylor, antropólogo inglês, que sintetizou o termo alemão com o francês, num único só termo, que em inglês, convencionou-se chamar cultura, denominação utilizada na atualidade (LARAIA, 2009).

A definição de cultura é variável, assim como a própria cultura ao longo do tempo, pois pode-se definir a cultura, sobre os mais diferentes aspectos, seja do ponto de vista antropológico, filosófico, histórico e jurídico. Vejamos a célebre definição antropológica de Edward Tylor (*apud* LARAIA, 2009, p. 25):

Tomando em seu amplo sentido etnográfico é este todo complexo que inclui conhecimentos, crenças, arte, moral, leis, costumes ou qualquer outra capacidade ou hábitos adquiridos pelo homem como membro de uma sociedade.

Edward Tylor (*apud* LARAIA, 2009) nutria a crença de que a diversidade cultural existente entre os povos é originada de um estágio desigual no processo de evolução, pois há uma pirâmide, em que o mesmo considera a sociedade europeia como ocupante

do topo e as tribos selvagens ficando na base da mesma. A diversidade cultural importa nas diferentes manifestações de cultura, que encontram-se espalhadas pelo globo. Nos estudos culturais há presença do debate sobre a identidade. Veja-se o que ensina Tomaz Tadeu da Silva (in SILVA; HALL; WOODWARD [Org.], 2013, p. 75), acerca do assunto:

A identidade assim é simplesmente aquilo que se é: “sou brasileiro”, “sou negro”, “sou heterossexual”, “sou jovem”, “sou homem”. A identidade assim concebida parece ser uma positividade (“aquilo que sou”), uma característica independente, um “fato” autônomo. Nessa perspectiva, a identidade só tem como referência a si própria: ela é autocontida e autossuficiente.

O multiculturalismo é um sistema que busca não só a descrição de muitas culturas existentes numa localidade, seja, cidade, estado ou país, mas também que não haja a predominância de uma cultura, vamos se dizer, assim, hegemônica sobre a outra, que de certa forma, inclui pessoas que se encontram excluídas da sociedade, seja por condições econômicas, étnicas, opção sexual, crença, ideologia ou qualquer outra forma de discordância da maioria (BALBE in MADERS; ANGELIN [Org.], 2012). A conjuntura europeia e indígena no período de colonização, não deixou experiências agradáveis, se olha-se, a com os olhos indígena, pois a cultura europeia, trazida pelos colonizadores, em quase ou nada, contribuiu para o desenvolvimento dos nativos brasileiros, já que entre ambos, não havia uma convivência fraterna, pois os colonizadores possuíam a visão, de que o índio, além de ser considerado um animal, deveria lhe gerar alguma riqueza, para tanto este acabou sendo explorado, num primeiro momento, tornando-se escravo (MOURE, 1994). Com a colonização do território brasileiro, um dos principais impactos na cultura indígena, foi o processo de catequização que estes foram obrigados a se submeter, pela Igreja Católica, na época. Nem sequer houve um diálogo entre os nativos e a Igreja, ao que se refere a religião dos nativos, ficando, assim comprovado que a Igreja estava plenamente a serviço do colonizador e este a serviço da Coroa (DUTRA, 1994).

Já deflagrado o processo de catequização, que nada mais foi, do que a aculturação dos índios na cultura católica do colonizador, cabe lembrar que a própria Igreja Católica ao introduzir este processo, já estava por si só praticando discriminação contra a cultura indígena ao substituir seu nome originário por outro típico da cultura europeia (BITELBRON in MADERS; ANGELIN [Org.], 2012). Mas a grande, justificativa para tal processo, era de que os índios, possuíam alma, e se realmente, como de fato é, uma premissa verdadeira, logo ao índio, lhe dava a faculdade de se tonar bom e ir para o céu, esta era a ideia da Igreja durante o período da colonização (BITELBRON in MADERS; ANGELIN [Org.], 2012). É a partir deste momento, que presenciou-se o que na história convencionou-se denominar de colonização, e em virtude desta que ocorreram várias transformações na nova terra denominada Brasil, e essas trouxeram consigo inúmeras consequências para a cultura dos nativos que aqui viviam. Dentre estas consequências, cita-se: a perda da igualdade, que paralelamente gerou a perda da liberdade, a partir do instante em que o índio tornou-

se escravo do colonizador, a perda do território que foram apropriados pelo europeu que passa a se intitular-se como dono, além do processo de segregação da identidade cultural, isto é, a ruptura do desenvolvimento cultural indígena (BITELBRON *in* MADERS; ANGELIN [Org.], 2012).

Com a luz da Constituição Federal de 1988, deu-se a proteção de direitos, no que refere-se a preservação da cultura indígena, sendo que por meio de tal diploma legal os índios alcançaram o direito de praticar suas “crenças, costumes, usos e tradições”. A respeito disso deu-se na criação da Lei Maior de um capítulo por completo acerca do assunto. Então, presenciou-se a preocupação de se constar na Constituição algumas peculiaridades a respeito da proteção à cultura indígena, como a “sobrevivência física, a questão agrária, o bem - estar e a reprodução cultural”. Inúmeras constituições do mundo receberam a influência do pensamento multiculturalista, seja do ponto de vista, político, jurídico, filosófico ou histórico. Pois, enquanto sistema que tem por finalidade o respeito as diversas manifestações de cultura sem a imposição de uma sobre a outra, o multiculturalismo influenciou marcadamente a Constituição Federal de 1988.

Verifica-se, que o multiculturalismo encontra-se presente no preâmbulo da Magna Carta:

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

Assim, a partir da inserção dos termos “pluralista e sem preconceitos” que o Estado Democrático de Direito não compactua com nenhuma forma de predomínio cultural, isto é, a predominância de culturas majoritárias, repudiando aqueles que agem de maneira preconceituosa com relação aos que pertencem a outras culturas.

O artigo 3º, em seu inciso IV, o qual discorre sobre os objetivos da República Federativa do Brasil, salienta-se que temos no nosso ordenamento jurídico uma linha objetivista, completamente multiculturalista, pois a Constituição Federal de 1988 determina: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988). Já no seu artigo 5º, incisos XLI e XLII da Lei Maior (BRASIL, 1988) impõe uma ação de punição por parte do Estado, a todos que praticarem discriminação contra pessoa por pertencer a alguma cultura pouco aceita no meio social ou em razão de sua descendência étnica. Com o surgimento da Constituição Federal de 1988, torna-se de fácil compreensão perceber que antes desta, a cultura indígena não era tida como assunto em pauta. Porém, com o advento desta, sobreveio uma quantidade de artigos no que se diz respeito sobre a referente cultura.

Dentre as principais causas que contribuíram e contribuem, para a exclusão social dos indígenas, faz-se necessário mencionar sete causas prováveis: o afastamento do índio do meio social; a falta de conhecimento que este não detém a seu respeito; o desrespeito que o meio social possui para com o índio; os preconceitos formados a partir de sua identidade; a carência de diálogo existente entre o não-índio e o índio; além da falta de mobilização por parte da sociedade, com referência aos seus direitos indígenas (TREIN [Org.], 2010).

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Criaram-se normas e legislações específicas para proteger, garantir direitos aos indígenas, e incluí-los na sociedade atual. Como exemplo, se pode citar a Constituição Federal de 1988, que tem um capítulo específico para a proteção e garantia aos indígenas. Porém, o que se percebe é que, muitas vezes não é aplicada esta legislação, e a diversidade cultural indígena segue sendo segregada, não havendo, assim, a aceitação da cultura por parte da sociedade que não é indígena. Isso vai contra o princípio constitucional do respeito à diversidade cultural.

REFERÊNCIAS

BALBÉ, Josiane Mallet. A era da globalização = multiculturalismo. IN: MADERS, Angelita Maria; ANGELIN, Rosângela (Org.). **Multiculturalismo e direito em foco**. Santo Ângelo: FURI, 2012.

BITELBRON, Márcio Roberto. O fechamento de vias públicas por indígenas e os direitos dos usuários destas vias: um conflito de interesses multicultural? IN: MADERS, Angelita Maria; ANGELIN, Rosângela (Org.). **Multiculturalismo e direito em foco**. Santo Ângelo: FURI, 2012.

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

DUTRA, Carlos Alberto dos Santos. **Perspectivas Teológicas** – Quando começa a nossa história afinal? A conquista dos visões, CIMI, Brasilândia, 1994.

EAGLETON, Terry. **A ideia de cultura**. Tradução Sandra Castello. 2 ed. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**. 24. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009.

MOURE, Telmo Remião. **História do Rio Grande do Sul**. Editora FTD, 1994. Disponível em: <<http://www.paginadogaucha.com.br/indi/cont.htm>>. Acesso em: 08 set. 2014.

SILVA, Tomaz Tadeu da. A produção social da identidade e da diferença. IN: _____; HALL, Stuart; WOODWARD, Kathryn. **Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais**. 13. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

TREIN, Hans Alfred (Org.). **Uma ponte entre mundos: missão da IECLB entre indígenas**. São Leopoldo: Oikos, 2010.

CAPÍTULO 17

A EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO AOS REFUGIADOS SOB A ÉGIDE DO PROCEDIMENTO DE CONCESSÃO DE REFÚGIO E ASILO POLÍTICO

Data de aceite: 01/11/2020

Data da submissão: 03/08/2020

Tomaz Felipe Serrano

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS
Bauru - SP
<http://lattes.cnpq.br/9157008720484629>

RESUMO: O presente trabalho visa tratar sobre a efetividade dos direitos aos refugiados no Brasil, à luz do Estatuto dos Refugiados, o qual teve respaldo nos tratados e convenções internacionais que versaram sobre a tutela dos direitos humanos. O objetivo central é elucidar os mecanismos de proteção interna dos refugiados neste território, levando em conta o procedimento de concessão do refúgio, da concessão do asilo e os avanços trazidos pela Lei nº 9.474/94. Por fim, busca-se a análise da efetividade dos direitos dos refugiados no Brasil, analisando os desafios que atualmente estes indivíduos estão inseridos, a fim de questionar o quanto a soberania dos Estados e as pressões políticas podem influenciar na vida dos refugiados que aqui procuram se estabelecer.

PALAVRAS-CHAVE: Efetividade dos direitos aos refugiados, Direitos Humanos, Inclusão no Brasil.

THE EFFECTIVENESS OF PROTECTION TO REFUGEES UNDER THE AID OF THE REFUGEE PROCEDURE AND POLITICAL ASYLUM

ABSTRACT: The present work aims to address the effectiveness of the rights to refugees in Brazil, in the light of the refugee statute, which has been backed by international treaties and conventions that have dealt with the protection of human rights. The central objective is to clarify the mechanisms of internal protection of refugees in this territory, considering the procedure for granting refuge, granting asylum and advances brought by Law N° 9.474/94. Finally, it seeks to analyze the effectiveness of the rights of refugees in Brazil, analyzing the challenges that these individuals are currently inserted, in order to question how the sovereignty of States and political pressures can influence the life of Refugees seeking to establish themselves.

KEYWORDS: Effectiveness of rights to refugees, Human Rights, Inclusion in Brazil.

1 | INTRODUÇÃO

Atualmente, vivemos em uma civilização delimitada por divisões territoriais imaginárias, as quais individualizam pequenas ou grandes sociedades em seus aspectos culturais basilares. Esta divisão se deu com o passar do tempo. A teoria de que todos os seres humanos dividiram sua origem espacial em uma única massa continental chamada “Pangeia”, instiga a reflexão sobre a noção de que todos somos iguais se perdeu com a fragmentação do continente.

Neste raciocínio, é sabido que os círculos de interação humana estão infectados com aversões ao diferente, o que torna compreensível o porquê investimos na indústria bélica e não em necessidades básicas a quem realmente necessita.

Com a eclosão de guerras capazes de destruir a humanidade, fazendo com que pessoas se deslocassem de seus territórios buscando refúgio em países com um mínimo de expectativa de vida, foi necessário que a comunidade internacional agisse, no sentido de implementar uma cooperação e solidariedade não-natural, através de tratados internacionais até hoje existentes. Assim, foram criadas a Organização das Nações Unidas (ONU) e o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), com o intuito de auxiliar na efetiva proteção aos refugiados (JUBILUT, 2007).

Tratados foram estabelecidos para assegurar a ampliação dos direitos àqueles que batessem à porta dos Estados, tais como a Declaração de Cartagena em 1984, a qual foi extremamente importante para a abrangência da definição de refugiado como àqueles que sofrem violação maciça aos Direitos Humanos na América Latina (ACNUR, 2019).

Ocorre que, embora os Organismos Internacionais trabalhem arduamente na incorporação desses indivíduos marginalizados, os Estados relutam em estender a mão, fomentando os desmazelos com os direitos inerentes a todos os seres humanos sob o pretexto da soberania estatal

Nesta lógica, o uso massivo de *Fake News*, somado a discursos autoritários conservadores, levaram ao fechamento de fronteiras materiais e ideológicas. A Europa se contextualiza na maior onda de individualização dos Estados, o que influenciou na economia e nas relações internacionais do mundo todo (BAUMAN, 2016).

O Brasil é um país que fielmente adotou o conceito de refugiado em sua legislação interna, aperfeiçoado com a Declaração de Cartagena. A Lei nº 9.474/97 revitalizou o Ordenamento Jurídico brasileiro, no intuito de reafirmar os direitos trazidos à luz dos tratados internacionais.

Entretanto, por mais que o Brasil se empenhe em efetivar os direitos assegurados aos refugiados, estes sofrem com as lacunas deixadas pela ausência de políticas públicas, pelas consequências da corrupção que assola o país e pela ignorância disseminada por grupos politicamente interessados em culpá-los e marginalizá-los territorialmente.

Neste escopo, o presente trabalho tem por objetivo fazer uma análise da proteção efetiva ao refugiado no Brasil, levando em conta a necessidade de incorporar esses indivíduos na sociedade, apontando as melhorias a serem buscadas e sobre os avanços a serem mantidos, com foco no Estatuto dos Refugiados, e com um viés esperançoso de que as tutelas aos refugiados serão apenas expandidas e não restringidas por interesses contrários à noção de dignidade da pessoa humana.

2 | DESENVOLVIMENTO

2.1 Conceito de refugiado

Primeiramente, é oportuno consignar que embora os fluxos migratórios estejam em evidência, em razão da difusão dos meios de comunicação, tais fenômenos não são exclusivamente atuais. Desde os primórdios da existência humana há indícios de uma busca árdua para atingir melhores condições de vida, atrelados com o instinto de sobrevivência.

Os migrantes são reflexos desta necessidade de deslocamento natural, sendo definidos como: “todas as pessoas que vivem de forma temporária ou permanente em uma região na qual não nasceu e com a qual mantém vínculos sociais importantes” (CHAVES, 2008).

Dentre as diversas classificações de migrações, a que se destaca nesta pesquisa é quanto à sua forma, dividida em duas vertentes: as migrações voluntárias e as migrações não voluntárias ou forçadas, em razão da voluntariedade no deslocamento, que embora não seja fácil a averiguação do ânimo do indivíduo ou da coletividade, deve haver uma combinação de fatores externos e internos (MOREIRA, 2019).

Com relação às migrações forçadas, podemos destacar os refugiados, que embora sejam conceituados inicialmente pela Convenção de Genebra de 1951, através de seu artigo 1º, este significado sofreu diversas alterações axiológicas com base nas relações internacionais, fato gerador de nítida evolução conceitual.

Para melhor entendimento, o órgão Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, através de seu sítio eletrônico, disponibiliza o conceito de refugiados como (*apud* DUARTE, et al. 2017, p. 228):

São refugiadas as pessoas que se encontram fora do seu país, por causa de fundado terror de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, opinião política ou participação em grupos sociais, que não possuam (ou não queiram) voltar para a casa.

Em conformidade com o conceito supramencionado, é possível verificar que a concessão da característica de refugiado só abrange as migrações forçadas, pois as migrações voluntárias, em regra, carecem do principal motivo para a implementação da respectiva definição: o fundado terror de perseguição, seja por raça, religião, nacionalidade, opinião política ou participação em grupos sociais. Assim, aduz Rodrigues (2007):

Existem duas circunstâncias em que não se pode conceder o status de refugiado a um indivíduo: 1) porque o DIR a ele não se aplica, caso de migrantes (incluindo os econômicos), quando neles não se identifica o “fundado temor de perseguição”; 2) porque sobre eles incidem as chamadas “cláusulas de exclusão”.

É cristalino que o Direito Internacional dos Refugiados surgiu com a positivação e a aderência aos Direitos Humanos, porém com estes não se pode confundir. O primeiro

tutela o ser humano em função de sua etnia, religião, nacionalidade, opinião política e o pertencimento a um determinado grupo social, enquanto que o Direito Internacional dos Direitos Humanos além dos direitos mencionados acima, assegura condições básicas para que o ser humano sobreviva e busque a felicidade (MENEZES, 2012).

Cumpra destacar que houve uma abrangência no conceito de refugiados por parte da América Latina, através da adesão à Declaração de Cartagena. Tal declaração expande o conceito de refugiado como aquele que sofre violação direta aos Direitos Humanos (ACNUR, 2019).

A legislação brasileira se utiliza do art. 1º da Lei nº 9.474 de 1997 para aderir à Declaração de Cartagena, incorporando o novo conceito de refugiado com fulcro na violação aos Direitos Humanos (BRASIL, 1997).

Assim, o termo “refugiado” compreende o migrante forçado a se deslocar de seu país originário, tendo em vista os conflitos internos e externos, instabilidade política, perseguições e outros tipos de violência em relação aos direitos humanos (MOREIRA, 2019).

Atualmente, a migração forçada ganhou destaque no Brasil, em razão das inúmeras solicitações de refúgios, as quais possuíram como motivos os conflitos ou ditaduras que assombram países vizinhos ou até mesmo países de outros continentes.

O momento histórico nos remete a uma abordagem diferente a esses migrantes forçados, que é o reconhecimento da vulnerabilidade que eles estão expostos, tendo em vista que a globalização falha miseravelmente em incluir todos os seres humanos em uma proteção global isonômica e justa.

Neste diapasão, faz necessária a verificação dos dispositivos legais que versam sobre o procedimento de concessão de asilo político e refúgio, assim como, quanto às políticas públicas migratórias, com o intuito de certificar se tais instrumentos são eficazes para a ampliação da dignidade da pessoa humana àqueles que são desprezados tanto no âmbito interno de seus países quanto na acolhida internacional.

2.2 A concessão do asilo político no Brasil

O asilo político é um dos institutos mais antigos para combater as perseguições que se alastram por todas as sociedades. A noção de asilo político abrange um abrigo e amparo frente às atrocidades advindas de outros Estados.

O termo asilo remete à Grécia Antiga, em face da previsão de lugares com características religiosas, em que aquele que era perseguido pelas autoridades ou pela população poderia encontrar proteção, a exemplo dos templos e bosques sagrados à época (PENTEADO, 2017).

Em Roma, houve também incorporação do instituto do asilo, porém sem o viés religioso como na Grécia, mas sim destinado àqueles que fossem injustamente perseguidos. No entanto, na Idade Média, este instituto voltou para a qualidade religiosa, aplicando-se às igrejas e cemitérios (PENTEADO, 2017).

No século XVII, o instituto do asilo começa a ganhar forma com o condão de ser aplicado àqueles que sofressem perseguições de cunho político ou religioso, não englobando as pessoas que cometessem crimes comuns.

O primeiro documento que encarna o asilo foi a Constituição Francesa de 24 de junho de 1793, a qual, através do seu artigo 120, previa a possibilidade de asilo aos estrangeiros exilados de sua pátria por causa da liberdade, recusando-se aos tiranos. Ademais, no século XIX foi estendido aos crimes políticos, com base na consolidação do Estado de Direito pela Revolução Francesa (PENTEADO, 2017).

A diferença central entre o asilo previsto na antiguidade e o asilo previsto atualmente é a abrangência dos criminosos comuns. Na antiguidade não importava o motivo que levara ao asilo dos templos sagrados, pois o que se buscava era uma redenção em face da divindade.

Já no asilo previsto atualmente, os criminosos comuns não são beneficiados com o asilo, assim amparados apenas refugiados, apátridas ou discordantes políticos, em razão da assistência dos Estados para frear a criminalidade. Há uma nítida ruptura com o viés religioso do asilo na antiguidade.

O asilo durante o século XX foi seccionado em dois termos que constantemente são usados como semelhantes, que são o refúgio e o asilo político. Embora sejam mecanismos de proteção contra perseguições e tratem do direito de permanência do estrangeiro em outro Estado, possuem traços distintos.

O refúgio tem maior alcance e é regido por tratados internacionais, ao passo que o asilo tem alcance inferior. O asilo é limitado pelas perseguições políticas e pressupõe uma atual emergência, enquanto o refúgio tem um arcabouço de possibilidades e apenas prece a perseguição.

Ademais, o asilo pode ocorrer dentro do próprio Estado onde é constatada a perseguição, já o refúgio será dado em outro Estado. O refúgio possui amparo legal quanto às suas obrigações, assim como, lei de regência, órgão julgador, previsão de recurso administrativo e outros pressupostos, diferentemente do asilo que é carente de normal legal, tornando-se refém da discricionariedade estatal (PENTEADO, 2017).

A América Latina, durante o século XIX, deu um salto normativo quanto ao asilo político, inicialmente pelo Tratado sobre Direito Internacional Penal de 1889 (Montevideu), o qual estabeleceu a inviolabilidade do asilo aos perseguidos políticos, com o intuito, também, de impedir que os asilados atentassem contra a paz pública da nação que havia deixado (DEL'OLMO, 2019).

Após o Tratado de Montevideu, existiram outros documentos essenciais para o desenvolvimento do asilo latino-americano, conforme aponta Penteado (2017): a Convenção sobre Asilo (Havana, 1928); Convenção sobre Asilo Político (Montevideu, 1933); Tratado sobre Asilo e Refúgio Político (Montevideu, 1939); Convenção sobre Asilo Diplomático (Caracas, 1954); e a Convenção sobre Asilo Territorial (Caracas, 1954).

O período entre guerras trouxe um deslocamento necessário diante das atrocidades advindas do conflito bélico, revelando a urgência de regulamentação internacional, como se fez com a Declaração Internacional dos Direitos Humanos, em 1948, a qual dispôs o direito de asilo a toda pessoa vítima de perseguição, desde que não seja autora de um crime comum ou de um ato contrário aos objetivos e princípios das Nações Unidas (UNICEF, 2019).

A Convenção Americana de Direitos Humanos (San José, 1969) é de extrema importância para o desenvolvimento do instituto do asilo no Brasil, o qual é signatário. Nesta convenção houve a incorporação do asilo aos estrangeiros em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos, positivado como um dever do Estado (PENTEADO, 2017).

A concessão do asilo político no Brasil foi caracterizada como um princípio das relações internacionais na Constituição Federal de 1988 (art. 4º, inciso X), estendendo ao termo asilo político as duas espécies existentes: o asilo diplomático e o asilo territorial (BRASIL, 1988).

O asilo territorial é aquele concedido ao solicitante que se encontre em outro território, onde procura a devida tutela. Desta forma, pressupõe a extraterritorialidade, ou seja, o indivíduo que busca o asilo encontra-se fora do Estado pelo qual sofreu as perseguições de cunho político (PENTEADO, 2017).

Já o asilo diplomático é uma forma provisória de proteção, pelo qual o solicitante requer o asilo político numa representação diplomática estrangeira com sede no país onde o requerente se encontre. Neste caso, a territorialidade é prevista através da busca da proteção no próprio território onde se deu as perseguições (PENTEADO, 2017). O intuito desta modalidade de asilo é a concessão do asilo territorial, conquanto possa ser negado pelo Embaixador, que age nas conformidades da soberania estatal.

No Brasil, a implementação do asilo teve três momentos marcantes: o primeiro foi através o direito consuetudinário, ou seja, não havia previsão normativa, mas sim analogias decorrentes de tratados; o segundo ocorreu após 1934, quando houve a incorporação do instituto do asilo no texto constitucional; e, por último, o terceiro se evidenciou pela consagração da concessão do asilo político como princípio constitucional das relações internacionais deste país, na Constituição Federal de 1988 (PENTEADO, 2017).

O asilo político está inserido na legislação infraconstitucional também, em consonância com a Lei nº 13.445/2017 (Lei de Migração), a qual consolidou o instituto do asilo nos artigos 27 a 29 (BRASIL, 2017):

Art. 27. O asilo político, que constitui ato discricionário do Estado, poderá ser diplomático ou territorial e será outorgado como instrumento de proteção à pessoa.

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre as condições para a concessão e a manutenção de asilo.

Art. 28. Não se concederá asilo a quem tenha cometido crime de genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra ou crime de agressão, nos termos do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 1998, promulgado pelo Decreto no 4.388, de 25 de setembro de 2002.

Art. 29. A saída do asilado do País sem prévia comunicação implica renúncia ao asilo.

Embora o termo asilo político remeta imediatamente a um crime político, referida denominação é mais abrangente do que parece. Os delitos políticos não são os únicos abarcados pelo instituto do asilo político, em razão do acréscimo ao conceito supramencionado àqueles perseguidos por convicções religiosas, filosóficas ou até por diferença étnica (PENTEADO, 2017).

Outro aspecto de grande relevância é que além da vedação do asilo político aos indivíduos que cometam determinado crime comum, ainda existem duas hipóteses de impedimento à concessão do respectivo benefício.

A primeira vedação à concessão do asilo político é estendida àqueles que atentarem “por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas” (UNICEF, 2019), conforme artigo 14, inciso 2º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Por outra via, a segunda vedação corresponde ao indivíduo sobre o qual “exista suspeita de ter cometido um crime contra a humanidade, conforme definido nos instrumentos internacionais elaborados para adotar disposições sobre tais crimes” (DIREITOSHUMANOS, 2019).

O procedimento do asilo político no Brasil se inicia com um requerimento à Polícia Federal, bem como através da solicitação do refúgio. Ao ser concedido, o asilado terá o prazo de 30 dias para se registrar perante o Departamento da Polícia Federal. Em seguida, o requerimento será avaliado pelo Ministro das Relações Exteriores e, posteriormente, pelo Ministro da Justiça (KOEKE, 2013).

Ainda assim, na hipótese de recusa do asilo político, o Estado requerido não poderá retornar o estrangeiro a um local onde esteja em situação de perigo, mormente quando sua vida ou liberdade estejam ameaçadas. Tal proibição está fundamentada no princípio do *non-refoulement*, o qual veda a devolução do indivíduo ao Estado violador de direitos humanos.

Por evidentes razões, essa proteção irradiada pelo princípio tem valor normativo de *jus cogens*, ou seja, os Estados estão proibidos de violarem, em qualquer circunstância, este dispositivo, com viés imperativo e inderrogável em relação à vontade dos Estados (PAULA, 2016).

Atualmente, a figura do asilo praticamente encontra-se em desuso na América Latina, em decorrência da amplitude do instituto do refúgio e a ampla atuação do ACNUR

para integralizar estes indivíduos, sob a égide da propagação dos ideais humanitários conquistados nos tratados internacionais (BARRETO, 2010).

Por fim, forçoso é concluir que o asilo político, instituto histórico e de importância axiomática, carece atualmente de mecanismos que minimizem a discricionariedade dos Estados, para que assim alcance globalmente uma eficácia que se sobressai aos interesses egoísticos estatais.

2.3 A concessão do refúgio no Brasil

Em 1960, o Brasil aderiu a Convenção de Genebra sobre Refugiados de 1951. Logo após, em 1972, passou a adotar o Protocolo da Convenção de 1967 (VEDOVATO, 2011).

Ocorre que, em razão do regime da ditadura militar vivenciado por este país, foi mantida a reserva geográfica, considerando como refugiado apenas aqueles advindos do continente europeu.

Durante a década de 1970, as Caritas Arquidiocesana de São Paulo e do Rio de Janeiro acolheram os refugiados em razão das ditaduras sul-americanas, embora não houvesse permissão para tal auxílio no Brasil. O Estado brasileiro, a contrário senso, se isentava das responsabilidades internacionais humanitárias (ALARCÓN, TORRES; 2017).

Após o processo de redemocratização do Brasil, um fluxo maior de refugiados adentra o país, em especial os angolanos, haja vista a iminente guerra civil na Angola. Somente com auxílio do ACNUR, junto com outros órgãos que versaram pela dignidade da pessoa humana, ocorreu a suspensão dessa reserva ostensivamente discriminatória (BARRETO, 2010).

Tardiamente em 1989, através do Decreto nº 98.602, a restrição geográfica foi definitivamente excluída. Assim, o Brasil passa a aderir plenamente à Declaração de Cartagena, viabilizando maior auxílio aos refugiados, sem o viés segregacionista anterior (BARRETO, 2010).

Impinge observar que, para o aprimoramento do acesso ao refúgio no Brasil, foram inseridos princípios basilares para a proteção dos refugiados na Constituição Federal de 1988, como, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, da tolerância e da solidariedade. Nesse ponto, a Carta Magna, expressamente, entendeu que os tratados internacionais se coadunam com o regramento constitucional (JUBILUT, 2007).

O artigo 4º da Constituição Federal prevê, através dos incisos II e X, a prevalência dos direitos humanos, bem como a concessão do asilo político, premissas estas fundamentais para a proteção do Direito Internacional dos Refugiados (BRASIL, 1988).

A elevação dos tratados internacionais, que versem sobre direitos humanos, ao patamar de normas constitucionais trouxe ao Ordenamento Jurídico preceitos internacionais de suma importância, com a participação de diversos países e organismos internacionais. De outro modo, os demais tratados internacionais possuem força hierárquica infraconstitucional, em consonância com o artigo 102, III, “b” da Carta Magna, o qual admite

ser cabível recurso extraordinário em decisão que julgar a inconstitucionalidade do tratado (PIOVESAN, 1999).

Por fim, para a inclusão das premissas compactuadas na Declaração de Cartagena, foi sancionada a Lei Federal nº 9.474/97 que, através dos seus 49 artigos, definiu meios para que o país aderisse à Convenção de Genebra de 1951 (BRASIL, 1997).

Dentre as variadas inovações advindas da Lei nº 9.474/97, destaca-se a instituição do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), uma autoridade tripartite (governo, sociedade civil e Nações Unidas, através do ACNUR) responsável por receber as solicitações de refúgio, verificando se estão presentes as condições necessárias para o enquadramento no conceito de “refugiado” (ALARCÓN; TORRES, 2017).

Ademais, o Brasil empreendeu expressivo avanço normativo em relação à proteção dos refugiados. Referido dispositivo de lei, denominado Estatuto dos Refugiados, abarcou documentos essenciais, como a Declaração de Cartagena de 1984, o que viabilizou a expansão do termo “refugiado”, conforme o artigo abaixo:

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que: I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior; III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país (BRASIL, Lei n. 9.474, 1997).

O inciso inaugural deste artigo corresponde à primeira definição de refugiado, em consonância com a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951) e ao Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados (1967).

Em sequência, o inciso II está relacionado aos apátridas, indivíduos que não são considerados nacionais por nenhum Estado, ou seja, desprovidos de nacionalidade. Os motivos são diversos, porém, são vertentes de discriminação. Estas pessoas estão extremamente à margem da sociedade, em face das limitações de direitos exclusivos aos enquadrados como nacionais. Barbosa (2015) delinea o conceito de apátrida da seguinte forma:

A expressão “apátrida” vem do grego “a” como prefixo de privação e de “patrís” ou “patrídos”, que por sua vez, denotam a ideia de pátria”. Assim, em linhas gerais, apátrida é toda e qualquer pessoa que não possui uma pátria, uma nação, um Estado, e deles não usufrui dos direitos inerentes da nacionalidade.

Em 1954, foi realizada a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, promulgada pelo Brasil apenas em 2002, através do Decreto nº 4.246. O artigo 1º da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas prevê a definição de “apátrida” como (BRASIL, 2002):

Artigo 1º, da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954, in verbis: "Definição do termo "apátrida". §1. Aos efeitos da presente Convenção, o termo "apátrida" designará toda pessoa que não seja considerada como nacional seu por nenhum Estado, conforme a sua legislação. §2. Esta Convenção não se aplicará: a) Às pessoas que atualmente recebem proteção ou assistência de um órgão ou organismo das Nações Unidas diferente do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, enquanto estejam recebendo tal proteção ou assistência. b) Às pessoas a quem as autoridades competentes do país onde tenham fixado sua residência reconheçam os direitos e obrigações inerentes a posse da nacionalidade de tal país. c) Às pessoas sobre as quais existam razões concretas para considerar: I) Que tenham cometido um delito contra a paz, um delito de guerra ou um delito contra a humanidade, definido nos instrumentos internacionais referentes a tais delitos. II) Que tenham cometido um delito grave de índole política fora do país de sua residência, antes de sua admissão em tal país. III) Que são culpados de atos contrários aos propósitos e princípios das Nações Unidas.

Os apátridas possuem duas classificações doutrinárias importantes: os *de jure* e o *de facto*. Os apátridas *de jure* são aqueles definidos no artigo 1º da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954, ou seja, aqueles que não estão abrangidos por qualquer nacionalidade ou qualquer Estado. Quanto aos apátridas *de facto*, são aqueles que possuem reconhecimento da nacionalidade por determinado Estado, porém, referida condecoração carece de efetividade, sendo insuficiente para suprir as necessidades básicas (BARBOSA, 2015).

O último inciso corresponde à extensão do termo refugiado, em consonância com a Declaração de Cartagena, a qual também enquadra como refugiado aquele que sofre grave e generalizada violação aos direitos humanos.

Ademais, a Lei nº 9.474/97 definiu expressamente quem não deverá se beneficiar da condição de refugiado, consoante o art. 3º, *in verbis* (BRASIL, 1997):

Art. 3º Não se beneficiarão da condição de refugiado os indivíduos que: I - já desfrutem de proteção ou assistência por parte de organismo ou instituição das Nações Unidas que não o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados - ACNUR; II - sejam residentes no território nacional e tenham direitos e obrigações relacionados com a condição de nacional brasileiro; III - tenham cometido crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas; IV - sejam considerados culpados de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas.

Em suma, a Lei nº 9.474/97 teve como escopo a normatização da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, com o intuito de concretizar o procedimento de concessão de refúgio. Tais inovações destoaram o Brasil em relação aos outros países que compactuaram com os tratados internacionais sobre os refugiados. Para Jubilut (2019), as qualidades da lei supramencionada podem ser divididas em três égides:

As qualidades da Lei 9.474/97 encontram-se principalmente em três aspectos: (1) é um instrumento exclusivo sobre o tema dos refugiados, o que não ocorre em outros países que ou não tem regras específicas para refugiados ou as têm dentro de uma lei geral sobre imigração, (2) traz uma definição mais abrangente do termo refugiado, possibilitando proteção a um maior número de pessoas, como mencionado e (3) traz regras de devido processo legal, mesmo em se tratando de um procedimento administrativo, com a necessidade de fundamentação da decisão e com a possibilidade de recurso.

Como dissertado anteriormente, a criação do CONARE foi um expressivo avanço brasileiro na busca pela proteção aos refugiados. O CONARE é um órgão vinculado ao Ministério da Justiça, com natureza jurídica administrativa, o qual possui condão normativo. Compõe o referido órgão os seguintes representantes do governo: líderes do Ministérios da Justiça, da Saúde, do Trabalho, da Educação, do Desporto, integrantes do departamento da Polícia Federal, um representante de organização não-governamental, responsável pela tutela aos imigrantes e refugiados no país e a figura do ACNUR, que atua na orientação, mas sem direito ao voto (RODRIGUES, 2007).

O procedimento para a solicitação do refúgio depende de determinados requisitos. A fim de aclarar o tema, temos como exemplo a necessidade de o estrangeiro apresentar-se à autoridade competente e manifestar seu desejo em ser reconhecido como refugiado neste país. Esta solicitação ocorre perante a autoridade migratória na fronteira, independentemente se a entrada no país ocorreu de forma irregular ou regular (BRASIL, 1997).

Após ser devidamente instruído, o requerente preencherá um Termo de Declaração, especificando os motivos que levaram a deixar seu país de origem e residir neste país. Tal documento deverá conter seus dados pessoais e a nomeação dos familiares dependentes economicamente que ali estiverem presentes. Cumpre destacar que o procedimento é gratuito e poderá conter ajuda de um tradutor (ROGUET, 2009).

Posteriormente, o ACNUR será acionado em decorrência da solicitação e averiguará os documentos levantados pela Polícia Federal. Insta consignar que, caso haja pedido de extradição em face do solicitante, o requerimento será suspenso até o término da análise da solicitação de refúgio, em conformidade com o dispositivo da Lei 9.474/97 que segue (BRASIL, 1988):

Art. 10. A solicitação, apresentada nas condições previstas nos artigos anteriores, suspenderá qualquer procedimento administrativo ou criminal pela entrada irregular, instaurado contra o peticionário e pessoas de seu grupo familiar que o acompanhem.

§ 1º Se a condição de refugiado for reconhecida, o procedimento será arquivado, desde que demonstrado que a infração correspondente foi determinada pelos mesmos fatos que justificaram o dito reconhecimento. § 2º Para efeito do disposto no parágrafo anterior, a solicitação de refúgio e a

decisão sobre a mesma deverão ser comunicadas à Polícia Federal, que as transmitirá ao órgão onde tramitar o procedimento administrativo ou criminal.

Forçoso é perceber a importância do Termo de Declaração a ser lavrado pela Polícia Federal, porque além de dar início ao procedimento de concessão de refúgio, também possibilita que o requerente possa utilizar-se do Protocolo Provisório, previsto nos artigos 21 e 22 da Lei nº 9.474, o qual autoriza a estada do solicitante e de seu grupo familiar no território nacional até a decisão do requerimento de concessão de refúgio.

Em seguida, o solicitante será encaminhado para o Centro de Acolhida, o qual permitirá que o requerente tenha acesso a programas voltados para assistência e integração social. Por conseguinte, o solicitante será entrevistado novamente, por um representante do CONARE, que apreciará os relatos junto a representantes do CONARE, do ACNUR e da sociedade civil, os quais são incumbidos de elaborar um parecer, que será levado ao plenário do CONARE (JUBILUT, 2019).

Da decisão do CONARE poderá se extrair duas vertentes: a decisão que reconhece a condição de refugiado, acolhendo o pedido de refúgio, e a que nega a condição de refugiado.

Ao assegurar a condição de refugiado, o CONARE deverá notificar a Polícia Federal, para adotar as medidas cabíveis, como por exemplo o arquivamento de procedimento administrativo ou criminal em face da entrada irregular. Em ato subsequente, o solicitante deverá ser comunicado, devendo assinar um Termo de Responsabilidade e solicitar seu Registro Nacional de Estrangeiro, em conformidade com os artigos 27 e 28 do Estatuto dos Refugiados (BRASIL, 1997).

É imperioso destacar a importância do reconhecimento da condição de refugiado ser considerada ato declaratório, conforme elucida Jubilit no trecho abaixo (2019):

Cumprе ressaltar que a decisão de reconhecimento é declaratória e não constitutiva, ou seja, que se entende que o solicitante que tem o seu pedido de refúgio reconhecido já era refugiado antes mesmo da decisão, servindo esta apenas para declarar o direito à proteção de que o mesmo já era titular anteriormente. O que faz de um indivíduo um refugiado são as condições objetivas de seu país de origem e/ou de residência habitual das quais decorram um fundado temor de perseguição, e não o ato do governo brasileiro que reconhece o pedido de refúgio.

Infere-se do diploma legal, outrossim, que a decisão de reconhecimento do refúgio deve ser fundamentada, em consonância com o artigo 26 da Lei nº 9.474/97 (BRASIL, 1997).

Ao revés, caso não seja reconhecida a condição de refugiado, o solicitante terá 15 dias, a contar da data da notificação da decisão, para recorrer ao Ministro de Estado da Justiça (artigo 29). A decisão negativa deve estar fundamentada e constar na notificação levada ao solicitante (BRASIL, 1997).

Para a elaboração do recurso não há formalidades, tendo em vista que pode ser efetuado pelo próprio requerente do refúgio, bastando apenas que seja remetido ao Ministro da Justiça, no prazo de 15 dias - a contar da data do recebimento da notificação -, que tem prerrogativa para decidir, em última instância, a solicitação de refúgio neste país (JUBILUT, 2019).

Frisa-se que o Supremo Tribunal Federal vem consolidando a tese de que o Poder Judiciário deve limitar-se aos possíveis vícios de legalidade no procedimento de concessão do refúgio, sem reapreciar os critérios de conveniência e oportunidade utilizados, os quais são de competência do órgão administrativo CONARE (BENETI, 2017).

Durante o período de avaliação do pedido de refúgio, o solicitante, assim como sua família, poderá permanecer no território brasileiro (artigo 30). Após a concretização da decisão, o Ministro da Justiça notificará o CONARE, para que este dê ciência ao requerente e à Polícia Federal (BRASIL, 1997).

Deferido o recurso, o procedimento segue o mesmo caminho preconizado pelos artigos 26 a 28, ou seja, o solicitante passa a ser reconhecido como refugiado, devendo ser registrado junto à Polícia Federal (BRASIL, 1997).

Rejeitado o recurso, ficará o solicitante sujeito à legislação dos estrangeiros. Contudo, este indivíduo não será transferido de imediato para o seu país de origem enquanto não cessar as circunstâncias que envolvem risco à vida, à integridade física e à liberdade, em razão do princípio do *non-refoulement* (BRASIL, 1997).

O artigo 7º, §2º, do Estatuto dos Refugiado, prevê que o benefício do refúgio não poderá ser estendido àquele que for considerado perigoso para a segurança do Brasil. Ocorre que tal impedimento tem viés substancialmente inconstitucional, tendo em vista que não há previsão de defesa sob as alegações de violências e periculosidade do refugiado que aqui adentra, infringindo, assim, as premissas constitucionais da presunção da inocência e da necessária aplicação do contraditório e da ampla defesa (ALARCON; TORRES, 2017).

Além da concessão do refúgio, o Governo deve colocar em prática três soluções duráveis quanto aos refugiados, tratadas nos artigos 42 ao 46 da lei supramencionada.

A primeira solução trata-se da repatriação, descrita no artigo 42 do Estatuto dos Refugiados (BRASIL, 1997), a qual possui caráter voluntário, com exceção aos casos em que não subsistem mais as condições que determinaram o refúgio.

Já a segunda solução decorre da integração local, prevista nos artigos 43 e 44 do respectivo estatuto. Leva-se, aqui, em consideração a condição desprivilegiada do refugiado, na medida que cabe ao Governo facilitar os mecanismos de integração no mercado de trabalho, no momento de reconhecimento de seus diplomas emitidos no país de origem e no ingresso em instituições acadêmicas de quaisquer níveis (ROGUET, 2009).

Por fim, a terceira solução é o reassentamento, que deverá ser concedido, sempre que possível, de maneira voluntária. Trata-se da hipótese de delegar a outro país a proteção do refugiado, já que este não obteve a proteção imprescindível, nem a integração

local do país que lhe acolheu. Referida solução, prevista nos artigos 45 e 46 da Lei nº 9.474/97, foi complementada pelo Acordo Marco para o Reassentamento de Refugiados, como disciplina Roguet (2009):

O Brasil assinou com o ACNUR, em 1999, o Acordo Marco para o Reassentamento de Refugiados, com fundamento no artigo 46 da Lei 9.474/97, que prevê que o reassentamento no país se fará de forma planejada e com a participação coordenada dos órgãos estatais e quando possível de organizações não-governamentais. Desta forma, ficou estabelecida a possibilidade jurídica de uma parceria entre ambas as entidades para reassentar refugiados no Brasil, uma vez que tal documento define os critérios e os meios pelos quais essa solução durável seria implementada em território brasileiro. Porém, somente em 2002, iniciou-se a implantação desse projeto, com a chegada de um grupo de 23 afegãos.

A Lei nº 9.474/97 prevê também a cessação e a perda da condição de refugiado, em consonância com os artigos 38 e 39 da respectiva lei (BRASIL, 1997).

A cessação da condição de refugiado ocorre nas seguintes hipóteses do artigo 38 da lei supramencionada (BRASIL, 1997): voltar a contar com a proteção do país de origem; recuperar a nacionalidade perdida; adquirir uma nova nacionalidade, gozando de proteção do país que lhe concedeu; voltar ao país de origem, de maneira voluntária; ou no caso de não poder mais continuar a recusar a proteção do país de que é nacional por terem deixado de existir as circunstâncias as quais foram levadas em conta para a concessão do refúgio.

Já a perda da condição de refugiado, estabelecida no artigo 39 do Estatuto dos Refugiados (BRASIL, 1997), deriva da renúncia do refugiado; da prova da falsidade dos fundamentos para o reconhecimento da condição de refugiado ou a existência de fatos que seriam impeditivos para o reconhecimento; do exercício de atividades que são contrárias à segurança nacional ou à ordem pública e, por fim, da saída do território nacional sem prévia autorização do governo brasileiro.

Tanto a perda como a cessação da condição de refugiado são decididas pelo CONARE, em primeira instância, cabendo recurso ao Ministro da Justiça, que proferirá decisão de deferimento ou indeferimento irrecurável, conforme dispõe os artigos 40 e 41 da Lei nº 9.474/97 (BRASIL, 1997).

O Estatuto dos Refugiados é até hoje fundamental para a proteção e incorporação dos refugiados no Brasil, contando com o auxílio de políticas públicas migratórias e não-governamentais, como é o caso do ACNUR e da Caritas, os quais garantem uma permanência digna a estes indivíduos.

2.4 Da efetividade da tutela brasileira aos refugiados

Segundo o sítio eletrônico do ACNUR (2020), 79,5 milhões de pessoas se encontram forçadas a se deslocar no mundo até o final de 2019. Deste montante, 45,7 milhões são deslocados internos, 26 milhões são refugiados e 4,2 milhões são solicitantes de refúgios. Ao todo, 1% da população mundial se encontra deslocada.

O Brasil sempre foi visto como uma nação acolhedora. Porém, este título está defasado, tendo em vista a crescente onda xenofóbica que assola este país. No ano de 2018, vivenciamos um alarmante choque fronteiriço entre roraimenses e venezuelanos, sendo que a incompreensão com relação a estada dos refugiados culminou no incêndio do abrigo desses migrantes forçados que aqui se estalavam (UOL, 2019).

Bauman (2016) identifica o ressentimento causado pelos novos imigrantes, em vista das personificações das crises existentes, a trazerem más notícias a nossa porta. Tal insegurança busca alguém para culpar diante dos tempos nefastos vividos, levando à xenofobia, que é a derivação dos termos “xénos” (estrangeiro) e “phobos” (medo).

Desse medo institucionalizado, existem nítidas agravantes, como a colaboração da mídia para culpar referidos indivíduos marginalizados, e o aproveitamento da exploração de situações lamentáveis para angariar a aprovação popular de tiranos nas eleições, através de políticas anti-imigração (BAUMAN, 2016).

Como já roborado, o Brasil possui uma legislação migratória acolhedora e exemplar, a qual possibilita ao estrangeiro chegar a este território e expressar sua vontade de residir no país. Dessa maneira, ainda que clandestinamente, a autoridade competente irá instaurar o procedimento para a concessão do refúgio, impossibilitando que o solicitante seja deportado para o país em que sua vida ou liberdade encontram-se ameaçadas, em virtude do princípio *non-refoulement*.

No entanto, não se pode olvidar que o Brasil possui, em seu território, um número ínfimo de refugiados, especialmente se comparado a países como Turquia, Líbano e Paquistão. Dentre as principais causas, destaca-se, segundo Gomes (*apud* MATOS): a localização geográfica, que dificulta o deslocamento dos refugiados; os problemas enfrentados com a efetividade dos direitos previstos nos dispositivos legais; a falta de informação relativa à concessão do refúgio neste país; e, evidentemente, a precariedade nas políticas públicas direcionadas aos refugiados que aqui adentram.

Segundo os dados da Secretaria Nacional da Justiça (2017), as solicitações do reconhecimento da condição de refugiado no Brasil em 2017 chegaram a 33.866 pedidos, com destaque aos seguintes países: Venezuela (53%); Cuba (7%); Haiti (7%); Angola (6%); China (4%); Senegal (4%) e Síria (2%).

Atualmente, a Venezuela está vivenciando uma crise humanitária devastadora, em razão de políticas autoritárias, do alto nível de desemprego, da elevada taxa de inflação, da escassez de recursos básicos, da corrupção e da violência que aflora referido país. Devido as consequências da opressão generalizada, o Brasil se tornou o principal destino dos venezuelanos, fato que sobrecarregou os serviços públicos das áreas fronteiriças, sobretudo, para as cidades do estado de Roraima (MARQUES; LEAL, 2019).

A situação está tão fragilizada que o Estado de Roraima ajuizou uma Ação Civil em face da União, requerendo a concessão de tutela antecipada para:

(a) obrigar a ré a promover medidas administrativas nas áreas de controle policial, saúde e vigilância sanitária na região da fronteira entre o Brasil e a Venezuela; (b) determinar a imediata transferência de recursos adicionais da União para suprir custos que vem suportando com a prestação de serviços públicos aos imigrantes oriundos da Venezuela estabelecidos em território roraimense; e (c) compelir a União a fechar temporariamente a fronteira entre o Brasil e a Venezuela ou limitar o ingresso de imigrantes venezuelanos no Brasil (Ação Cível Originária 3.121, Roraima).

A relatora Rosa Weber, citando o protocolo de 1967, assim como a Declaração de Cartagena e o Acordo sobre Cooperação Sanitária Fronteiriça, este último formalizado entre a Venezuela e o Brasil com o intuito de impedir o fechamento de suas respectivas fronteiras, proferiu a seguinte decisão:

Em suma, pelos motivos expostos e forte nos arts. 4º, II e IX, e 5º, LIV, da Constituição da República, no art. 45, parágrafo único, da Lei nº 13.445/2017, no artigo XVIII do Acordo sobre Cooperação Sanitária Fronteiriça entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Venezuela, não há como conceder a tutela antecipada requerida, no ponto examinado. Não só ausentes os pressupostos mínimos para sua concessão, da ótica do necessário *fumus boni juris*, como contrários os pleitos ora em exame, aos fundamentos da Constituição Federal, às leis brasileiras e aos tratados ratificados pelo Brasil. INDEFIRO, pois, os pedidos de fechamento temporário da fronteira com a Venezuela e de limitação do ingresso de refugiados venezuelanos no Brasil (CONJUR, 2019).

O Brasil, no mês de julho do ano de 2018, aderiu ao Pacto Global para Migração Segura, Ordenada e Regular (GCM), mais conhecido como Pacto Global de Migração da ONU. Tal documento, de natureza não vinculada, traz diretrizes a serem seguidas pelos Estados compactuados, com o intuito de colaborar com o auxílio aos imigrantes, fomentando uma cooperação internacional quanto aos fluxos migratórios atuais.

Ocorre que o Brasil, com a mudança para um governo de diretrizes conservadoras, deixou o pacto das migrações, sob o discurso de que este país é soberano para escolher quem poderá ingressar em seu território, como se manifestou o atual Presidente, através da sua conta no twitter:

O Brasil é soberano para decidir se aceita ou não migrantes. Quem porventura vier para cá deverá estar sujeito às nossas leis, regras e costumes, bem como deverá cantar nosso hino e respeitar nossa cultura. Não é qualquer um que entra em nossa casa, nem será qualquer um que entrará no Brasil via pacto adotado por terceiros. NÃO AO PACTO MIGRATÓRIO (TWITTER, 2019).

Dentre os prejuízos da saída do pacto supramencionado, estão os que recairão sobre a população emigrante brasileira, tendo em vista que a posição política adotada poderá criar retaliações comerciais, além de dificultar o cotidiano desta parcela vulnerável, em razão da negativa à cooperação internacional pelo Brasil aos migrantes de outros países (FOLLY, 2019)

Noutro giro, pode-se comemorar a invejável atuação do Governo do Uruguai em acolher refugiados da América Central, que desde 2009 conta com programas para reassentamento (ONUBR, 2019), possibilitando a incorporação e acolhimento dos refugiados. Não por acaso, este país está vinte e quatro posições à frente do Brasil no Índice de Desenvolvimento Humano, conforme estimativa de 2017 publicada em 2018 (UOL, 2018).

Outro exemplo, também na América do Sul, é o Equador, o qual é paradigma em políticas públicas para o acolhimento dos refugiados. No mês de agosto de 2018, o governo do Equador chegou a abrir um corredor humanitário para que os venezuelanos chegassem à capital do país (FOLHA DE SÃO PAULO, 2018).

Ambos os países mencionados são geograficamente menores, providos de condições territoriais limitadas comparadas ao Brasil. Ademais, não há ausência de políticas públicas que assegurem a garantia de direitos básicos aqueles que chegam ao país.

O Brasil, além de possuir dificuldades estruturais, como recursos financeiros e distribuições desproporcionais de riquezas, possui também dificuldades conjunturais, ligadas a falta de interesse governamental em aderir à cooperação internacional e promover melhores condições de vida àqueles que batem a nossa porta.

A soberania estatal deve abandonar as premissas maquiavélicas de que não há uma ordem superior ao Estado e seu soberano, tendo em vista que é imprescindível, nos tempos atuais, a cooperação internacional e vinculante para a sobrevivência humana (LAFER, 1995).

O cerne da questão orbita na seara política, como bem explanado por Bobbio: “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político” (apud PINHEIRO; SOUZA, 2019), ou seja, a efetividade encontra enormes obstáculos para se perfazer.

Embora os indícios de que o Brasil adotará caminhos nebulosos quanto à proteção dos refugiados, espera-se que este país, assim como todos os Estados, superem as divergências políticas e ideológicas, no intuito de se atentarem a uma solução global da situação de vulnerabilidade dos refugiados, efetivando, assim, as diretrizes elaboradas para a implementação de uma dignidade inerente a qualquer ser humano, independentemente de suas características pessoais.

3 | CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, é possível verificar que o Brasil possui fértil terreno em se tratando de dispositivos legais para atingir as tutelas dos refugiados, em consonância com a ratificação dos tratados internacionais pactuados pela legislação interna do Brasil. Nesse ponto, portanto, é considerado pioneiro na admissão dos pactos internacionais sobre a cooperação com os refugiados na América do Sul.

A Constituição Federal de 1988 atribuiu novas premissas às relações internacionais voltadas para a proteção dos Direitos Humanos, não se restringindo a independência nacional pura e simples. A redemocratização do Brasil fez com que a figura do asilo político ganhasse respaldo e observância por todo ordenamento jurídico brasileiro (embora seu procedimento seja nebuloso por falta de regulamentação interna).

Ademais, diante desta nova postura do Brasil, surge a Lei nº 9.474/97, conhecida como Estatuto dos Refugiados, a qual buscou efetivar a concessão do refúgio no Brasil, através do pormenorizado procedimento para a consolidação do status de refugiado. Entretanto, referida lei se caracterizou por ser mais procedimental do que aberta para tratar do desenvolvimento da vida dos refugiados neste país, carecendo de previsões legais que versem sobre o acesso à moradia, à saúde e às instituições de ensino aos refugiados que aqui adentram.

Porém, é notável que o direito não pode se restringir apenas ao positivado, devendo existir uma correlação com mecanismos exteriores à lei para alcançar a efetividade buscada. Por óbvio, o zênite do ideal seria a incorporação da paz social como objetivo de todos os Estados, fulminando no nascedouro os motivos que levem aos refúgios.

No entanto, a situação é mais complicada na prática do que na teoria. As divergências políticas, a discriminação racial, a xenofobia em ascensão e a presença de extremismos religiosos são fontes inesgotáveis de exclusão de seres humanos, evidenciando que as imigrações forçadas estão longe de acabar.

A vinda dos refugiados, por mais acolhedores que sejam os países, nunca é fácil, porquanto há a imanente necessidade de abandonar bens materiais e memórias alastradas durante toda a vida. Por essas e outras razões, surge a necessidade de efetivar mecanismos que auxiliam na proteção aos refugiados, levando em consideração a vulnerabilidade que os cerca.

O Brasil, conquanto possua um arcabouço jurídico invejável quanto aos refugiados, necessita de instrumentalização para colocar em prática tais premissas. Este país deveria enfatizar políticas públicas para cristalizar os direitos previstos aos refugiados nas legislações internas e nos tratados internacionais, destacando-se assim como um exemplo para os países que estão fechando às portas à solidariedade mundial.

Como exemplo de políticas públicas afirmativas, evidencia-se a necessária integralização dos refugiados e migrantes, buscando desenvolver uma cooperação tanto do Estado, como da sociedade em inserir estes indivíduos no cotidiano brasileiro.

Neste sentido, para desestimular a crescente onda xenofóbica no país, o Brasil deverá desconstruir os preceitos negativos advindos das famosas *Fake News*, através de campanhas públicas e, em *ultima ratio*, a punição aos semeadores deste discurso de ódio, a fim de garantir a nascente de uma universalização da solidariedade brasileira.

Como outras formas de instrumentalizar a efetividade aos direitos dos refugiados, está a promoção da interiorização dos refugiados, aliviando a situação dos estados inseridos

na fronteira do país e promovendo melhores oportunidades de emprego e moradia àqueles que aqui adentram.

Ademais, o combate à corrupção é extremamente necessário para a efetividade dos direitos aos refugiados, principalmente ao acesso aos direitos sociais que deveriam ser colocados à disposição pelo Estado.

Por último, para que persista as inovações trazidas com a Carta Magna de 1988, deverá este país se empenhar em manter o regime democrático brasileiro, no intuito de garantir os direitos sociais advindos da redemocratização do Brasil, possibilitando, assim, que o direito se comprometa a efetivar a todos uma existência digna e justa, premissa esta basilar para qualquer sociedade.

REFERÊNCIAS

ACNUR. **Dados sobre refúgio**. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/>>. Acesso em: 02 ago. 2020.

ACNUR. **Declaração de Cartagena**. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf?view=1>. Acesso em: 20 maio 2019.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora; TORRES, Daniel Bertolucci. O direito dos refugiados e a metodologia e prática brasileira de atendimento a requerentes de refúgio. Uma análise crítica constitucional para avançar na efetivação dos direitos humanos. In: PINTO, Eduardo Vera-Cruz *et al.* (Coord.) **Refugiados, imigrantes e igualdade dos povos**. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 491-506.

BARBOSA, Guilherme Vieira. **A ausência de nacionalidade como fator de risco à condição do cidadão estrangeiro: a questão jurídico-social dos apátridas como uma nova construção do pensamento jurídico internacional**. 387 f. Tese (mestrado). Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, SP, 2015.

BARRETO. Luiz Paulo Teles Ferreira. A lei brasileira de refúgio: sua história. In: BARRETO. Luiz Paulo Teles Ferreira (org.) **Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas**. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010, p. 10-22. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2010/Refugio_no_Brasil.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2019.

BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2017.

BENETI, Sidnei. Refúgio e extradição na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro. In: PINTO, Eduardo Vera-Cruz *et al.* (Coord.) **Refugiados, imigrantes e igualdade dos povos**. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 1.239-1.260.

BOLSONARO. J. M. Pacto Migratório. 9 jan. 2019. Twitter: @jairbolsonaro. Disponível em: <<https://twitter.com/jairbolsonaro/status/1082924268361519104>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 jun. 2019.

BRASIL. Decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002. Promulga a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4246.htm>. Acesso em: 13 jun. 2019.

BRASIL. Lei n. 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] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, jul. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l9474.htm>. Acesso em: 13 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.445/2017, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 2018. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm>. Acesso em: 13 jun. 2019.

CHAVES, Lindinalva Messias do Nascimento. **A questão dos refugiados nas relações internacionais** - o caso colombiano. 2008. 148 f. Tese (Doutorado), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, 2008.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Asilo diplomático e refúgio**: especialidades, semelhanças e um breve estudo de casos. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9831384e2ed3938f>>. Acesso em 13 jun. 2019.

DIREITOSHUMANOS.USP. **Declaração sobre asilo territorial**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Refugiados-Asilos-Nacionalidades-e-Ap%C3%A1tridas/declaracao-sobre-asilo-territorial.html>>. Acesso em: 13 jun. 2019.

DUARTE, Regina; CARVALHO, Flávia R. Torres de; CARVALHO, Andrea Rauscher Torres de Carvalho. Refugiados: o trabalho como forma de resgate dos direitos fundamentais. In: PINTO, Eduardo Vera-Cruz *et al.* (Coord.) **Refugiados, imigrantes e igualdade dos povos**. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 227-238.

EQUADOR abre corredor humanitário para venezuelanos chegarem ao Peru. **FOLHA DE S. PAULO**, São Paulo, 24 ago. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/08/equador-abre-corredor-humanitario-para-venezuelanos-chegarem-ao-peru.shtml>> Acesso em: 13 jun. 2019.

FOLLY, Maiara. Saída do acordo global sobre migrações pode impactar brasileiros no exterior. **EL PAÍS**, 12 jan. 2019. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/01/12/opinion/1547304022_687377.html>. Acesso em: 13 jun. 2019.

IDH 2018: Brasil ocupa a 79ª posição: veja a lista completa. **UOL**, São Paulo, 14 set. 2018. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2018/09/14/idh-2018-brasil-ocupa-a-79-posicao-veja-a-lista-completa.htm>>. Acesso em: 13 jun. 2019.

JUBILUT, Líliliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Método, 2007. Disponível em <<https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/O-Direito-Internacional-dos-Refugiados-e-sua-Aplicacao-A7%C3%A3o-no-Ordenamento-Jur%C3%ADico-Brasileiro.pdf>>. Acesso em: 13 jun.2019.

JUBILUT. Líliliana Lyra. **O Procedimento de Concessão de Refúgio no Brasil**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/estrangeiros/o-procedimento-refugio-no-brasil.pdf>> Acesso em: 13 jun. 2019.

KOEKE, Andreza Franzoi. **A proteção jurídica brasileira aos refugiados sob a luz da Constituição Federal de 1988 e da lei nº 9.474/97**. 2013. 158 f. Tese (Mestrado). Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, 2013.

LAFER, Celso. A ONU e os direitos humanos. **Scielo**, São Paulo, v. 9, n. 25, set./dez. 1995. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141995000300014&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em: 21 jan. 2019.

MARQUES, Andressa C. M. S.; LEAL, Marília D. F. O. **Migrantes venezuelanos no brasil: cooperação como meio para garantir direitos**. Disponível em: <https://www.editorarealize.com.br/revistas/condif/trabalhos/TRABALHO_EV082_MD1_SA7_ID321_21082017230856.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2019.

MATOS, Ana Carolina Siqueira. **O sistema de proteção a refugiados e sua atuação perante as refugiadas sírias no Brasil**. 2018. 121 f. Tese (Mestrado). Universidade de Brasília – UNB, Brasília, DF, 2018.

MENEZES, Thais Silva. **Direitos humanos e refúgio**: a violação de direitos antes e após a determinação do *status* de refugiado. 2012. 60 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, 2012.

MORADORES de Roraima ateiam fogo a abrigo de venezuelanos. **UOL**, 18 ago. 2018. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/moradores-de-roraima-ateiam-fogo-a-abrigo-de-venezuelanos/>>. Acesso em: 21 jan. 2019.

MOREIRA, Julia Bertino. **Pesquisando Migrantes forçados e refugiados**: reflexões sobre desafios metodológicos no campo de estudos. Disponível em <<file:///C:/Users/ADM/Downloads/53079-Texto%20do%20artigo-221061-1-10-20180520.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

ONUBR. **Uruguai é 1º país sul-americano a acolher refugiados da América Central**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/uruguai-e-1o-pais-sul-americano-a-acolher-refugiados-da-america-central/>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

PAULA, Bruna Vieira de. O princípio do non-refoulement, sua natureza *jus cogens* e a proteção internacional dos refugiados. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, n. 7, p. 51-68, jul. 2016. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/94>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

PENTEADO, Fernando Martinho de Barros. Asilo político: aspectos históricos e regime jurídico. In: PINTO, Eduardo Vera-Cruz *et al.* (Coord.) **Refugiados, imigrantes e igualdade dos povos**. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 579-598.

PIOVESAN, Flavia. A Constituição Brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos. In: WORKSHOP A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O BRASIL. 7 a 8 de outubro de 1999. Brasília. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça. 1999, p. 87-104.

REFÚGIO em números: 3ª edição. **Secretaria Nacional de Justiça**. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/anexos/refasgio-em-nasmeros_1104.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

RODRIGUES, Guilherme M. A. Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.). **II Anuário Brasileiro de Direito Internacional**. 1. Cedin, 2007, p. 164-178.

ROGUET, Patrícia. **Direitos e deveres dos refugiados na lei nº 9.474/97**. 2009. 184 f. Tese (Mestrado), Universidade Mackenzie, São Paulo, SP, 2009.

STF. Tutela provisória na ação cível originária 3.121 Roraima. Relatora: MIN. ROSA WEBER. DJ: 06 AGO. 2018. **CONJUR**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/rosa-weber-nega-fechamento-fronteira.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 14 jun. 2019.

VEDOVATO, Luís Renato. Direito dos refugiados e realidade: a necessária diminuição das distâncias entre o declarado e o alcançado. In: RAMOS, André de Carvalho et al. (Coord.). **60 anos de ACNUR: Perspectivas de futuro**. São Paulo: CL-A, 2011, p. 289-312.

CAPÍTULO 18

SONHO, CONQUISTA E GLÓRIA: LIÇÕES DA MIGRAÇÃO ITALIANA AO BRASIL NO PERÍODO DO *RISORGIMENTO*

Data de aceite: 01/11/2020

Data de submissão: 19/08/2020

Yuri Matheus Araujo Matos

Universidade Federal de Sergipe

Aracaju – Sergipe

<http://lattes.cnpq.br/6922375396237923>

Luciana de Aboim Machado

Universidade Federal de Sergipe

Aracaju – Sergipe

<http://lattes.cnpq.br/2113227493246846>

RESUMO: Devido aos diversos conflitos civis e políticos e forte crise econômica, acentuouse o número de migrantes italianos em solo brasileiro no final do século XIX. Da mesma maneira, em decorrência de graves situações humanitárias, hoje são ampliados atualmente os fluxos migratórios mistos na Europa e América do Sul. Um paralelo entre os distintos contextos histórico-geográficos serve de base para que os direitos mínimos daqueles que se deslocam em busca de melhores condições de vida e de trabalho não sejam mitigados arbitrariamente, tal qual ocorrera no passado. Para o enfrentamento do trabalho do imigrante em condições análogas à escravidão, este artigo analisa as formas de garantia e eficácia da tutela estatal, mediante a interpretação histórica, axiológica, teleológica e, em especial, humanitária, da norma.

PALAVRAS-CHAVE: Migração, Trabalhador migrante, Escravidão contemporânea.

DREAM, CONQUER AND GLORY: LESSONS FROM THE ITALIAN MIGRATION TO THE BRAZIL DURING THE *RISORGIMENTO* EPOCH

ABSTRACT: Due to the several civil and politics conflicts and deep economic crises, the number of Italian migrants in Brazilian ground grown up in the end of XIX century. By the same way, due to serious humanitarian situations, the mixed migration flows are extended nowadays in Europe and South America. A parallel between the distinct historical-geographical contexts works as a way to the human rights those who move looking for better shapes of life and work do not be arbitrarily mitigated, such as happened in the past. To face the migrant work in analogous to slavery conditions, this article analyzes the ways to ensure and to efficacy the state guardianship, through the historical, axiological, teleological and, especially, humanitarian interpretations of the law.

KEYWORDS: Migration, migrant worker, contemporary slavery.

1 | INTRODUÇÃO

Em decorrência das crises socioeconômicas ocorridas na América do Sul no início do século XXI, os índices de migração e refúgio têm se acentuado. Dentre outros problemas inerentes à realidade brasileira sobre a questão, destaca-se a exploração do trabalhador migrante, através da submissão a condições análogas à escravidão.

À luz da concepção do respeito à dignidade da pessoa humana como centro do ordenamento jurídico, identifica-se em situações históricas semelhantes os principais desafios enfrentados pela população migrante e os mais relevantes vícios na atuação estatal. Adota-se como referencial a obra *Sonho, Conquista e Glória*, de Osnei de Lima, que trata da migração Italiana para o Brasil no período do *risorgimento* (época da unificação no final do século XIX).

A partir do estudo lógico-dedutivo, relaciona-se o tratamento aos imigrantes italianos do século XIX aos sul-americanos da atualidade e são buscadas soluções para os problemas atuais a partir da experiência histórica. Aborda este trabalho o problema da subutilização produtiva da mão-de-obra migrante, em alguns casos, e a exploração indevida em outros, no Brasil. Em seguida, estuda-se a proteção jurídica formal no Brasil e a concretização dos referidos direitos no país, com enfoque no estado de Sergipe. Por fim, são propostas soluções para o sistema de integração dos imigrantes no Brasil.

Examina-se o processo de recepção, documentação, acesso ao trabalho, acolhida humanitária, proteção social e os seus respectivos reflexos sobre a economia local. Com este fim, dividiu-se o projeto de pesquisa em três etapas. Na primeira, em 2016, foi realizado levantamento bibliográfico sobre o tema, com enfoque em artigos científicos, livros e notícias.

Discutiu-se em grupo de trabalho os temas pesquisados, obtendo a fixação dos pontos mais relevantes, a serem aprofundados através de dados obtidos pelo CONARE e visitas técnicas à Superintendência da Polícia Federal de Sergipe e ao antigo Ministério do Trabalho em Sergipe. Esta foi a segunda etapa, ocorrida em 2017.

Entre 2018 e 2020 acompanhou-se a evolução dos dados sobre o tema, bem como a concretização da nova Lei de Migração. Em seguida, foi sistematizado o material. Por fim, estudada a viabilidade concreta das propostas apresentadas, à luz da perspectiva artístico-histórica da obra de Osnei de Lima¹. Evidencia-se, no filme, o estreito laço entre as crises migratórias e as razões políticas internas, conflitos internacionais, fatos da natureza e crises econômicas², havendo maior destaque aos fatores antropogênicos no trabalho.

2 | SONHO, SOFRIMENTO, CONQUISTA E GLÓRIA

O deslocamento realizado pela população no espaço é compreendido como migração, gênero do qual são espécies a migração interna e a externa. A diferença entre esta e aquela reside na transposição da fronteira de um país. Ou seja, a subdivisão adotada atualmente está intrinsecamente relacionada à formação de sociedades suficientemente organizadas ao ponto do estabelecimento das suas fronteiras.

1. Após 14 meses de gravação em mais de 20 cidades no Brasil e na Itália, finalizou-se o longa-metragem com o fim de mostrar a trajetória dos italianos do Velho Continente para o estabelecimento de colônias no Rio Grande do Sul. Contou com a participação dos músicos João Chagas Leite e Gildinho d'Os Monarcas, e trilha sonora de Paulo Cesarin, interpretada por Fernando Montini e João Chagas Leite.

2. CALINDO, George Rodrigo Bandeira et al. **Migrações, Deslocamentos e Direitos Humanos**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Civil, 2015. P. 65.

A migração externa é subdividida em migração voluntária, refúgio, exílio e asilo. No primeiro caso o indivíduo passa a viver em nova localidade, em busca de melhores condições de vida e de trabalho. Possui, portanto, a mais ampla das definições dentre os temas aqui estudados.

Já o segundo (refúgio) ocorre com a saída do local no qual a pessoa vive por motivo de força maior, e não somente a busca de melhores meios de vida – e esta é a sua principal diferença em relação à migração voluntária. Usualmente ocorre em caso de perseguições em função de etnia, nacionalidade, religião, ideologia, violação de direitos humanos, e até mesmo catástrofes ambientais. Buscam os refugiados apenas a preservação da sua vida e integridade mínima, assim como dos seus familiares.

O exílio, por fim, sucede contra a vontade do seu principal sujeito: a pessoa é “expulsa” da localidade na qual vive pelas lideranças locais. Está atrelado a motivações políticas. A última face da migração externa – asilo – se dá a pedido do indivíduo a um Estado diferente do seu, para que o proteja (permitindo a entrada) de perseguição do governo do país de origem. A posição política e crimes relacionados à segurança estatal são as razões mais comuns. As principais razões para os fluxos migratórios são as questões políticas internas, conflitos internacionais, fatos da natureza e crises econômicas.

Os referidos fatores antropogênicos foram estudados por Osnei de Lima em *Sonho, Conquista e Glória*, no exame da exploração da mão-de-obra italiana no Brasil no período do *risorgimento*. Após a guerra nacionalista culminada em *status quo* contra o Império Austríaco em meados do século XIX, intensificaram-se os esforços em favor da unificação italiana, sob a liderança da Sardenha-Piemonte. Ascendeu assim a esperança de paz e prosperidade entre os povos locais, que não foi correspondida pelo poder central subsequente³.

Concomitantemente, foi promulgada no Brasil a Lei Eusébio de Queirós, que vedava o tráfico negreiro, e ocasionou forte redução na oferta de mão de obra para as lavouras. Além disso, cresciam no cenário científico global as ideias eugenistas e darwinistas, estimulando os governos a considerarem a incapacidade de desenvolvimento brasileira, em virtude da sua grande população de negros e mestiços. Por fim, a aproximação religiosa também era um fator importante, pois a maioria da população italiana do período professava a fé católica. Assim sendo, iniciaram-se os estímulos aos italianos, para que vivessem no sul do equador e passassem a trabalhar nas regiões coloniais ou das grandes plantações de café.

3. “A unificação da Itália foi realizada para o benefício de poucos. A maioria da população ficou de fora, tanto das decisões, quanto dos benefícios. A preocupação maior dos promotores da unificação foi a de garantir os privilégios dos poderosos e abastados, os interesses da população em geral ficaram relegados a um segundo plano ou, até, ao abandono.”

SANTIN, Silvino. **Caminhos da Migração Italiana no Rio Grande do Sul (XXXI)**. Santa Maria: Correio Marauense, 2008. P. 2. Disponível em: http://labomidia.ufsc.br/Santin/Col_italiana/8_Caminhos_da_ImigracaoItaliana_No_RS-cronicas_31_a_40.pdf. Acesso em 19/04/2018.

Por conseguinte, foi estimulada pelo governo brasileiro a migração de italianos para as terras nacionais⁴. Rapidamente os locais corresponderam e partiram para o centro-sul do Brasil: estima-se que aproximadamente 1,5 milhão de italianos migrou entre 1875 e 1935, dos quais cerca de 80% foram para o estado de São Paulo, 4% para Minas Gerais, 1,6% para o Espírito Santo, outros 1,6% para Santa Catarina e 1,3% para o Paraná. Ao Rio Grande do Sul, região exposta na longa-metragem, foram cerca de 6,5% dos imigrantes italianos⁵.

São as palavras do diretor do filme em análise, em seus 2'35":

Em 1870, o governo do Rio Grande do Sul criou colônias na região da Serra gaúcha. Esperava-se atrair 40.000 imigrantes alemães. Porém, com as notícias de que os alemães enfrentavam problemas no Brasil, cada vez menos imigrantes saíram do Império Alemão. Isso obrigou o governo a buscar novas espécies de imigrantes: os Italianos. A partir de 1875, começaram a chegar grupos vindos do Piemonte e da Lombardia. [...] Foi uma época de pioneirismo, privações, suor e fome.

Na chegada ao Brasil os italianos enfrentaram realidade diversa da prometida no Velho Mundo. Levados às fazendas, foram submetidos a condições de trabalho análogas à escravidão, graças às dívidas contraídas para o pagamento da viagem, bem como na aquisição de bens de primeira necessidade por valores exorbitantes no próprio local de trabalho⁶.

Como consequência, aproximadamente 45% dos italianos que chegaram ao estado de São Paulo, logo retornaram para a sua terra natal ou em busca de melhores condições de vida em outras nações do já não tão Novo Mundo⁷.

Outros imigrantes foram aos centros urbanos, dando novo aspecto a cidades como São Paulo através dos bairros de Bom Retiro, Brás, Bexiga e Barra Funda⁸. Alguns partiram para explorar, por fim, as matas em terras afastadas, para a criação do seu próprio lar. A

4. Estima-se que a imigração subvencionada, só no estado de São Paulo, correspondeu a 89% das pessoas, entre 1891 e 1895. No final do século XIX, 30 agências especializadas na Europa laboravam diuturnamente com o intuito de trazer migrantes, auxiliadas por 5.172 subagentes, cujo labor constituía em convencer pessoas de classe baixa e recrutá-las para o hemisfério sul. Os agentes de contratação eram comparados pela imprensa, à própria época, aos negociadores de escravos.

TRENTO, Ângelo. **O Outro Lado do Atlântico**: um século de imigração italiana no Brasil. São Paulo: Nobel. 1989. Tradução por Mariarosaria Fabris e Luiz Eduardo de Lima Brandão.

5. MAZUTTI, Silvia Maria. **Italianos em Formação**. 116 p. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, SP. 2009.

6. O próprio autor do filme narra a partir dos 63" a forma de superendividamento dos imigrantes, ocasionador dos trabalhos forçados como forma de pagamento dos infundáveis débitos junto ao patronato. A luta pela sobrevivência também foi fator preponderante nas dificuldades do convívio social.

7. TRENTO, Ângelo. **O Outro Lado do Atlântico**: um século de imigração italiana no Brasil. São Paulo: Nobel, 1989. Tradução por Mariarosaria Fabris e Luiz Eduardo de Lima Brandão. P. 65.

8. "Em virtude desse afluxo de imigrantes, a população da cidade de São Paulo passaria de cerca de 31 mil habitantes em 1872 para mais de 230 mil em 1900. Esse excedente de trabalhadores fez com que o processo de industrialização, ocorrido em princípios do século 20, dispusesse de mão-de-obra barata, já que a oferta desta era considerável." SANTOS, Marco Cabral dos. **Imigração**: italianos, alemães e japoneses substituem trabalho escravo. Uol Educação. História do Brasil. Jul, 2005. Disponível em: <https://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia-brasil/imigracao-italianos-alemaes-e-japoneses-substituem-trabalho-escravo.htm>. Acesso em 19 abr. 2018.

colonização na região sul se deu mediante pequenas propriedades, buscando a policultura e tendo por base a histórica colonização ocorrida em São Leopoldo, São Pedro da Alcântara e outras regiões no extremo sul do Brasil.

Mesmo havendo maior liberdade que na região paulista, existia no sul do país grande concentração de terras, que acarretava ampla utilização da atuação servil dos novos trabalhadores: eram contratados como capatazes, construtores ou mesmo na agricultura. A pobreza prevaleceu no período inicial, e desta decorreram doenças sobre os novos colonos⁹.

As epidemias atingiam todos, mas a população mais pobre era afetada especificamente pela pelagra, um tipo de anemia proveniente da subnutrição, em decorrência da ausência de proteínas de origem animal e excesso de consumo de amido. Ademais, a reduzida oferta médica na região ensejava a busca pela medicina familiar, predominantemente. Logo, a taxa de mortalidade aumentou, conforme apresentado pela obra em análise¹⁰.

Não obstante as adversidades enfrentadas, passadas décadas de labor em condições análogas à escravidão, além das poucas condições de sobrevivência, aos poucos os colonos criaram raízes na terra do sul do Brasil, tornando-se parte dela e formando uma nova identidade sociocultural e econômica, responsável pelo desenvolvimento da região.

3 | A TUTELA JURÍDICA INTERNACIONAL E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS NA ATUALIDADE

Após momentos de absoluta negação aos direitos humanos entre os imigrantes italianos no final do século XIX e início do século XX¹¹, a OIT adotou a Convenção n° 97, de 1949. Dentre seus principais aspectos, cumpre mencionar a garantia da igualdade perante a ordem jurídica e os bens da vida entre os migrantes e os próprios nacionais, assegurando-lhes os mesmos direitos civis e políticos¹², sociais e econômicos, aí incluso o fundamental direito ao trabalho digno, norteador das principais garantias sociais. É pressuposto para o estudo do objeto que, com a aceitação do indivíduo na condição de

9. O filme em análise, logo em seu início, retrata a jornada dos imigrantes a partir dos seus 6'45". Apresenta ao espectador uma família em condições de penúria, aterrorizada com os ignotos e torvos sons da mata. Havia perdido a sua pequena filha Marcella para a fome, em virtude das precárias condições alimentares. Conviviam com certa proximidade com os índios da região, em um cenário de forte choque cultural.

10. O diretor do filme demonstra a grave situação dos colonos, em detalhes: "Assim que chegavam ao Rio de Janeiro, os imigrantes eram colocados em quarentena na Casa dos Imigrantes, para só depois de então serem transportados a Porto Alegre em vapores, numa viagem que durava dez dias. Assim que chegavam recebiam-se os lotes, que eram as unidades de base da economia colonial, onde era feita uma divisão etária e familiar das tarefas: os homens cuidavam da agricultura e dos animais de maior porte, e as mulheres cuidavam dos afazeres domésticos. Dependendo da força, crianças a partir de oito anos já pegavam na enxada. A água foi o primeiro roteiro natural de fixação das residências." LIMA, Osnei de (diretor). (2015). **Sonho, Conquista e Glória** [filme]. Brasil: Companhia Brasileira de Cinema.

11. CLAUDE, Richard Pierre; WESTON, Burns H. **Human Rights in the World Community: issues and action**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1989. p.4-5.

12. Com relação aos direitos políticos, excetua-se a capacidade eleitoral passiva.

migrante, ou recepção como refugiado, o Estado passa a ter, em relação a ele, os deveres que objetivem a garantia da sua dignidade¹³.

Há proteção especial nos anexos do referido texto aos trabalhadores recrutados em determinada localidade, para prestarem serviços em outra, em razão da vulnerabilidade especial na qual se encontram. Tal risco é comprovado pelo histórico recorrente de explorações, a exemplo do que ocorrera com os italianos no Brasil no período do *risogimento*.

Além da proteção assegurada pela OIT, há ainda as disposições previstas na Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, a qual apresenta um rol exemplificativo, diferenciando detalhadamente o trabalhador fronteiro, sazonal, marítimo, o trabalhador numa estrutura marítima, itinerante, vinculado a um projeto, com emprego específico e independente, evidenciando a amplitude da sua proteção, que inclui o trabalhador migrante em situação irregular.

As normas citadas, todavia, são mesmo hoje rotineiramente desrespeitadas, em especial nos períodos de graves crises internacionais. A degradação do indivíduo em virtude de guerras, fome, terror e conflitos políticos não tem sido devidamente mitigada pela recepção dos migrantes – ou sequer refugiados –, conforme orientado pela ONU e OIT, mas acentuada pela elevação de barreiras que afastam das pessoas a chance a mais de viver.

A dignidade da pessoa humana impõe o dever de evitar qualquer sofrimento humano, devendo sempre estar embasado no respeito à alteridade, sendo que as diferenças sociais deverão ser enfrentadas como elementos de afirmação e proteção desses direitos. Tal princípio constitui o núcleo central, como também a origem dos direitos fundamentais e humanos, representando a tutela da liberdade, da igualdade, sendo imprescindível para a exigibilidade e efetivação dos direitos.

É suprimida quando a pessoa for rebaixada a objeto, mero instrumento – tratada como coisa. O referido princípio engloba necessariamente o respeito e a proteção à integridade física e psíquica do indivíduo. A sua antítese é representada pela concepção de homem-objeto. Logo, resta evidente que as condutas perpetradas para a configuração do trabalho escravo moderno atingem frontalmente os direitos humanos, especialmente a dignidade das vítimas desse fenômeno.

Esta situação afasta a efetividade da dignidade da pessoa humana, a qual assegura ao ser humano elementos mínimos de inserção isonômica no seio social, garantindo-o direitos fundamentais indissociáveis do seu status natural, a exemplo do direito à vida, à integridade física, à liberdade, à livre iniciativa, à saúde, ao exercício de um livre ofício

13. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002. P.62.

em condições dignas. Trata-se de direitos personalíssimos, razão pela qual irrenunciáveis, inalienáveis e imprescritíveis¹⁴.

Vislumbra-se, desta forma, que para a efetivação do dispositivo *supra* é imprescindível a promoção da garantia de alguns direitos básicos dos trabalhadores, a fim de que lhes sejam garantidas condições dignas de trabalho. Para tanto, as atividades laborativas devem ser executadas em ambiente saudável, apto a resguardar a personalidade e bem-estar do trabalhador.

Neste diapasão, tem-se o Estado como o responsável por adotar as medidas necessárias para a promoção da dignidade humana mediante a efetivação do valor social do trabalho, que constitui elemento fundante da ordem econômica e social, devendo ser sempre preservada a humanidade da pessoa do trabalhador¹⁵.

4 | PROTEÇÃO AOS ESTRANGEIROS NO BRASIL ATUAL

Foram obtidos dados do CONARE¹⁶ sobre os refugiados no Brasil e em Sergipe e examinada a sua evolução ao longo da década de 2011 a 2020. Para melhor compreensão da situação dos migrantes na referida localidade, efetuou-se em 2017 visitas técnicas ao antigo Ministério do Trabalho em Sergipe e à Superintendência da Polícia Federal em Sergipe¹⁷.

Conforme o CONARE, o número total de refugiados reconhecidos saltou de 4.352, em 2011, para 4.604, em 2012, e então 5.308, em 2013, e 7.609, em 2014¹⁸.

No ano de 2015, chegou a 8.400. Até o final de 2016, o Brasil reconheceu um total de 9.552 refugiados de 82 nacionalidades, dentre os quais 8.522 foram por via tradicional, 713 por reassentamento e a 317 estendidos os direitos por vínculos familiares. Dentre os

14. A Declaração de 1948 dispõe em seu art. 25 que cada pessoa faz jus a um padrão de vida que garanta a sua saúde e bem-estar, juntamente com a da sua família. Ao estabelecer estes padrões mínimos de sobrevivência, estipula os parâmetros necessários para que seja respeitado o princípio da dignidade humana.

15. Sob uma perspectiva mundial, os atuais refugiados são originários, em sua grande maioria, das seguintes nações: Eritreia, Nigéria, Síria, Afeganistão, Paquistão e Kosovo. Os países que mais os recebem são a Alemanha, Turquia, Suécia, Itália, Hungria, França e Áustria, conforme o UNHCR (Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados) e o Ministério do Interior Britânico. Em números absolutos, são 65 milhões de pessoas deslocadas, número acrescido em 20 pessoas por minuto, estimando-se, ainda, um aumento de cerca de 10% ao ano. Dentre eles, 22,5 milhões são de refugiados ao redor do mundo, além de aproximadamente 10 milhões de apátridas ACNUR Agência da ONU para Refugiados. **Dados sobre Refúgio.** ACNUR, jun 2017. Disponível em: <http://www.acnur.org/portugues/recursos/estatisticas>. Acesso em: 18 abr. 2018.

16. Trata-se do Comitê Nacional para os Refugiados. É um órgão ministerial sob o âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública que também está ligado ao Ministério das Relações Exteriores, Economia, Saúde, Educação, Departamento da Polícia Federal, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, além de Organizações não Governamentais.

17. Foram entrevistados durante aproximadamente duas horas, no antigo Ministério do Trabalho, três auditores do trabalho, que preferiram a não identificação. Na Superintendência da Polícia Federal em Sergipe três policiais federais também foram entrevistados, mas solicitaram a não identificação. O objetivo das entrevistas foi o exame qualitativo das dificuldades administrativas na promoção dos direitos dos migrantes, sejam eles refugiados ou não. Divide-se em a) questão documental; e b) concretização dos direitos socioeconômicos. Após o estudo da gravação das entrevistas, detalha-se o exame do tema pelos profissionais mencionados, em sintonia com os dados obtidos do CONARE.

18. CONARE. **Refúgio em Números.** 1. Ed. Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2016. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/refugio-em-numeros>. Último acesso em: 18 mar 2020.

Venezuelanos, saltaram de cerca de 230 pedidos em 2015 e 2016 para quase 3.000, de janeiro a abril de 2017 (nenhum pedido até então aprovado)¹⁹.

São os números de 2018: 161.057 solicitações de reconhecimento da condição de refugiados em trâmite e 11.231 pessoas refugiadas reconhecidas²⁰.

Constata-se que o deferimento do pedido de refúgio não dispõe da celeridade exigida pelos casos concretos, pois há uma dificuldade na organização burocrática nacional para a análise dos pedidos, assegurado o contraditório substancial.

Conforme o CONARE, o Brasil analisava em 2016 uma média de 126 pedidos de refúgio, mensalmente²¹. Em alguns casos as análises demoram mais de um ano.

Quanto à emissão de carteiras de trabalho em Sergipe, ao todo, o setor de emissão informou que cerca de 20 carteiras semanais são concedidas aos estrangeiros, bem como renovações, devido ao término do prazo anteriormente concedido. Trata-se de procedimento muito mais simplificado que o de reconhecimento de refúgio²².

Na classificação quanto aos motivos para o refúgio, a principal razão no Brasil tem sido a grave e generalizada violação dos direitos humanos, sofrida como motivo principal por 51,1% dos refugiados em 2016, dentre os expressamente reconhecidos como refugiados. Em 14 de junho de 2018 o CONARE decidiu reconhecer a situação de “grave e generalizada violação de direitos humanos” na Venezuela, com fundamento no inciso III do art. 1º da Lei nº 9.474, de 1997, fato que ampliará os números referentes ao respectivo pedido de refúgio. Entretanto, em decorrência das citadas dificuldades no processamento dos pedidos de refúgio, não há ainda dados que incluam os venezuelanos: correspondem a 52% das solicitações em trâmite²³.

O segundo principal motivo até 2016 foi a perseguição política, responsável pela fuga de 22,5%. Com números bastante próximos vem a reunião familiar: 22,3%, e então a perseguição religiosa (3,18%), e, por último, a perseguição por grupo social (0,85%).

19. CONARE. **Refúgio em Números**. 2. Ed, Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/refugio-em-numeros>. Último acesso em: 18 mar de 2020.

20. CONARE. **Refúgio em Números**. 4. Ed, Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/refugio-em-numeros>. Último acesso em: 18 mar 2020.

21. CONARE. **Refúgio em Números**. 2. Ed, Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/refugio-em-numeros>. Último acesso em: 18 mar de 2020.

CONARE. **Refúgio em Números**. 3. Ed, Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2018. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/refugio-em-numeros>. Último acesso em: 18 mar 2020.

22. Em relação à classificação dos migrantes quanto à origem, restou evidenciado que a maior parte dos estrangeiros que buscam a documentação em Sergipe são originários de outras nações sul-americanas e vêm de regiões com índice de desenvolvimento humano e renda *per capita* inferior aos índices do local de destino. A maior quantidade de estrangeiros no ano de 2017 é originária da Venezuela e nações africanas lusófonas. O primeiro caso, conforme o relatório dos auditores do trabalho, decorre da grave crise político-econômica vivenciada pelos venezuelanos e o segundo da proximidade cultural e busca por melhores condições de trabalho e vida, segundo os entrevistados, à luz da sua percepção e experiência no setor de migração. Dois dos entrevistados informaram que os asiáticos migram em grande quantidade. Contudo, a permanência destes sem a carteira de trabalho e previdência social tem sido ampla nos últimos anos. Isto porque usualmente entram no Brasil com o visto de turista e criam laços com os nacionais (a exemplo do casamento).

23. CONARE. **Refúgio em Números**. 4. Ed, Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/refugio-em-numeros>. Último acesso em: 18 mar 2020.

O perfil característico do refugiado²⁴, desconsiderados os dados sobre os Venezuelanos, remetia em 2016 a um homem (70,7%, sendo 29,3% de mulheres), possuindo entre 18 e 39 anos (65,3% estão nesta faixa etária), sírio (há, no Brasil, 2077 sírios) ou angolano (1.480 são provenientes da nação da costa ocidental africana). Vive no Sul do país (35% do total), ou sudeste (31%). Em seguida, a região Norte, com 25%, e então centro-oeste, com 7% e, por último nordeste, com 1%.

Em 2018²⁵ o perfil característico sofreu algumas alterações: remete a um homem (66%, sendo 34% de mulheres), possuindo entre 30 e 59 anos (14,64% das mulheres e 27,35 dos homens estão nesta faixa etária), sírio (51%), com distribuição mais ampla no Brasil, em comparação à pesquisa de 2016.

A distorção entre os dados das solicitações deferidas e o número real de refugiados no país reflete as dificuldades administrativas de processamento dos pedidos de refúgio e é possível empecilho à eficácia das políticas públicas inerentes²⁶.

Foi taxativamente apresentado pelos entrevistados que a documentação e inserção do migrante e refugiado no país é apenas a primeira fase em um longo processo de integração, cujo êxito depende de medidas socioeconômicas e contrapartidas por parte dos protegidos. Assim sendo, não basta uma atuação governamental no sentido de garantir documentos, mas também de proteger interesses individuais e coletivos.

Segundo o Ministério da Justiça, entre 2011 e 2013 o número de estrangeiros no mercado formal saltou de 79.578 para 120.056 pessoas, e entre este ano e 2015 se estabilizou, chegando ao quantitativo de 125.535 em 31/12/2015. Os trabalhadores estão concentrados principalmente em São Paulo (35,8% da força de trabalho imigrante), apesar da redução em relação a 2010 (eram 48,5%). Em seguida vem o Rio de Janeiro (9,8%), Paraná (12,9%), Santa Catarina (12,8%) e o Rio Grande do Sul (10%).

Em setores específicos, o governo tem atuado ativamente nos últimos anos com o objetivo de sanar deficiências locais de mãos-de-obra determinadas. Exemplo disso é o programa Mais Médicos e o Médicos pelo Brasil. Ainda assim, a Secretaria de Assuntos Estratégicos estimou em 2013 que o Brasil possuía a necessidade de 6 milhões de profissionais estrangeiros para que a demanda do país por trabalhadores qualificados fosse plenamente suprida.

Identifica-se, a partir dos dados obtidos, relevante distorção no mercado de trabalho. Diversos setores possuem carência de mão-de-obra e há migrantes e refugiados com a

24. CONARE. **Refúgio em Números**. 1. Ed. Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2016. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/refugio-em-numeros>. Último acesso em: 18 mar 2020.

CONARE. **Refúgio em Números**. 2. Ed. Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/refugio-em-numeros>. Último acesso em: 18 mar de 2020.

25. CONARE. **Refúgio em Números**. 4. Ed. Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/refugio-em-numeros>. Último acesso em: 18 mar 2020.

26. Ocorre uma "Impotência objetiva do Direito no que tange à estruturação das relações sociais, na medida em que estas se encontram determinadas pela lógica da reprodução econômica da sociedade."

FLICKINGER, Hans-Georg. **O direito de cidadania. Uma faca de dois gumes**. 3 v. Porto Alegre: Vértices, PUC-RS, 1998. P. 2019

respectiva especialização, mas que são assentados em outros locais. Por outro lado, mercados saturados de mão-de-obra específica, com alta demanda e baixa oferta de emprego, são destinos de refugiados com semelhante especialização. Consequentemente, são agravados os problemas inerentes à desorganização das principais metrópoles brasileiras²⁷.

Os estrangeiros em solo nacional formalmente desfrutam de proteção especial, em virtude de uma regulamentação acolhedora, baseada em *princípios e cláusulas abertas*. Em relação aos trabalhadores há relevantes alterações obtidas com a Lei nº 13.445/17 (nova lei de migração).

A Lei nº 13.445, amplamente elogiada pelos órgãos internacionais, garante não somente a proteção ao migrante²⁸, mas também o combate às organizações aproveitadoras da migração para a prática de ilícitos. Aproxima-se dos mais nobres fins da ordem jurídica: a proteção aos vulneráveis, o alcance da igualdade material, a concretização da justiça social, mediante os métodos de consolidação dos seus mandamentos no seio social.

Espera-se que, com a nova lei de migração, os procedimentos sejam otimizados, o receio de deportação cesse e os órgãos de controle passem a laborar com maior eficácia. Com o fim de assegurar que não se tratará de regulamento com cláusulas abertas, mas destituído de efetividade prática, este projeto de pesquisa estudou propostas de melhorias ao aproveitamento socioeconômico da mão-de-obra dos migrantes e refugiados.

Para a celeridade na distinção entre migrantes e refugiados, propõe-se a sua diferenciação de acordo com diretrizes pré-estabelecidas em âmbito MERCOSUL, criando-se assim uma presunção *iuris tantum* da natureza do movimento de determinados grupos humanos, a depender da região de origem e condição física em que se encontra o migrante.

Desta maneira permite-se definição precisa de quem é refugiado e quem é migrante, utilizando-se de presunção (admitida, por óbvio, a prova em contrário), estabelecida pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, no caso do Brasil²⁹.

O método de concessão dos pedidos de permanência será mantido do mesmo modo, sendo concedida apenas uma oportunidade, além das já existentes, aos originários de outras regiões conflituosas. Com este fim, a distinção não ocorrerá somente por país, mas observando critérios mais específicos. Exemplificativamente, grupos étnicos ou religiosos

27. “Enquanto em 1970 a Região Metropolitana de São Paulo concentrava 43,4% do valor da transformação industrial do País e 74% do total de São Paulo, em 1985 tais índices caíram para 29,4% e 56,6%, respectivamente. [...] permaneceram concentrados os centros de decisão na região Sudeste e em São Paulo, havendo, na realidade, apenas a desconcentração das bases de operação dos grandes capitais.”

MEIRELLES, José Ricardo. **Impostos Indiretos no Mercosul e Integração**. São Paulo: LTr, 2000. P. 141

28. Os termos “migrante” e lei de “migração” devem ser, em regra, utilizados ao se tratar desta lei, pois ela também estende direito aos brasileiros no exterior. Utilizar os termos “imigrante” e “lei de imigração” seria uma limitação semântica à sua eficácia.

29. Faz-se importante ressaltar, neste ponto, que uma diferenciação pautada na etnia, cultura ou religião é manifestamente inconstitucional, e a presunção de refugiado deve servir apenas para ampliar o acesso dos mais necessitados ao mínimo existencial, não podendo ser utilizada, em hipótese alguma, como parâmetro para afastar dos originários de outras localidades a concessão do refúgio.

específicos, cidades ou regiões metropolitanas, gênero ou orientação sexual, a depender do local de origem.

Além disso, é essencial, para garantir a vantagem econômica da recepção dos refugiados, a otimização de recursos e célere alocação no mercado de trabalho³⁰. Propõe-se que com a entrada do estrangeiro seja indicada a sua profissão e escolaridade, em nível técnico e científico, para que haja a possibilidade de prática da profissão na região acolhedora pelos que estão capacitados. Através do cruzamento dos índices de desemprego e vagas abertas de emprego por área de trabalho, pode-se indicar o melhor local para envio do migrante em solo nacional.

Acordo em nível MERCOSUL permite um cadastro internacional das profissões dos migrantes e refugiados e análise das principais demandas entre as possíveis nações anfitriãs. Propõe-se, para este fim, a formação de um banco de dados relacional³¹.

Em casos de grandes crises humanitárias em região específica (como ocorre na Venezuela), um cadastro de demanda laboral e cooperação interna e internacional são mecanismos eficazes para a mitigação dos danos e ao beneficiamento das economias anfitriãs³².

Migração sem integração é uma das raízes dos desequilíbrios econômicos e dos movimentos xenofóbicos. O sucesso na integração dos migrantes culmina em enfraquecimento dos seus reflexos sobre eventuais violações aos Direitos Humanos.

Durante a abertura do *Seminário Mercosul: Inserção de Imigrantes no Mercado de Trabalho*, o vice-diretor e responsável do Escritório da Organização Internacional do Trabalho (OIT) no Brasil, Stanley Gacek, destacou que “estima-se que cerca de 232 milhões de pessoas cruzaram fronteiras internacionais na condição de migrantes em 2013, 50% delas eram trabalhadores migrantes e outros 40% seus familiares³³”. Em nível comunitário, as diferenças entre condições de vida das possíveis nações anfitriãs dos migrantes podem levar ao *dumping social*. Este é um dos motivos para a necessidade de se observar padrões trabalhistas mínimos.

Em dois grupos específicos de migrantes identificou-se acentuada exploração do trabalho: dentre haitianos e venezuelanos.

30. Neste sentido ensina ROGUED, Patricia. **Direitos e Deveres dos Refugiados na Lei nº 9.474/1997**. Mestrado. Direito Político e Econômico. Universidade Presbiteriana Mackenzie. 2009.

31. A Argentina, por exemplo, possui maior demanda por técnicos e trabalhadores de ofício. O Brasil possui necessidade de assistentes de escritórios e mecânicos, o Canadá de professores, a Colômbia de operadores de produção e a Guatemala de representantes de vendas. O Peru precisa de recepcionistas e os Estados Unidos de motoristas.

32. Entretanto, deve ser considerada a opinião do estrangeiro e a real capacidade de integração à nação acolhedora, à luz da proporcionalidade em sentido estrito. Uma decisão amparada unicamente na oferta e demanda de vagas de emprego, sem analisar fatores socioculturais e afetivos, bem como a liberdade do indivíduo, desrespeita a liberdade laborativa consagrada no Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e na Constituição, em seu art. 5º, XIII. Portanto, vedada a coercitividade.

33. O direito à reunião familiar foi alçado ao mais alto patamar dos direitos dos migrantes, no art. 4º, III, da nova lei de migração, sendo o citado artigo consectário do 5º, 6º e 7º da Constituição da República.

Os haitianos, historicamente, tiveram presença quantitativa baixa se comparada à dos demais estrangeiros em solo pátrio³⁴. Com a crise humanitária decorrente do terremoto de 2010, acentuou-se a migração de haitianos para o Brasil³⁵. Os principais motivos foram a dificuldade de ingresso nos locais de tradicional migração (EUA, França, Canadá), além da participação das forças brasileiras na MINUSTAH (Missão das Nações Unidas para a Estabilização do Haiti).

No Brasil muitos foram vítimas do trabalho em condições análogas à escravidão. Exemplificativamente, foram encontrados 19 casos de exploração do trabalho escravo e 2 de exploração infantil nas redondezas de São Paulo, na produção de carvão que abastece supermercados e churrascarias da capital³⁶ pela Companhia *Anglo American*.

Em relação aos bolivianos, há recorrentes relatos de chegada irregular ao Brasil, através dois *coiotes*. Em seguida, têm a locomoção impedida, sob ameaça³⁷, e são forçados ao trabalho escravo.

Vários pontos comuns são observados entre os migrantes submetidos a situações degradantes, de ambos os locais de origem, assim como dentre os italianos estudados na obra *Sonho, Conquista e Glória: variação abrupta nos padrões socioeconômicos na sua terra natal; impossibilidade de permanência diante da escassez de recursos; busca por melhores condições de vida; vítimas de organizações criminosas internacionais; receio constante de deportação; ausência de proteção institucional, derivada da má aplicação das normas.*

Verifica-se a existência de Convenções Internacionais direcionadas à coibição da exploração do trabalho dos migrantes e refugiados. Para assegurar a sua máxima aplicabilidade, entretanto, é essencial a formação de Convenção MERCOSUL, com participação do Parlamento do MERCOSUL, eleito de forma direta, com o fim de estabelecer critérios mínimos de proteção geral da mão-de-obra migrante.

Permite-se assim, a partir da experiência histórica e da análise documental da atualidade, identificar pontos relevantes para a mitigação da exploração da mão-de-obra migrante no Brasil.

34. Explica melhor a matéria ARAÚJO, Adriano Alves de Aquino. **Reve de Brezil**: a inserção de um grupo de imigrantes haitianos em Santo André, São Paulo - Brasil. Santo André: Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Ciências Humanas e Sociais, UFABC. 2015.

35. Sobre o assunto, pode-se consultar TÊLÉMAQUE, Jenny. **Imigração haitiana na mídia brasileira**: entre fatos e representações. Monografia para conclusão de Curso de Graduação, Escola de Comunicação da UFRJ. Rio de Janeiro, jul de 2012. Disponível em: <<http://oestrangerio.org/2012/08/02/haitianos-na-midia-brasileira-entre-fatos-e-representacoes/>>. Acesso em 14/07/2017.

36. São as palavras do Auditor Marcelo Gonçalves Campos, participe das operações de resgate: “Uma das casas parecia uma senzala da época da colônia, era absolutamente precária. No fundo, havia um espaço grande com fogões a lenha. A construção nem era de alvenaria”.

37. A pesquisadora Denise Pasello Valente Novais, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), realizou um mapeamento do trajeto dos bolivianos da sua terra de origem até o local da sujeição às condições degradantes. Estima que há entre 120 e 160 mil bolivianos em São Paulo, mas apenas uma parte deles em condições precárias.

51 CONCLUSÕES

Do cotejo entre a realidade vivenciada pelos imigrantes italianos no período do *risorgimento* e os latino-americanos na atualidade, identifica-se diversos pontos comuns. Destes são extraídas, por técnica indutiva e dedutiva, além da análise documental e empírica, propostas para a resolução do problema. As hipóteses principal e secundárias foram confirmadas no decorrer do trabalho.

Para que o direito dos estrangeiros seja devidamente tutelado, com o mínimo de prejuízo à sociedade anfitriã, alguns pontos devem ser observados. Inicialmente, constata-se que a migração deve ocorrer, preferencialmente, de forma ordenada, de tal forma que os direitos dos indivíduos não sejam ignorados e a região de destino tenha plena capacidade de utilização da migração em favor do seu próprio crescimento, nos termos da Lei 13.445/17. Contudo, o direito dos refugiados é inegociável, e todos que assim são considerados devem obter pleno acesso e proteção, independentemente dos reflexos econômicos.

No caso sergipano, a partir dos dados e relatos apresentados por trabalhadores do setor de migração, observa-se dificuldades no processamento dos pedidos de refúgio perante o Ministério da Justiça e Segurança Pública. O fluxo migratório ocorre acima da estrutura estatal e social organizada com o fim de com ele lidar. Ademais, o principal problema está na inserção social dos migrantes e refugiados.

Há viabilidade econômica à consecução destes objetivos na migração e assentamento organizados. Assegurar a otimização destes fatores permite a promoção dos direitos supracitados. Para este fim, propõe-se a definição precisa de quem é refugiado e quem é migrante, utilizando-se de presunção para fins administrativos, estabelecida pelo Ministério da Justiça, no caso do Brasil.

Ademais, para a otimização dos gastos, adequando perfeitamente as políticas públicas aos perfis dos seus respectivos beneficiários, a fim de acarretar a melhoria na qualidade de vida dos indivíduos faz-se essencial o banco de dados relacional de profissões. Isto é, que na entrada do estrangeiro, proceda-se à averiguação da sua profissão e da sua escolaridade, em nível técnico e científico, para que haja a possibilidade de prática da profissão na nação acolhedora pelos que estão capacitados. Um método eficaz de reassentamento seria com um cadastro internacional das profissões dos migrantes e refugiados e análise das principais demandas entre as possíveis nações anfitriãs.

A cooperação internacional não deve se esgotar nos aspectos procedimentais, mas servir de técnica para a integração das medidas de repressão no âmbito comunitário ao *dumping* laboral.

Em virtude da sua heterogeneidade, o Brasil possui mais chances de sucesso nesta empreitada, além da oportunidade de não repetir os erros cometidos no período do *risorgimento* italiano.

REFERÊNCIAS

ABRÚCIO, Fernando Luiz; COSTA, Valeriano Mendes Ferreira. **Reforma do Estado e o Contexto Federativo Brasileiro**. São Paulo: Centro de Estudos da Fundação Konrad Adenauer, 1998.

ACNUR Agência da ONU para Refugiados. **Dados sobre Refúgio**. ACNUR, jun 2017. Disponível em: <http://www.acnur.org/portugues/recursos/estatisticas>. Acesso em: 18 abr. 2018.

ARAÚJO, Adriano Alves de Aquino. **Reve de Brezil**: a inserção de um grupo de imigrantes haitianos em Santo André, São Paulo - Brasil. Santo André: Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Ciências Humanas e Sociais, UFABC. 2015.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

CLAUDE, Richard Pierre; WESTON, Burns H. **Human Rights in the World Community**: issues and action. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1989.

CONARE. **Refúgio em Números**. 1., 2., 3., 4. Ed. Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2016, 2017, 2018, 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/refugio-em-numeros>. Último acesso em: 18 mar 2020.

DELGADO, Gabriela Neves. **A CLT aos 70 anos**: rumo a um direito do trabalho constitucionalizado. Em: Revista do Tribunal Superior do Trabalho. V. 79, n. 2, abr-jun 2013. P. 268-294.

FILHO, José Cláudio Monteiro de Brito. **Trabalho Decente**: análise jurídica da exploração do trabalho – trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno. P. 43-44. São Paulo: LTR. 2004.

FLICKINGER, Hans-Georg. **O direito de cidadania. Uma faca de dois gumes**. 3 v. Porto Alegre: Veritas, PUC-RS, 1998.

GALBRAITH, John Kenneth. **A Sociedade Justa**: uma perspectiva humana. Trad. Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MAZUTTI, Sílvia Maria. **Italianos em Formação**. 116 p. Dissertação de Mestrado em Sociologia. São Carlos: Universidade Federal de São Carlos. 2009

LIMA, Osnei de (diretor). (2015). **Sonho, Conquista e Glória** [filme]. Brasil: Companhia Brasileira de Cinema.

LOPES, Cristiane. M. Sbalqueiro. **O direito a não discriminação dos estrangeiros**. Em: Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, v. 37, p. 37-61. 2012.

MEIRELLES, José Ricardo. **Impostos Indiretos no Mercosul e Integração**. São Paulo: LTr, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva. 2006. P. 116- 118.

ROGUED, Patricia. **Direitos e Deveres dos Refugiados na Lei nº 9.474/1997**. Mestrado. Direito Político e Econômico. Universidade Presbiteriana Mackenzie. 2009.

SANTOS, Marco Cabral dos. Imigração: italianos, alemães e japoneses substituem trabalho escravo. Uol Educação. História do Brasil. Jul, 2005. Disponível em: <https://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia-brasil/imigracao-italianos-alemaes-e-japoneses-substituem-trabalho-escravo.htm>. Acesso em 19 abr 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal da 1988**, 2. Ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados. 2002.

SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. São Paulo: Companhia das Letras. 2018.

SPOSATO, Karyna Batista; MACHADO, Luciana de Aboim. **Justiça Juvenil Restaurativa e Novas Formas de Solução de Conflitos**. São Paulo: CLA Cultural. 2018.

TÉLÉMAQUE, Jenny. **Imigração haitiana na mídia brasileira: entre fatos e representações**. Monografia para conclusão de Curso de Graduação, Escola de Comunicação da UFRJ. Rio de Janeiro, jul de 2012. Disponível em: <http://oestrangeiro.org/2012/08/02/haitianos-na-midia-brasileira-entre-fatos-e-representacoes/>. Acesso em 14/07/2017.

TRENTO, Ângelo. **O Outro Lado do Atlântico: um século de imigração italiana no Brasil**. São Paulo: Nobel, 1989. Trad. Mariarosaria Fabris e Luiz Eduardo de Lima Brandão

SOBRE O ORGANIZADOR

ADAYLSON WAGNER SOUSA DE VASCONCELOS - Doutor em Letras, área de concentração Literatura, Teoria e Crítica, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2019). Mestre em Letras, área de concentração Literatura e Cultura, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2015). Especialista em Prática Judicante pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB, 2017), em Ciências da Linguagem com Ênfase no Ensino de Língua Portuguesa pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016), em Direito Civil-Constitucional pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016) e em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG, 2015). Aperfeiçoamento no Curso de Preparação à Magistratura pela Escola Superior da Magistratura da Paraíba (ESMAPB, 2016). Licenciado em Letras - Habilitação Português pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2013). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNJPÊ, 2012). Foi Professor Substituto na Universidade Federal da Paraíba, Campus IV – Mamanguape (2016-2017). Atuou no ensino a distância na Universidade Federal da Paraíba (2013-2015), na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2017) e na Universidade Virtual do Estado de São Paulo (2018-2019). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paraíba (OAB/PB). Desenvolve suas pesquisas acadêmicas nas áreas de Direito (direito canônico, direito constitucional, direito civil, direitos humanos e políticas públicas, direito e cultura), Literatura (religião, cultura, direito e literatura, literatura e direitos humanos, literatura e minorias, meio ambiente, ecocrítica, ecofeminismo, identidade nacional, escritura feminina, leitura feminista, literaturas de língua portuguesa, ensino de literatura), Linguística (gêneros textuais e ensino de língua portuguesa) e Educação (formação de professores). Parecerista *ad hoc* de revistas científicas nas áreas de Direito e Letras. Organizador de obras coletivas pela Atena Editora. Vinculado a grupos de pesquisa devidamente cadastrados no Diretório de Grupos de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Orcid: orcid.org/0000-0002-5472-8879. E-mail: <awsvasconcelos@gmail.com>.

ÍNDICE REMISSIVO

A

Asilo Político 212, 215, 216, 217, 218, 219, 229, 232

C

Cidadania 2, 57, 58, 68, 78, 80, 96, 97, 98, 102, 103, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 116, 119, 142, 166, 242, 247

Constitucionalismo 1, 2, 15, 16, 19, 24, 27, 51, 52, 99, 102

D

Dedução 55, 56, 59, 60, 61, 62, 65, 66, 67, 68

Democracia 2, 18, 25, 29, 37, 48, 50, 51, 52, 57, 90, 96, 97, 98, 100, 101, 102, 103, 104, 107, 108, 109, 111, 113, 115, 116, 117, 119, 121, 122, 124, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 145, 146, 147

Direito Animal 1, 2

Direito Tributário 65, 68, 80, 82, 84, 85, 88, 89, 90, 91, 94, 95

E

Educação 55, 56, 57, 58, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 72, 75, 78, 79, 90, 97, 104, 105, 108, 159, 164, 165, 171, 175, 176, 178, 180, 181, 182, 184, 186, 188, 189, 190, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 202, 204, 205, 206, 207, 222, 237, 240, 248, 249

Efetividade 19, 24, 25, 28, 65, 81, 97, 121, 131, 139, 140, 143, 144, 146, 173, 191, 212, 221, 225, 226, 228, 229, 230, 238, 239, 243

Estado de Direito 2, 18, 43, 44, 45, 52, 101, 116, 150, 155, 216

Extrafiscalidade Tributária 69, 76, 80

F

Foro Especial 40, 41, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54

G

Gênero 87, 107, 133, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 163, 164, 165, 166, 170, 171, 174, 178, 183, 235, 244

Geopolítica 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28

I

Imunidade Tributária 82, 83, 84, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94

Indígena 183, 187, 192, 193, 196, 197, 198, 199, 201, 202, 204, 205, 207, 208, 209, 210, 211

Informação 82, 86, 88, 89, 90, 92, 93, 94, 96, 97, 98, 99, 100, 107, 108, 112, 113, 115, 116,

117, 118, 120, 121, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 140, 142, 143, 144, 145, 147, 162, 176, 226

Instituições 2, 42, 49, 50, 61, 66, 68, 83, 97, 101, 102, 121, 141, 143, 145, 152, 155, 179, 185, 186, 187, 188, 194, 195, 196, 198, 203, 224, 229

M

Migração 215, 217, 227, 231, 234, 235, 236, 237, 241, 243, 244, 245, 246

Multiculturalismo 207, 208, 209, 210, 211

N

Neoconstitucionalismo 18, 19, 20, 24, 25, 26, 27, 28

P

Política Pública 192, 196, 197, 198, 199, 203, 204, 205

Políticas Afirmativas 163, 164, 170, 171, 172

Precedentes 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 49, 87, 91, 92

Proteção 17, 111, 112, 114, 115, 116, 120, 121, 122, 123, 124, 232, 239

Proteção de Dados 111, 112, 113, 114, 115, 116, 119, 120, 121, 122, 123, 124

R

Refugiados 212, 213, 214, 215, 216, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 236, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248

Refúgio 212, 213, 215, 216, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 229, 230, 231, 232, 234, 236, 240, 241, 242, 243, 246, 247

S

Separação dos Poderes 31, 32, 33, 40, 41, 42, 43, 45, 48, 49, 66, 101

Supremo Tribunal Federal 1, 15, 16, 19, 26, 37, 41, 46, 47, 49, 53, 56, 68, 84, 87, 89, 91, 92, 93, 112, 119, 122, 123, 132, 133, 135, 142, 149, 160, 167, 174, 180, 224, 230

T

Trabalho 18, 19, 27, 28, 43, 44, 49, 54, 58, 59, 70, 71, 72, 74, 75, 78, 82, 83, 84, 98, 107, 130, 136, 137, 163, 164, 165, 166, 167, 169, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 181, 188, 189, 202, 208, 212, 213, 222, 224, 231, 232, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 244, 245, 246, 247, 248

Transparência 97, 99, 100, 101, 121, 122, 124, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146

INSTITUIÇÕES DA DEMOCRACIA, DA CIDADANIA E DO ESTADO DE DIREITO

www.atenaeditora.com.br 

contato@atenaeditora.com.br 

[@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora) 

www.facebook.com/atenaeditora.com.br 

Atena
Editora

Ano 2020

INSTITUIÇÕES DA DEMOCRACIA, DA CIDADANIA E DO ESTADO DE DIREITO

www.atenaeditora.com.br 

contato@atenaeditora.com.br 

[@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora) 

www.facebook.com/atenaeditora.com.br 

Atena
Editora

Ano 2020