

REVISTA

# DireitoUFMS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito

## Direitos Humanos e Fundamentais

ANO 2016 – PUBLICAÇÃO SEMESTRAL ELETRÔNICA





FUNDAÇÃO  
UNIVERSIDADE  
FEDERAL DE  
MATO GROSSO DO SUL

#### Reitora

Célia Maria Silva Correa Oliveira

#### Vice-Reitor

João Ricardo Filgueiras Tognini

#### Pró-Reitora de Ensino e Graduação

Yvelise Maria Possiede

#### Pró-Reitor de Pesquisa, Pós-Graduação e Inovação

Jeovan de Carvalho Figueiredo

#### Diretora da Faculdade de Direito

Ynes da Silva Félix

#### Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito

Ana Paula Martins Amaral

#### Coordenadora do Curso de Graduação em Direito

Luciane Gregio Soares Linjardi

## REVISTA **DireitoUFMS**

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

#### COORDENAÇÃO EDITORIAL DA REVISTA DIREITO UFMS

#### Prof.ª Dr.ª Lúvia Gaigher Bósio Campello

Faculdade de Direito – Fadir/UFMS

#### Prof.ª Dr.ª Luciani Coimbra de Carvalho

Faculdade de Direito – Fadir/UFMS

#### ASSISTENTES EDITORIAIS

##### Angela Jank Calixto

Mestranda – Fadir/UFMS

##### Flávio Garcia Cabral

Doutorando – PUC/SP

#### Endereço para correspondência

##### REVISTA DIREITO UFMS

Universidade Federal do Mato Grosso do Sul

Faculdade de Direito – FADIR

Av. Costa e Silva S/N - Caixa Postal 549 - CEP 79070-900 -

Cidade Universitária - Campo Grande - Mato Grosso do Sul

Telefone: (0xx67) 3345-7251 • E-mail: fadir@ufms.br

<http://seer.ufms.br/index.php/revdir>

#### CONSELHO CIENTÍFICO

##### Andreas Niederberger

Universität Duisburg-Essen, Alemanha

##### Dinorá Adelaide Musetti Grotti

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

##### Georgenor de Sousa Franco Filho

Universidade do Amazonas – UNAMA, Brasil

##### Heleno Taveira Torres

Universidade de São Paulo – USP, Brasil

##### Ingo Wolfgang Sarlet

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS, Brasil

##### Jesús Lima Torrado

Universidad Complutense de Madrid – UCM, Espanha

##### Jorge Bacelar Gouveia

Universidade Nova Lisboa – UNL, Portugal

##### Leonardo Carneiro da Cunha

Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, Brasil

##### Leonardo Martins

Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, Brasil

##### Luiz Alberto David Araujo

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

##### Luiz Otavio Pimentel

Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Brasil

##### Marcelo Figueiredo

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

##### Maria Esther Martinez Quintero

Universidad de Salamanca – USAL, Espanha

##### Monica Herman Salem Caggiano

Universidade de São Paulo – USP, Brasil

##### Pasquale Pistone

Università degli Studi di Salerno, Itália

##### Pilar Giménez Tello

Universidad de Salamanca – USAL, Espanha

##### Vladimir Oliveira da Silveira

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Coordenadoria de Biblioteca Central – UFMS, Campo Grande, MS, Brasil)

Revista Direito UFMS : revista do Programa de Pós-Graduação em Direito  
[recurso eletrônico] / Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. –  
Edição especial – Campo Grande, MS : Ed. UFMS, 2015. .  
v. ; 25 cm.

Semestral  
ISSN 2447-2336

1. Direito – Periódicos. 2. Direitos humanos – Periódicos. 3. Direitos  
fundamentais – Periódicos. I. Universidade Federal de Mato Grosso do Sul.

CDD (22) 342.81085  
CDD (22) 342.085  
CDD (22) 340.05  
CDDir (4) 341.27

JVD

## SUMÁRIO

<b>EDITORIAL</b>	5
Lívia Gaigher Bósio Campello Luciani Coimbra de Carvalho	
<b>ARTIGOS</b>	
<b>SOCIAL PERCEPTION AND MEDIA DISCOURSE IN IMMIGRATION IN SPAIN</b>	7
Pedro Garrido Rodríguez	
<b>LAW AND THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS DEFENDERS: AN ANALYSIS OF THE BRAZILIAN LEGAL FRAMEWORK FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS DEFENDERS</b>	23
Ulisses Pereira Terto Neto	
<b>INFLEXÕES NA POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE E PROPRIEDADE INTELECTUAL: O ACESSO AOS MEDICAMENTOS ANTIRRETROVIRAIS NO BRASIL</b>	55
Francisca Nayane da Silva Souza	
<b>TRABALHO, FRONTEIRA E MIGRANTES BOLIVIANOS NA CIDADE DE CORUMBÁ/MS: UMA ANÁLISE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DO DIREITO AO PLENO EXERCÍCIO DA CIDADANIA</b>	73
Marco Antônio Rodrigues Andréa Lúcia Cavararo Rodrigues Luciani Coimbra de Carvalho	

<b>NOTAS SOBRE O REGIME JURÍDICO DOS DEVERES FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO</b>	87
Joaquim Basso	
<b>O TRATAMENTO DO IDOSO NO MERCADO DE CONSUMO: UM HIPERVULNERÁVEL?</b>	109
Camila Nunes	
<b>TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: STATUS NORMATIVO, IMPLICAÇÕES E CONTROVÉRSIAS</b>	131
Vinícius Gonzaga Ferreira	
<b>INDÍGENA E DIFERENÇA CULTURAL, UMA RELAÇÃO DE DESRESPEITO NO CÁRCERE BRASILEIRO</b>	155
Ederson Nadir Pires Dornelles	
<b>A TERCEIRIZAÇÃO BANCÁRIA: UMA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS</b>	175
Rogério Burkot Pietroski	

## EDITORAL

Neste volume, a *Revista Direito UFMS* traz artigos de doutores (as), doutorandos (as) e mestres (as) de instituições das mais variadas partes do Brasil, recebidos pelo Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas – SEER, *software* disponibilizado pelo IBICT, e avaliados pelo método *Double Blind Peer Review*. Além disso, conta com a gentil contribuição dos ilustres estrangeiros convidados, professores Pedro Garrido Rodríguez e Ulisses Pereira Terto Neto, pesquisadores vinculados respectivamente à Universidade de Salamanca e University of Aberdeen.

Cumpre-nos reafirmar que com enfoque nos objetivos de criar um vasto campo de discussão e aproximação dos *Direitos Humanos e Fundamentais*; oferecer aos estudiosos uma visão atualizada das principais problemáticas jurídicas a serem enfrentadas pelas sociedades contemporâneas; fomentar e disseminar, de modo sistematizado, os estudos científicos realizados nessas áreas; a *Revista Direito UFMS* possui a missão de inserir as produções científicas de autores (as) convidados (as) nacionais e estrangeiros, do corpo docente e discente da UFMS e demais alunos (as), docentes e pesquisadores (as) das mais diversas instituições de ensino do Brasil e exterior.

Trata-se de uma publicação semestral e eletrônica, apoiada pela Faculdade de Direito – Fadir/UFMS e pelo seu Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFMS, que busca honrar seu compromisso com a excelência da pesquisa jurídica e atender aos direcionamentos estabelecidos pela área do Direito junto à CAPES/MEC, bem como aos padrões exigidos nos indicativos do sistema *Qualis Periódicos*.

Nesse sentido, a revista que temos a honra de apresentar traz trabalhos científicos inéditos, de autores (as) nacionais e estrangeiros, respeitando-se as regras vigentes de exogenia/endogenia. Além disso, os artigos foram avaliados pelo método do sistema *Double Blind Peer Review*, em que a avaliação é feita

por docentes que desconhecem os (as) autores (as), assim como os (as) autores (as) desconhecem seus docentes avaliadores. Para se evitar o plágio, os artigos já poderão ser registrados no sistema *Digital Object Identifier* – DOI. Igualmente, informamos que a Revista Direito UFMS já está indexada no diadorim, drji e sumarios.org.

Nós, editoras da *Revista Direito UFMS*, orgulhosamente, compartilhamos com todos (as) que acessam a revista, as valiosas contribuições que aqui revelaram uma excelente articulação com o eixo temático proposto pelo Conselho Editorial.

Nosso especial agradecimento a todos (as) que trouxeram suas análises e reflexões por meio de artigos científicos, em especial, aos novos assistentes editoriais que gentilmente contribuíram para a realização deste volume, Angela Jank Calixto e Flávio Garcia Cabral.

Desejamos uma excelente leitura!

Campo Grande, inverno de 2016.

*Lívia Gaigher Bósio Campello  
e Luciani Coimbra de Carvalho*

Coordenação editorial da Revista Direito UFMS

## SOCIAL PERCEPTION AND MEDIA DISCOURSE IN IMMIGRATION IN SPAIN

### *PERCEPCIÓN SOCIAL Y DISCURSO MEDIÁTICO SOBRE INMIGRACIÓN EN ESPAÑA*

Pedro Garrido Rodríguez

Doctor por la Universidad de Salamanca

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v1i2.1990>

#### AUTOR CONVIDADO

**Abstract:** Knowledge of migration and its implications requires a thorough analysis and rationality in addressing their multiple variables and their many interrelationships. In the field of migration, the journalistic discourse has made too many simplifications that have somehow disrupted and distorted the reality of the phenomenon. Racism is generally associated with highly polarized political or ideological positions and middle-low social classes, who continue to defend the stale traditional European biological racism. However, authors such as Van Dijk have introduced another form of racism, which they call “discursive racism”, which is based on the discursive practices of the elite, be they private individuals or institutions, and is legitimized by the leadership or credibility of their promoters. This discourse is transmitted multiple avenues such as parliamentary debates, news releases, bureaucratic documents, the language used by the authorities or even textbooks in schools and universities. Some of its traits are: positive self-representation and negative presentation of the other, exhaustively denying racism or at least mitigating it, controlled discourses of minorities, which are practically in the hands of white elites and emphasizing the negative aspects and paying attention to the problems and needs of immigrants. In order to decipher the different view points shown in the media coverage of immigration, we performed an analysis of the press using the methodology of discourse analysis, referring to the classic works of Foucault, Bardin, and of contemporary scholars such as M. Stubbs, J. Lozano, Van Dijk, etc. We observed the presence of two ambivalent points of view. One is more suspicious or unwilling to accept immigration and its various implications, socioeconomic and cultural and the other shows a more proactive, tolerant and favorable attitude towards immigration. In this research, thorough analysis of *El Mundo* and *El País* (representative of Spanish opinions) was conducted. Among them, we became aware of the presence of an assertive discourse, which is generated and transmitted by “them” for the outgroup, which is generally perceived as a destabilizing and uncomfortable point of view that is often diminished or limited through the medias broadcastings. The discourse is occasionally used hyperbolically to exalt the attitudes ingroup solidarity, but ignoring or reducing the impact of the contents found within the discourse en-

dorsed by the involved parties. It is commonplace to find an attenuated or exculpatory treatment of hate speech. It is also common to hear arguments that may justify certain behaviors, as well as the identification of these positions and behaviors with a minority.

**Keywords:** immigration; media; multiculturalism; discrimination; human rights.

**Resumen:** El conocimiento del fenómeno migratorio y sus implicaciones precisa un análisis profundo y sosegado en el que se contemplen sus múltiples variables y sus numerosas interrelaciones. En el ámbito de las migraciones, el discurso periodístico realiza demasiadas simplificaciones que en cierto modo trastocan o desnaturalizan la realidad del fenómeno. Generalmente se asocia el racismo a posiciones políticas o ideológicas muy polarizadas y a estratos sociales de corte medio-bajo, que continúan defendiendo el rancio racismo biológico tradicional europeo. Sin embargo, autores como Van Dijk nos presentan otra forma de racismo, a la que él llama "racismo discursivo", que tiene su base en las prácticas discursivas de las élites, ya se trate de personas a título individual o instituciones, y se ve legitimado por el liderazgo o la credibilidad de sus emisores. Este discurso se transmite por múltiples canales como los debates parlamentarios, las noticias de prensa, los documentos burocráticos, el lenguaje de las Administraciones o incluso los libros de texto en la escuela o en la universidad. Algunas de sus características consisten en: autorrepresentación positiva y presentación negativa del otro, negar taxativamente el racismo o, al menos, mitigarlo, controlar los discursos sobre las minorías, los cuales se encuentran prácticamente en manos de las élites blancas y ponen el énfasis en los aspectos más negativos y presta atención a los problemas y necesidades del colectivo inmigrante. Con el objeto de descifrar los diferentes encuadres en el tratamiento mediático de la inmigración, hemos realizado un análisis de prensa empleando para ello la metodología del análisis del discurso, remitiéndonos a los trabajos clásicos de Foucault, Bardin, o a los de especialistas contemporáneos como M. Stubbs, J. Lozano, Van Dijk, etc. Percibimos la presencia ambivalente de dos discursos. Uno es más bien reactivo o receloso con respecto a la inmigración y sus diversas implicaciones políticas, socioeconómicas y culturales y el otro muestra un carácter más proactivo, tolerante o favorable a estos procesos. Durante esta investigación, se analizan exhaustivamente los dos medios de prensa escrita más representativos en España: El Mundo y El País. Dentro de ellos, hemos apreciado la presencia de un discurso reivindicativo, el que es generado y transmitido por "ellos", por el exogrupo, se percibe generalmente como un discurso desestabilizador e incómodo que con frecuencia se encuentra mermado o limitado mediáticamente en su proceso de transmisión. El discurso comprometido se emplea ocasionalmente hiperbólicamente con el fin de exaltar las actitudes solidarias del endogrupo pero pasando por alto o reduciendo la importancia del contenido defendido por los agentes comprometidos. Es usual encontrar un tratamiento atenuado o exculpatorio del discurso discriminatorio. Suele hablarse de causas que pueden llegar a justificar determinadas conductas. También es frecuente identificar estas posiciones y comportamientos con una minoría.

**Palabras-Clave:** inmigración, prensa, multiculturalidad, discriminación, derechos humanos.

The knowledge of the migratory phenomenon and its implications requires a deep analysis in which its multiple variables and its numerous interrelations are observed. However, the treatment of the reality by the media usually follows the *emblematización reductora de acontecimientos complejos* (RAMONET, 1998), as it is named by Ramonet, and it will not provide us with a complete and objective image of the reality of the immigration and all its aspects. In the migrations field, the media speech performs too many simplifications which in one way or another modifies the migration phenomenon. Two of them, very common ones, are studied by De la Fuente (2006) in his brilliant investigation about the media

speech about the immigration: the myths or, in his own words, metaphors stating that the immigration is massive and, therefore, uncontrolled, and the concept stating that the immigration is a problem which causes lots of social conflicts due to the cultural diversion and to the immigrant crime trend.

This article is based on the conclusions of one of the chapters of the following thesis: *Immigration and cultural diversity in Spain. A historical analysis from the Human Rights perspective* (GARRIDO RODRÍGUEZ, 2012). In the fourth chapter the media is studied, using the speech analysis methodology in order to dissect the media treatment of the immigration and the cultural diversity. In order to do so, the most prevalent approaches in the media field are analysed first. Afterwards, the two media subjects selected for the study, *El Mundo* and *El País*, are analysed, as reference newspapers in the Spanish media. Finally, the selection and quantitative analysis of the news about immigration and cultural diversity found in these newspapers are performed. Although several news obtained from the print media are provided, the sample has been obtained from the digital edition. This is due to higher disponibility of the digital edition as a source document and to the huge diffusion of both newspapers. This study tries to reach all the variables involved in the immigration field. In order to do so, it is divided into the following sections: immigration reception, immigration and employment, immigration and education and, the last section, immigration, cultural diversity and right access to culture. The selection and quantitative analysis of the news is based, mainly, in the years 2008 and 2009, when the economical situation, strongly affected by the crisis, becomes specially relevant and causes and important modifications in the migration regulations performed by the Government. Thereby, it is intended to focus the media analysis in a period of time which is actual as well as it is a period when a change in the Government speech and political planning in the immigration field is being made, which has already been manifested in some of its legislative and political decisions.

Racism is usually associated to political positions or ideologies very polarised and to medium-low social strata which continue defending the European traditional biologic racism. However, Van Dijk (2006) explains a different way of racism, which he calls “discursive racism”, based on the discursive behaviours of the elite social classes, either they are individual people or institutions, and which is empowered by the leadership and the credibility of its issuers. This speech is transmitted throughout several channels such as parliamentary debates, media news, burocratic documentation, the Administrations language or even the text books used in the school or in the University. The image created of immigrants, minorities, refugees and, in general, the non European people in the racist speech initiated by the elite classes

would respond to certain distinctive features. In the first place, as it happens in every ideological speech, the racist speech is characterized by a general strategy of positive self-representation and negative representation of the other part (VAN DIJK, 2006).

On the other hand, the control over the discourses about the minorities belongs almost entirely to the elite classes. The minority groups and their spokesmen have little access and influence in the content of what it is said and written in these discourses. And, when they have more access or influence than they usually have, their credibility is weakened when they are presented to the general public or they are stated. The stories are not fully described and they are conditioned by comments of the “whites”. In the other hand, in the newsrooms there is hardly any presence of journalists belonging to minorities, and even less presence in management positions. Thereby, the news are preformed in an exclusionary context since the beginning.

The speeches about minorities that we find in the press are almost never aimed to the minorities that they describe. They usually ignore them as potential targets. The negative aspects are emphasized and the problems suffered by the immigrants, as well as those affecting to their lives, jobs, spare time and their substantial contribution to the economy are little taken into account. In other words, the European press does not describe the ethnic situation in terms of the ethnic main characters (VAN DIJK, 2006).

The protest speech, the one which is generated and transmitted by “them”, the out-group, is usually received as a subversive and uncomfortable speech which is usually found medially limited in its transmission process. Bañón (2002) performs a very illustrative analysis of three different types of speeches about immigration which happen to be essential in order to be able to understand their treatments in the media. Although explaining his whole theory would make this article much longer, I would not like to ignore his main ideas. The first kind of speech is created by “them”, the out-group: the protest speech; and the other two, which are very different, are created by “us”, the in-group: the implicated and the discriminator speech. In the analysis performed by the media about the protest speech and the protestants, Bañón quotes several actions usually taken by the media to distort the speech, limiting its significance, validity, credibility, legitimacy, depth, intensity and, summarizing, mobilizing power.

Along the sixties and the seventies the academic research about communication and journalist practice was based on the objectivist current, which main feature was a clear distinction between the information and the opinion. It suggested a media based on incorruptible facts in one hand, and individual and free

opinions in the other hand, that is to say, a treatment of the information regulated by the distancing, searching the representation of the reality in an objective way (CANEL CRESPO, 1999).

In the late seventies several perspectives other than the objectivist one were strongly emerging. Tuchman (1978) questioned this perspective and he assured that the perception of the reality is a process in which there are many factors involved that mediate and condition it. In the eighties and nineties the objectivist current was strongly nagged as the real objectivism in the journalist practice was questioned. Several authors began to think that all news involve, directly or indirectly, a perspective of the new, an interpretation, despite of making an effort to develop the new as a representation of the reality. Glasser (1984) understood the objectivity as an artifice, a persuasive tool useful for the journalist to feign impartial. This is what Entman (1989) called a camouflage technique which can be used to transmit skewed and partisan messages. In the nineties, an agreement to investigate the journalist practice was reached in the academic field. Since then, it began to be assumed that journalists exert and interpretation when representing the reality. By doing so, this interpretation, also called "frame", is incorporated to the new on a more or less directed way, even against the journalist wishes. In 1991 Tankard (1991) defined the focus as the main idea who organizes the news and gives the context. Entman (1993) proposed another definition, based on the idea that the frames provide perspectives about the treated topic which make us interpret the information, namely, to frame means to choose some aspects from the received reality enhancing them in the communicative text so that they can promote a definition of the problem, a casual interpretation, a moral evaluation and a treatment advice for the described issue. This way, in Entman's opinion the frames are a tool used by those who transmit information to influence in the thinking of the audience and to orientate it in one way or another.

Since the first researches the location and the systematization of the frames have been two of the main targets for the media and journalist practice researchers. When Semetko and Valkenburg (2000) analyzed the frames in press and television in the Heads of State meetings in Amsterdam in the year 1997, they distinguished five different frames of news: 1) attribution of responsibilities. This means, that the hypothetic solution to the problem is attributed to the Government, institution or individual person. 2) Conflict, which can be either between institutions, groups or individual people. 3) Human interest, which is used to provide drama or emotion to the information. 4) Economic consequences. When the topic is shown emphasizing the economic consequences and, the last one, 5) Morality. Constituted by religious or moral principles.

In relation with the context of the frames performed by Semetko and Valkenburg, in 2004 Muñiz and Igartua (2004) performed an analysis of the content studying the frames found in the news about immigration in the press and TV. The authors observed a preponderance of the attribution of responsibility frame in both the press and the TV. In second place, they observed the value of the human interest frame and, in third place, the conflict frame. The research about the frames found in the media has also studied the causes responsible of them. Goffman (1974) understood the framing as requirement that the media professional must fulfil in order to connect with the audience and make them understand what he is saying. This way, the framing would be understood as a contextualization which guides the receptor about the information that he is being given. The frames, most of them hidden and only perceptible after a deep analysis, are usually unconscious and unintentional. The journalist shows the way he receives the news in a way more or less unconscious and unavoidable when trying to explain a new (HACKETT, 1984).

Most of the researches about the framing, especially those performed up to the nineties, assumed that the framing was caused by the individual factors related with the own beliefs. In other words, the framing of a journalist would be influenced by his education, age, sex and, especially, by his ideological position (HACKETT, 1984). From the nineties and, especially, in the last years, the researchers have added a new kind of causes to the individual causes, which are due to the difficulty of the information developing process. These researchers understand that the individual causes are only a portion of the factors which affect to the informative mediation. An example of this trend is the Shoemaker and Reese (1991) research, which explains the process by using an example. For them, media influence in the information through different levels which would be equivalent to an onion layers. This way, the frames would be conditioned by several factors such as the journalist individual circumstances, it mean, his educational level, age, sex, religious beliefs, politic ideas, etc.; the own sources features, whether they are human, documental, independent, governmental; the performance of the media or, in other words, the newsworthiness criteria, the staff, the section organization, agency linkages, working procedures; and other external factors such as the fact powers, the competence and the public. The most current researchers take into account those factors and try to link the individual causes with this more corporative kind of causes (CANEL; PIQUÉ, 1997). The succession of frames creates what is called political opinion or editorial line. The media usually dislike to be identified with any editorial line. However, as Schlesinger (1978) stated, that is exactly what the newspapers are currently doing when establishing the amount of columnists, the size and the location of the opinion pages or the editorial subjects.

Here we come to a more detailed analysis of the media chosen for this study, El Mundo (The World) and El País (The Country), the two most representative newspapers of general information in Spain.

El País is a liberal, europeanist and modern newspaper. It was self-called *Diario independiente de la mañana* since it was founded until the 21st of October 2007, when it changed its name to *El periódico global en español*. It was founded by José Ortega Spottorno, son of the known philosopher José Ortega y Gasset and its first publication took place on the 4<sup>th</sup> of May 1976. Since the beginning El País was opposed to the ultra-right, as well as leery of Alianza Popular, who El País used to associate to new Franco ideology and authoritarian speech. El País showed a crescent affinity with the PSOE, which ideas of change were supported by the newspaper. This affinity has been kept up to now, either the PSOE was in the Government or in the opposition, which has provoked lots of naggings from the centre-right sector of the society.

Knowing the divisions within the spanish socialist party, El País is favourable to this party, though occasionally critical, up to a point that even annoyed Mr. Rodríguez Zapatero who impelled the creation of the daily paper Público (Public) (highly favourable to the former president's action until recent date). El País is a paper with an innovator profile, well-structured, and great internal arrangement, a clear established practice in informing treatment, and with a strict and serious journalism (BERROCAL; RODRÍGUEZ-MARIBONA, 1998).

As a whole, El País uses an argumentative method of analysis that brings to it an image of moderation, progressiveness, modernity, tolerance, democratic mood and intellectuality. However, with a great deal of subtleness, it also lets a space for some settings of the news, that become apparent in the inclusion and exclusion of different informative nuances, subjects or personages, better than in the paper's pages dedicated to opinion.

El Mundo appears for the first time on October the twenty-third 1989 (nineteen-eighty-nine) with a first capital of five-hundred million pesetas, that a little further became a thousand and five-hundred, a sponsor group of journalists and entrepreneurs, headed by Mr. Pedro J. Ramírez, achieve to start the project to establish a nonconformist daily paper, critical towards the power, with a vigorous style and prevalence on investigation journalism.

El Mundo is a critical daily, aggressive and nonconformist that uses and promotes the investigation/research journalism (BERROCAL; RODRÍGUEZ-MARIBONA, 1998). It gives a great space and importance to the opinion/thinking, having several editorials, columns and press boxes. It agglutinates a great number

of very different ideological position columnists apart from that, the thinking/opinion is as well profusely manifested into the informing, where we can find frequent value headlines that determine the information. Formally, it's an attractive paper to the view and offers a very simple reading. It uses headings and subheadings with short beginnings that sum up the contents of the news. It also uses a lot of good graphic resources all of which has contributed in great measure to get various prizes in different international contests, due to its creative and qualified design.

Everybody knows its preferential attachment to PP. Besides a wide thinking section, El Mundo transmits and offers a particular approach to its news, like El País but to a greater extent and with more intensity, by the inclusion or exclusion of information and also, very often, by choosing evaluative headlines, that determine the information. It has a strong opinion and interpretation preponderance, with a more direct and explicit style than El País and thus adopts a position expressed more or less subtlety. By this means, El Mundo connotes firmness, aggressiveness and accusation (CANEL, 1999).

Moving on to an analysis of journalistic discourse in Spain, taking as example the dailies El Mundo and El País, it's tangible, that the first one attaches great importance to issues such as illegal immigration, the submerged economy and crime, but pays less attention to the claim for restrictions on immigrants rights and, in particular, on workers. We can appreciate a contrast between national press receptivity, showing the negative aspects related to immigration, and other points that give a more positive view on this or on critical and committed actors.

We can see how broadly the media reproduces political elites discourses as it has been shown by authors like Van Dijk. There is an extensive media coverage of their agreements, their debates, laws, etc. But it doesn't give a proportional importance to the main claims conducted by immigrant associations and NGOs, which are actually also protagonists of the actions issued from immigration, as well as direct recipients of the decisions taken in the political sphere, but that are only occasionally given a voice.

Throughout the press analysis performed, we perceive the presence of two ambivalent speeches. Similar to the terminology used by Zapata-Barrero (2008) in his analysis of political discourse on immigration, we will classify the former as reactive or wary about immigration and its different socioeconomical and cultural implications and the second as proactive, tolerant or favourable to these actions. The reactive discourse is characterized with respect to receiving immigrants by giving greater weight to the most negative aspects such as illegal entry,

connections with gangs, crime and insecurity, often seen from ingroup eyes as well as the use of exaggerated terms, unnecessarily derogatory or negative connotations to refer to immigrants<sup>1</sup>.

With regard to the work range, it puts special emphasis on irregular employment, economy, fraud, the denouncing of these matters as a positive self-representation operation, presenting immigrants as consumers of social resources and minimizing the importance of the immigrant workers contribution to the Social Security<sup>2</sup>.

So as to Education, it's common to find news accusing immigrant students to reduce the academic level of the educational community<sup>3</sup> or to be a too heavy burden for educational system, or to limit the education quality in Spain, as well as assessments that question the presence of foreign students in the classroom as problem<sup>4</sup>, maximizing the difficulties and minimizing the virtues of a multicultural educational system and the possible contributions to this society<sup>5</sup>.

Within the area related to cultural diversity, it emphasises more on questions that separate us rather than on questions that join us, underlying the most problematic aspects of the heterogeneity of cultures and multicultural

<sup>1</sup> About this question: Redacción (Madrid). *Una 'hoja de ruta' detalla a los ilegales cómo evitar controles en Barajas*. 2008. El mundo.es: <http://www.elmundo.es/elmundo/2008/01/15/espana/1200397026.html>

Barrio, Ana del (Madrid). *Las mafias de la inmigración abren nuevas rutas a Baleares para traer argelinos*. 2008. El mundo.es: <http://www.elmundo.es/elmundo/2008/01/16/baleares/1200485738.html>

Agencia EFE (Ceuta). *Las mafias enseñan a los inmigrantes a nadar para que logren el sueño europeo*. 2008. El mundo.es: <http://www.elmundo.es/elmundo/2008/06/28/espana/1214648776.html>

Europa Press (Valencia). *Las mafias de inmigrantes irregulares han ganado 2.000 millones de euros*. 2009. El mundo.es: <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/05/05/espana/1241515769>.

<sup>2</sup> Examples of this: Redacción (Madrid). *La inmigración desborda las cárceles*. 2008. El Mundo: <http://www.elmundo.es/papel/2008/03/03/opinion/2338141.html>

Mucientes, Esther (Madrid). *Rubalcaba: «Si somos laxos con la inmigración ilegal no hay quien la pare»*. 2008. El mundo.es: <http://www.elmundo.es/elmundo/2008/05/08/espana/1210231402.html>

<sup>3</sup> About this: Aguilera, Manuel (Palma). *Los alumnos inmigrantes repercuten en los índices de fracaso escolar*. 2008. El mundo.es: <http://www.elmundo.es/elmundo/2008/04/03/baleares/1207223100.html>

<sup>4</sup> For example: Sanmartín, Olga R. (Madrid). *Los alumnos detectan pandillas y peleas interraciales en los colegios*. 2009. El mundo.es: <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/03/02/espana/1235999460.html>

<sup>5</sup> Regard this question: Redacción (Valencia). *El alumnado inmigrante en las escuelas de la CVA crece un 37% desde septiembre*. 2008. El mundo.es: <http://www.elmundo.es/elmundo/2008/02/16/valencia/1203165096.html>

Agencia EFE (Madrid). *El número de alumnos extranjeros es 10 veces superior al de hace una década*. 2008. El mundo.es: <http://www.elmundo.es/elmundo/2008/07/27/espana/1217156278.html>

society, instead of its potentialities, and presents certain cultural identities as little compatible with a democratic society like ours. This is especially true with the Islamic community<sup>6</sup>. We find numerous news, reports, articles and opinion columns that highlight the required precepts, statements and more retrograde actions that are carried out, arguing that they are imposed by the Islamic religion. In some occasions, we see that when cases are reported in the name of the culture, cultural rights are violated and even people's human rights, as they are denied the freedom to choose, rather than to be made in defense of these people, they use the case as an argument to represent negatively the cultural identity, in whose name this abuse is committed but putting little emphasis on warning that such actions often converge to other interests rather political, economic and power, which actually have nothing to do with the culture itself, but it's used as the reason to justify such actions. It's also clear how many times they fall into a non-objective reductionism when making judgments about the cultures of the outgroup.

The most notorious example is perhaps the identification between Islam and fundamentalism, when, if we see the reality, we find that fundamentalism is more related to political and economic interests than to religion and culture. We also notice that it's not a phenomenon that involves the entire Islamic population, but it rather happens in a quite polarized way, in certain countries where fundamentalism, far from growing naturally among the population, is encouraged from spheres of power that are motivated by a religious or cultural belief, but is driven by political and economic interests. In turn, it offers much less space and attention to the requests of associations and initiatives favourable to integration into Spanish society, which originate at the pro-immigrant communities themselves and show their commitment to be an active part of a multicultural society, based on exchange and mutual enrichment or on the basis of respect for democratic values and Human Rights. Sporadically, they report on the existence of such associations increasingly representative within their communities. However, we miss a greater media interest regarding the interaction between cultures that could perfectly be felt as a motor of integration and cultural enrichment for all communities that are more and more present into Spanish society.

The media discourse also presents, as the political discourse representation, a more proactive character, tolerant and favourable with respect to immigration and its implications. Within the scope of the reception of immigrants, we

---

<sup>6</sup> For example: Gili Banda, Jaime (Palma). *'Amenaza' islámica en Felanitx*. 2008. El mundo.es: <http://www.elmundo.es/elmundo/2008/02/08/ciudadanobaleares/1202466978.html>

can see, in front of the alarmism in the beginning of the decade of 2000, we are going towards a more balanced assessment of immigration in Spain and what it represents, and we also see from mid-2008, they report the decline of immigration in this country in a very real way<sup>7</sup>. In turn, we also perceive the recognition of certain media space to demanding actions performed by associations of immigrants. This is especially evident with the protests caused by the reform of the Aliens Act, accused of restricting immigrants rights. Some of these measures have been widely criticized and protested for they are contrary to Human Rights<sup>8</sup>. Occasionally we also see news with criticisms about the situation of immigrants and about the response of the system to the drama of irregular immigration. An evidence of that, are the critics about Detention Centres Immigrants (CIE), both in their conception and in their own operations, lacking of habitability basic guarantees, and their inmates treatment, an issue that has been denounced, as we can see both El Mundo and in El País<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> About this: Agencia EFE (Roquetas de Mar). *Desciende un 22% la llegada de inmigrantes en patera*. 2008. Elpais.com: [http://www.elpais.com/articulo/espana/Desciende/22/llegada/inmigrantes/patera/elpepiesp/20081212elpepinac\\_17/Tes/Sanmartín, Olga R. y Lázaro, Fernando \(Madrid\). Los inmigrantes que llegaron en patera bajaron un 25% en 2008](http://www.elpais.com/articulo/espana/Desciende/22/llegada/inmigrantes/patera/elpepiesp/20081212elpepinac_17/Tes/Sanmartín, Olga R. y Lázaro, Fernando (Madrid). Los inmigrantes que llegaron en patera bajaron un 25% en 2008). 2009. El mundo.es: <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/01/12/espana/1231765708.html>

Redacción (Madrid). *Cae un 25% la llegada de 'sin papeles' a España*. 2009. Elpais.com: [http://www.elpais.com/articulo/espana/Cae/25/llegada/papeles/Espana/elpepiesp/20090112elpepunac12/Tes/Sanmartín, Olga R. \(Madrid\). El Gobierno dice que los inmigrantes están dejando de venir 'por primera vez'](http://www.elpais.com/articulo/espana/Cae/25/llegada/papeles/Espana/elpepiesp/20090112elpepunac12/Tes/Sanmartín, Olga R. (Madrid). El Gobierno dice que los inmigrantes están dejando de venir 'por primera vez'). 2009. El mundo.es: <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/03/04/espana/1236174407.html>

Bárbulo, Tomás (Madrid). *La crisis económica frena en seco la llegada de inmigrantes irregulares*. 2009. Elpais.com: [http://www.elpais.com/articulo/espana/crisis/economica/frena/seco/llegada/inmigrantes/irregulares/elpepiesp/20090427elpepinac\\_6/Tes](http://www.elpais.com/articulo/espana/crisis/economica/frena/seco/llegada/inmigrantes/irregulares/elpepiesp/20090427elpepinac_6/Tes)

Agencia EFE (Madrid). *La llegada de inmigrantes en patera desciende el 9%*. 2008. Elpais.com: [http://www.elpais.com/articulo/espana/llegada/inmigrantes/patera/desciende/elpepiesp/20080808elpepunac\\_11/Tes](http://www.elpais.com/articulo/espana/llegada/inmigrantes/patera/desciende/elpepiesp/20080808elpepunac_11/Tes)

<sup>8</sup> Examples of this: Agencia EFE (Madrid). *La caminata de 500 kilómetros culmina con una marcha contra la Ley de Extranjería*. 2009. El mundo.es: <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/10/25/espana/1256473374.html>

Redacción (Madrid). *Marchas en 10 ciudades contra la reforma de la Ley de Extranjería*. 2009. Elpais.com: [http://www.elpais.com/articulo/espana/Marchas/ciudades/reforma/Ley/Extranjeria/elpepiesp/20091018elpepinac\\_7/Tes](http://www.elpais.com/articulo/espana/Marchas/ciudades/reforma/Ley/Extranjeria/elpepiesp/20091018elpepinac_7/Tes)

Junquera, Natalia (Madrid). *Asociaciones de inmigrantes tildan la ley de «policial»*. 2009. Elpais.com: [http://www.elpais.com/articulo/espana/Asociaciones/inmigrantes/tildan/ley/policial/elpepiesp/20090918elpepinac\\_6/Tes](http://www.elpais.com/articulo/espana/Asociaciones/inmigrantes/tildan/ley/policial/elpepiesp/20090918elpepinac_6/Tes)

Agencia EFE (Madrid). *Los inmigrantes piden «puentes y no muros»*. 2009. El mundo.es: <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/05/17/madrid/1242570833.html>

<sup>9</sup> About this question: Missé, Andreu (Bruselas). *20.000 'sin papeles' en centros de la UE*. 2008. Elpais.com: [http://www.elpais.com/articulo/internacional/20000/papeles/centros/UE/elpepiint/20080518elpepiint\\_2/Tes](http://www.elpais.com/articulo/internacional/20000/papeles/centros/UE/elpepiint/20080518elpepiint_2/Tes)

Agencia EFE (Madrid). *El 40% de los extranjeros en los centros de internamiento españoles denuncia un trato «negativo o muy negativo»*. 2009. Elpais.com: [http://www.elpais.com/articulo/espana/extranjeros/centros/internamiento/espanoles/denuncia/trato/negativo/negativo/elpepiesp/20091209elpepunac\\_28/Tes](http://www.elpais.com/articulo/espana/extranjeros/centros/internamiento/espanoles/denuncia/trato/negativo/negativo/elpepiesp/20091209elpepunac_28/Tes)

With regard to labor migration, we find in the same way, informations that highlight the negative aspects, there are also, though to a lesser extent, articles that recognize the contribution of migrant workers to the well-being state, from multiple aspects, especially the contribution with Social Security<sup>10</sup> and the increase of the birth rate<sup>11</sup>. In turn, they also have been denounced abuses by certain entrepreneurs who, taking advantage of the vulnerability of migrant workers, engage them under abusive conditions that leave immigrants in a very unfavourable position regarding national workers, both in the payments, as in the working conditions.

As for education, the proactive discourse on immigration is limited to denounce injustices, but there isn't much news to speak about the enriching value of immigrant students diversity, for the education system and the society. The main point to note in this regard are the criticisms of the Education Administration of Catalonia about his initiative to leave immigrants in separated areas, called Welcome Educational Spaces (EBE) for the newcomers, with the purpose that foreigners students remain there for a time until they attain a sufficient knowledge of language and skills to keep up in classes with the reference group. Separating immigrant students in different spaces than those of the other students, and the vagueness of certain aspects, such as the criteria to determine how long it should last and what specific knowledge and skills should be obtained by these students in such spaces, before they can develop standardized educational activity, has caused so much irritation in many sectors of the educational community, considering that it is an avoidable segregation, that may adversely affect to

---

Rei, Joana (Madrid). *Cerremos los Guantánamos europeos*. 2008. El mundo.es: <http://www.elmundo.es/elmundo/2008/04/09/madrid/1207746602.html>

Rei, Joana (Madrid). *Las cárceles de los «sin papeles»*. 2008. El mundo.es: <http://www.elmundo.es/elmundo/2008/04/10/solidaridad/1207842708.html>

Europa Press (Madrid). *Las ONG presentan más de 1.800 firmas para exigir una investigación sobre los CIE*. 2008. El mundo.es: <http://www.elmundo.es/elmundo/2008/05/12/solidaridad/1210615734.html>

<sup>10</sup> About this: Ximénez de Sandoval, Pablo (Madrid). *Los inmigrantes salvan el Estado del Bienestar*. 2008. Elpais.com: [http://www.elpais.com/articulo/sociedad/inmigrantes/salvan/Estado/bienestar/elpepisoc/20080616elpepisoc\\_1/Tes](http://www.elpais.com/articulo/sociedad/inmigrantes/salvan/Estado/bienestar/elpepisoc/20080616elpepisoc_1/Tes)

Abellán, Lucía (Madrid). *El Banco de España cree que la "flexibilidad" laboral de la inmigración ayudará al empleo*. 2008. Elpais.com: [http://www.elpais.com/articulo/economia/Banco/Espana/crea/flexibilidad/laboral/inmigracion/ayudara/empleo/elpepieco/20080622elpepieco\\_4/Tes](http://www.elpais.com/articulo/economia/Banco/Espana/crea/flexibilidad/laboral/inmigracion/ayudara/empleo/elpepieco/20080622elpepieco_4/Tes)

Garea, Fernando (Madrid). *Los inmigrantes enriquecemos España*. 2008. Elpais.com: [http://www.elpais.com/articulo/espana/inmigrantes/enriquecemos/Espana/elpepinac/20080707elpepinac\\_6/Tes](http://www.elpais.com/articulo/espana/inmigrantes/enriquecemos/Espana/elpepinac/20080707elpepinac_6/Tes)

<sup>11</sup> Example of this: Rei, Joana (Madrid). *La inmigración eleva la natalidad en España al nivel más alto desde 1990*. 2008. El mundo.es: <http://www.elmundo.es/elmundo/2008/07/03/espana/1215079428.html>

educational development of these young immigrants. This issue has been widely reflected in national press, as we can see in many articles published both in *El Mundo* and in *El País*<sup>12</sup>.

In the media coverage on diversity in Spain, we also perceive the progressive presence of a proactive or tolerant discourse. This is manifested in articles that give space to the representatives of immigrant communities, to explain their claims, their difficulties, their interests and explain their culture from an internal point of view, from the perspective of their own cultural reference<sup>13</sup>. Occasionally, there is also a space devoted to show the associative movement progress in diverse cultural and religious communities. The clearest example is the Islamic community<sup>14</sup>.

To conclude, we have seen how over the past few years, the political actors, and more specifically, the government, have developed a change in the migration issue speech, which has been turning from the determined impulse of social policies for the reception and integration of immigrants between 2004 and 2008, to a more pragmatic and less sensitive immigration policy towards immigrant collective, since the second half of 2008, strongly influenced by the economic crisis and internal differences within the Socialist Party (PSOE). The media, summoned by the political sphere, have tended to integrate or reproduce the changing political discourse, either to support the government or to favor the opposition, as appropriate, showing the change of the socialist position. Thus the media discourse has become a source of information to play a more active role in the political landscape. In the opposition, and in the government since November 2011, the Popular Party (PP) has also supported restrictive positions. All this has contributed to the deterioration of the foreign workers image, and to the increase of distrustful attitudes towards immigration by Spanish society.

The immigrant collectivity has felt annoyed by this situation and has tried to claim his rights through vindicative actions, demonstrations, and protest activities, such as occurred in 2009 in connection with the reform of the Aliens Act and the extension permanence period, into the Detention Centres Immigrants (CIE).

<sup>12</sup> About this: Redacción (Barcelona). *La segregación no tiene aliados*. 2008. Elpais.com: [http://www.elpais.com/articulo/sociedad/segregacion/tiene/aliados/elpepisoc/20080721elpepisoc\\_2/Tes](http://www.elpais.com/articulo/sociedad/segregacion/tiene/aliados/elpepisoc/20080721elpepisoc_2/Tes)

<sup>13</sup> With regard to this question: Meneses, Rosa (Madrid). *¿Cuál es el significado y el origen del 'hiyab'?* 2010. Elmundo.es: <http://www.elmundo.es/elmundo/2010/04/21/madrid/1271853528.html>

<sup>14</sup> Above this: Carbajosa, Ana (Bruselas). *Los musulmanes europeos, contra los atentados suicidas y a favor del velo*. 2008. Elpais.com: [http://www.elpais.com/articulo/internacional/musulmanes/europeos/atentados/suicidas/favor/velo/elpepiint/20080111elpepiint\\_11/Tes](http://www.elpais.com/articulo/internacional/musulmanes/europeos/atentados/suicidas/favor/velo/elpepiint/20080111elpepiint_11/Tes)

The maximum period of stay in these centres have been extended since 40 at 60 days. In these, immigrant associations usually have counted with the support of social agents involved, members of NGOs and institutions with solidarity ideas principally. However, they have not always had the media coverage nor the political and social responsiveness that they expected.

## REFERENCES

- BAÑÓN HERNÁNDEZ, A. *Discurso e inmigración. Propuestas para un debate social*. Murcia: University of Murcia, 2002.
- BERROCAL, Salomé; RODRÍGUEZ-MARIBONA, Carlos. *Análisis básico de los medios de comunicación*. Madrid: Ed. Universitas S., 1998.
- CANEL CRESPO, María J. El País, ABC y El Mundo: Tres manchetas, tres enfoques de las noticias. *Zer: Revista de Estudios de Comunicación*, nº 6. p. 97-117, 1999.
- CANEL, María José; PIQUÉ, Antoni M. Journalists for emerging democracies. The case of Spain. In: WEAVER, David (Ed.), *The Global Journalist*. New Jersey: Hampton Press, 1997.
- DE LA FUENTE, M. *La argumentación en el discurso periodístico sobre inmigración*. Tesis Doctoral. León: University of León, 2006.
- ENTMAN, Robert. Framing: Toward a clarification of a fractured paradigm. *Journal of Communication*. 43 (3). p. 51-58, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Democracy Without Citizens, Media and the Decay of American Politics*. Oxford: Oxford University Press, 1989.
- GARRIDO RODRÍGUEZ, Pedro. *Immigration and cultural diversity in Spain. A historical analysis from the Human Rights perspective*. Salamanca: Editions University of Salamanca, 2012.
- GLASSER, T. L. Objectivity precludes responsibility. *The Quill*, February, p. 120-135, 1984.
- GOFFMAN, E. *Frame Analysis: An Essay on the Organization of Experience*. Boston: Northeastern University Press, 1974.
- HACKETT, R. A. Decline of a Paradigm? Bias and Objectivity in news media studies. *Critical Studies in Mass Communication*, nº 1 (3). p. 229-259, 1984.
- MUÑIZ, C. and Igartua, J. J. Encuadres noticiosos e inmigración. Un análisis de contenido de la prensa y televisión españolas. *ZER: Revista de Estudios de Comunicación*, nº 16. p. 87-104, 2004.
- RAMONET, I. *La tiranía de la comunicación*. Madrid: Ed. Debate, 1998.
- SCHLESINGER, Philip. *Putting Reality Together*. Londres: Biddles Ltc, 1978.
- SEMETKO, H.; VALKENBURG, P. Framing European Politics: a content analysis of press and television news. *Journal of Communication*, nº 50 (2), p. 93-109, 2000.
- SHOEMAKER, Pamela; REESE, Stephen. *Mediating the Message. Theories of Influences on Mass Media Content*. New York: Longman, 1991.

TANKARD, James; HENDRICKSON, Laura; SILBERMAN, Jackie; BLISS, Kris; GHANEM, Salma. *Media Frames: Approaches to conceptualization and Measurement*. Speech in Communication Theory and Methodology Division. Boston: AEMC Convention, 1991.

TUCHMAN, Gaye. *Making News*. Nueva York: The Free Press, 1978.

VAN DIJK, Teun. Discurso de las élites y racismo institucional. In: BASTIDA, L. (Coord.), *Medios de comunicación e inmigración*. Murcia: Caja de Ahorros del Mediterráneo-Obra Social, 2006, p. 15-34, 2006.

ZAPATA-BARRERO, Ricard. La política del discurso sobre la inmigración en España. In: ZAPATA-BARRERO, Ricard; GONZÁLEZ, Elisabet; SÁNCHEZ MONTIJANO, Elena, *El discurso político en torno a la inmigración en España y en la Unión Europea*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008. p. 117-157.



**LAW AND THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS  
DEFENDERS: AN ANALYSIS OF THE BRAZILIAN LEGAL  
FRAMEWORK FOR THE PROTECTION OF  
HUMAN RIGHTS DEFENDERS**

***DIREITO E A PROTEÇÃO DE DEFENSORES (AS)  
DE DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE DO  
MARCO LEGAL BRASILEIRO PARA A PROTEÇÃO  
DE DEFENSORES (AS) DE DIREITOS HUMANOS***

Ulisses Pereira Terto Neto  
PhD, University of Aberdeen

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v1i2.1776>

**AUTOR CONVIDADO**

**Abstract:** Human rights defenders are the protagonists in bolstering democracy and undertaking human rights change. As they face up the *establishment* and challenge the dominant groups controlling economic and political power, human rights defenders are more often than otherwise targets of state and non-state violence and, consequently, they need protection. Yet, what does Brazilian law say about the protection of human rights defenders? To whom belongs the obligation to protect human rights defenders in Brazil exactly? While considering the interaction of international law, politics and national law *vis-à-vis* the protection of human rights defenders fighting for democracy, human rights and social justice, this paper conducts an analysis of the legal framework for the protection of human rights defenders at the level of Brazilian jurisdiction. It does so in order to contend there is a legal obligation for the Brazilian State to protect human rights defenders and that there is a series of rights that are crucial for human rights defenders to be able to conduct their activities. The final section presents a brief conclusion in which this paper's discussions are recapitulated.

**Keywords:** Human Rights; Human Rights Defenders; Brazilian Law.

**Resumo:** Defensores(as) dos direitos humanos são os(as) protagonistas no fortalecimento da democracia e realização das mudanças de direitos humanos. Como eles enfrentam o *status quo* e desafiam os grupos dominantes controladores do poder econômico e político, defensores(as) dos direitos humanos são frequentemente alvos de violência estatal e não-estatal e, portanto, eles(as) precisam de proteção. No entanto, o que a lei brasileira diz sobre a proteção de defensores(as) dos

direitos humanos? A quem pertence a obrigação de protegê-los(as) no Brasil exatamente? Levando em consideração a interação do direito internacional, da política e da legislação nacional vis-à-vis a proteção de defensores(as) dos direitos humanos que lutam por democracia, direitos humanos e justiça social, este trabalho realiza uma análise do quadro jurídico para a proteção de defensores(as) dos direitos humanos na jurisdição brasileira. Fá-lo, a fim de arguir que há uma obrigação legal para o Estado brasileiro proteger os(as) defensores(as) dos direitos humanos e que há uma série de direitos que são cruciais para que eles(as) sejam capazes de conduzir suas atividades. A seção final apresenta uma breve conclusão em que as discussões deste artigo são recapituladas.

**Palavras-Chave:** Direitos humanos; Defensores(as) de Direitos humanos; Direito brasileiro.

**Sumário:** 1. Introduction; 2. An overview of the international and regional legal frameworks for the protection of human rights defenders; 3. The Brazilian transition to democracy; 4. The legal framework for the protection of human rights defenders at federal level in Brazil; 4.1 The 1988 Brazilian Constitution; 4.2 Administrative legislation; 4.3 Resolution 14, of 28 July 2004; 4.4 Presidential decree 6.044, of 12 February 2007; 4.5 Presidential Decree 8.724, of 27 April 2016; 5. The legal framework for the protection of human rights defenders at state level in Brazil; 5.1 Espírito Santo State Act 8.233, of 21 December 2005; 5.2 Bahia State Decree 12.003, of 10 March 2010; 5.3 Ceará State Decree 31.059, of 22 November 2012; 5.4 Pernambuco State Act 14.912, of 27 December 2012; 5.5 Minas Gerais State Act 21.164, of 17 January 2014; Conclusion; References.

## 1. INTRODUCTION

This paper examines the Brazilian legal framework for the protection of human rights defenders.<sup>1</sup> While approaching Brazil's current legal system in light of the country's recent re-democratisation,<sup>2</sup> it analyses the protection of human rights defenders according to Brazilian constitutional and infra-constitutional (statutory and ordinary) law. The first section provides an overview of the international and inter-American legal frameworks for the protection

<sup>1</sup> This paper understands the term *human rights defenders* as explained by TERTO NETO (2016). Thus, it not only adopts the term *human rights defenders* to refer to a person, group or entity that is "doing something" for the protection, promotion and/or defence of human rights, but also understands that Brazilian human rights defenders "come from varied backgrounds including human rights activists, members of the clergy, relatives of victims, community leaders, trade unionists, environmental activists, students, academics, lawyers, journalists and some civil servants. While many defenders work within civil society organisations, much of the human rights defenders activity in Brazil is rooted in grassroots social movements that have organised at the state and federal level to enhance their impact on the local and national policies. [...]", in E/CN.4/2006/95/Add.5, Paragraph 246, page 50. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Available at <[http://www2.ohchr.org/english/bodies/chr/docs/62chr/E.CN.4.2006.95.Add.5\\_.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/chr/docs/62chr/E.CN.4.2006.95.Add.5_.pdf)>. Accessed 16 May 2016.

<sup>2</sup> For a description of Brazil's transition to democracy under the *spiral model* of human rights change theory see TERTO NETO (2016) and RISSE; ROPP; SIKKINK (1999; 2013).

of human rights defenders. The second section makes some comments on the Brazilian transition to democracy in order to relate the legal analysis to the argument that despite the Brazilian re-democratisation having brought the legitimate rule of law and some human rights developments, the legal framework for the protection of human rights defenders is still inadequate. The third section analyses the legal framework for the protection of human rights defenders at federal level. The fourth section studies the legal framework for the protection of human rights defenders at state level. The final section makes the point that Brazil's human rights obligations stipulate that everyone under Brazil's jurisdiction must be protected against human rights abuses, particularly human rights defenders who carry out the fight for democracy, human rights and social justice. It argues that in theory Brazil's current legal framework provides for demanding that the Brazilian State take action regarding the protection of human rights defenders and their work.

## **2. AN OVERVIEW OF THE INTERNATIONAL AND REGIONAL LEGAL FRAMEWORKS FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS DEFENDERS**

There is no binding international human rights instrument designed specifically for the protection of human rights defenders. There is, nevertheless, a non-binding international human rights instrument that specifically refers to the protection of human rights defenders and their work. Article 2 (1) (2) of the *1998 United Nation's Declaration on Human Rights Defenders* (hereafter 1998 UNDHR-D)<sup>3</sup> stipulates that States have a responsibility and duty to protect, promote and implement all human rights and ensure that they are fully enjoyed by all persons under their domestic jurisdiction by taking all necessary legislative, administrative etc. steps. Although a non-binding instrument, the 1998 UNDHRD refers to series of rights that are protected by binding international human rights instruments (OHCHR, 2011). These rights are crucial for human rights defenders to conduct their work for democracy, human rights and social justice.<sup>4</sup> Once binding international human rights instruments that protect those rights have been ratified by a State, they can and should be used to demand that the State protect not only human rights in general, but also human rights defenders and their work in particular (OHCHR, 2011).

<sup>3</sup> UN Resolution A/RES/53/144 of 9 December 1998. Available at United National (UN) <<http://www.un.org/>>. Accessed 22 April 2016.

<sup>4</sup> One should make the legal argument based on binding international and regional human rights instruments. This is to make it legally feasible to demand that State protect human rights defenders and their work.

By the same token, although there is no instrument produced by the Organisation of American States (henceforth OAS) that specifically regulates the rights of human rights defenders, it is generally accepted that the various dispositions present in OAS instruments for human rights protection are fully capable of guaranteeing the required legal conditions for human rights defenders to demand state protection in order to safely continue their work in the Americas. Thus, OAS human rights treaties can also be applied to the protection of human rights defenders and their work. In addition, it is important to consider that the *Inter-American Court of Human Rights* has “duly recognized the importance of the work done by human rights defenders and that the state has a duty to protect them” (QUINTANA; FERNANDÉZ, 2011) in its rulings concerning the cases *Heliodoro Portugal v Panama*<sup>5</sup> and *Myrna Mack Chang v Guatemala*.<sup>6</sup> Likewise, there are several annual OAS General Assembly resolutions regulating, directly or indirectly, themes concerned with the protection of human rights defenders.<sup>7</sup> Consequently, despite the lack of an inter-American human rights instrument to specifically regulate the rights of human rights defenders, the existing regional human rights instruments and mechanisms might be effectively used to protect human rights defenders in the Americas.<sup>8</sup>

Although not specifically designed to do so, the binding UN and OAS human rights treaties can be applied to the protection of human rights defenders and their work. A person, group or entity might be designated as human rights defenders when they do something for the promotion, respect and protection of human rights. In order to develop such activities they must exercise the rights that are protected by the binding international and inter-American human rights instruments. Once they find themselves threatened or vulnerable as a consequence of the activities for the promotion and protection of human rights, there is legal ground to demand protection from the State, which has the obligation to protect all persons under its jurisdiction against state or non-state violence according to the binding UN and OAS human rights instruments. These duties and responsibilities apply to the Brazilian State once it ratified the majority of international<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Available at IACHR <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_186\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_186_ing.pdf)>. Accessed 22 April 2016.

<sup>6</sup> Available at IACHR <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_186\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_186_ing.pdf)>. Accessed 22 April 2016.

<sup>7</sup> Such as OAS Resolutions AG/RES. 1671 (XXIX-O/99), of 7 June 1999 and AG/RES. 1818 (XXXI-O/01), of 5 June 2001. Available at OAS <[www.oas.org](http://www.oas.org)>. Accessed 22 April 2016.

<sup>8</sup> It is better to work with both UN and OAS human rights systems to demand that States protect human rights defenders and their work.

<sup>9</sup> Available at UN <[www.un.org](http://www.un.org)>. Accessed 12 Maio 2016.

and inter-American<sup>10</sup> human rights instruments. In other words, the Brazilian framework for the protection of human rights defenders is consistent with international and inter-American human rights law.

### 3. THE BRAZILIAN TRANSITION TO DEMOCRACY AND THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS DEFENDERS

It is generally recognised that Brazil's re-democratisation brought up a legitimate rule of law and some human rights developments.<sup>11</sup> In spite of it and notwithstanding its being consistent with international and inter-American human rights law, the legal framework for the protection of human rights defenders is still inadequate in Brazil (TERTO NETO, 2016).

First, the formation of Brazilian society has been marked by a variety of contradictions regarding, for instance, the killing of indigenous peoples, the enslavement of Africans and native indigenous peoples by Portuguese colonizers, social exclusion, political and economic domination exercised by elite groups that have controlled vulnerable groups etc.<sup>12</sup> Notwithstanding Brazil's re-democratisation and the promulgation of the 1988 Constitution such problems of violence and inequality still persist nowadays. This means Law is not enough to solve contradictions so deeply rooted in the structures of Brazilian society. Social struggles are necessary to tackle those contradictions and this is exactly where human rights defenders play an essential role. Hence, the 1988 Constitution should be seen as a key – but not self-sufficient – tool to advance democracy, human rights and social justice. A tool with which one can demand guarantees for effective protection of human rights defenders.

Second, the paradox “formal constitutionalism *versus* concrete exercise of constitutional rights” is yet to be overcome (TERTO NETO, 2010), mostly due to social authoritarianism (DAGNINO, 2000, 1993). As I explain below, despite their importance for social struggles on behalf of democracy, human rights and social justice, there is no primary legislation to protect human rights defenders against state and non-state violence. This leaves them exposed to violent reactions from dominant sectors that oppose human rights changes or, to put it in legal terms,

<sup>10</sup> Available at OAS <[www.oas.org](http://www.oas.org)>. Accessed 12 Maio 2016.

<sup>11</sup> I argue the rule of law under the military dictatorship was illegitimate. For a detailed discussion on *authoritarian legalism* in Brazil and Latin America see PEREIRA (2005a; 2005b, 2003a, 2003b, 2001, 1998a, 1998b).

<sup>12</sup> For a more detailed analysis of Brazilian history see: MARTINS FILHO (2011); MEADE (2010); DEL PRIORE (2010); BUENO (2010); McCANN (2008); LUNA (2006); GASPARI (2003); DAVIS; PEREIRA (2003); CAMPOS (1988).

that resist the full enjoyment of constitutionally guaranteed fundamental rights by members of dominated sectors. In other words, Brazil's re-democratisation made possible the promulgation of the 1998 Constitution, but the majority of Brazilians, let alone human rights defenders, have not yet fully enjoyed their constitutionally guaranteed fundamental rights due to poverty, exclusion, inequality and violence, which are symptoms of a society aghast by social authoritarianism (DAGNINO, 2000, 1993).

Third, there is a pernicious lack of political will from the Congress to pass primary legislation as well as from federal and state governments to articulate the passing of bills that would regulate the protection of human rights defenders (TERTO NETO, 2016). An example is the reluctance shown by Brazil's House of Representatives to vote the Bill 4.575/2009 (Projeto de Lei nº 4.575/2009), despite the fact the bill has already passed through all internal commissions and thus has been ready to be voted in plenary since 2011.<sup>13</sup>

#### **4. THE LEGAL FRAMEWORK FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS DEFENDERS AT FEDERAL LEVEL IN BRAZIL**

There is no specific primary legislation for the protection of human rights defenders at federal level. There are nevertheless legal instruments that have directly guided the functioning of the *Brazilian Programme for the Protection of Human Rights Defenders* (hereafter PPDDH)<sup>14</sup> at federal level, such as the *1988 Brazilian Constitution*, *Administrative Legislation* (statutes, decrees, and *portarias* that regulate *convênios administrativos* and the organisational structure of Brazil's *Ministry of Justice and Citizenship's Human Rights Secretariat*), *Resolution 14, of 28 July 2004*, *Presidential Decree 6.044, of 12 February 2007*, and *Presidential Decree 8.724, of 27 April 2016*.

##### **4.1 THE 1988 BRAZILIAN CONSTITUTION**

The 1988 Constitution is the core legal instrument in the Brazilian legal system. Particularly on the subject of the legal functioning of the PPDDH, article 5, paragraph 1, determines that the provisions referring to fundamental rights and

<sup>13</sup> Available at Câmara dos Deputados <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=422693>>. Accessed 22 April 2016.

<sup>14</sup> It is responsible to protect human rights defenders who are threatened, vulnerable and/or at risk. It is part of the *Brazilian Public Policy for the Protection of Human Rights Defenders*. For details about the creation, modeling, functioning and current challenges of the PPDDH see TERTO NETO (2016).

guarantees have immediate application to the Brazilian legal system.<sup>15</sup> This means that human rights matters prevail over any other matter in Brazilian constitutional law, which, consequently, impacts on the making and further application of infra-constitutional (statutory and ordinary) legislation. In article 5, paragraph 2, there is express reference to Brazil's human rights obligations derived from international treaties ratified by the country.<sup>16</sup> Article 5, paragraph 3, even gives constitutional status to international human rights instruments, given they have been internalised through the same legislative procedure applicable to Constitutional Amendments.<sup>17</sup> There is, thus, constitutional law regulating Brazil's international human rights obligation to assure the necessary conditions for everyone under its jurisdiction to enjoy their fundamental human rights. Consequently, by the force of the 1988 Constitution Brazil must not only respect, protect and fulfil human rights, but also protect human rights defenders and their work.

According to the 1988 Constitution – and ratified international and regional human rights instruments<sup>18</sup> –, Brazil must assure the necessary conditions for everyone to have a life with dignity.<sup>19</sup> The full realization of the right to a life with dignity is strongly related to the entire (formal and material) enjoyment of all fundamental human rights, as regulated by the 1988 Constitution. Furthermore, the constitutional principles contained in Article 1 of the 1988 Constitution have been set to guarantee the full exercise of *citizenship*<sup>20</sup> and *human dignity*<sup>21</sup> by each and all under Brazil's jurisdiction indiscriminately. In fact, the promotion of the collective well being – irrespective of origin, race, ethnicity, gender, sexual orientation– is expressed in Article 3 of the constitutional text as a core objective of the Brazilian State.<sup>22</sup> As a result, it should be understood that the current 1988 Constitution expressly guarantees the inviolability of the right to a life with dignity.<sup>23</sup>

As to the rights that impact human rights defenders and their work, the 1988 Constitution formally guarantees not only the aforementioned *right to life*

<sup>15</sup> Full text available at STF <<http://www.stf.jus.br>>. Accessed 22 April 2016.

<sup>16</sup> Full text available at STF <<http://www.stf.jus.br>>. Accessed 22 April 2016.

<sup>17</sup> Full text available at STF <<http://www.stf.jus.br>>. Accessed 22 April 2016.

<sup>18</sup> Full text available at STF <<http://www.stf.jus.br>>. Accessed 22 April 2016.

<sup>19</sup> Article 1, line III, of 1988 Constitution. See also SARLET (2005, 2004); SARLET; FURIAN; FENSTERSEIFER (2006).

<sup>20</sup> Article 1, line II, of 1988 Constitution.

<sup>21</sup> Article 1, line III, of 1988 Constitution.

<sup>22</sup> Article 3, line IV, of 1988 Constitution.

<sup>23</sup> In Title II (Fundamental Rights and Guarantees), Chapter I (Individual and Collective Rights and Duties), Article 5 (*caput*); and Chapter II (Social Rights), Article 6 (*caput*) there is formal constitutional guarantees to the inviolability of the right to life.

with dignity, but also the right to personal integrity and freedom;<sup>24</sup> the right to organize peaceful meetings or gatherings;<sup>25</sup> the right to association;<sup>26</sup> the right to freedom of expression;<sup>27</sup> the right to access public information (*habeas data*);<sup>28</sup> the right to privacy and to the protection of honour and dignity;<sup>29</sup> the right to a due process of law;<sup>30</sup> the right to access to justice and legal aid;<sup>31</sup> among other legal guarantees.<sup>32</sup> Therefore, the 1988 Constitution provides formal guarantees for the full enjoyment of fundamental human rights by each and all (including human rights defenders) under Brazil's jurisdiction.<sup>33</sup> The problem is that despite the formal guarantees provided by the 1988 Constitution, the gap between what the Constitutional Law stipulates and its applicability in reality remains enormous. And this impacts not only human rights defenders' activities, but also human rights defenders themselves, who are victimised by both state and non-state violence in Brazil.<sup>34</sup>

#### 4.2 ADMINISTRATIVE LEGISLATION<sup>35</sup>

As a federal program, the PPDDH must conduct its activities in observance with constitutional and administrative law.<sup>36</sup> Concerning the latter, there is a series of laws and decrees that provide the legal framework for the realization of a *convênio administrativo* (BANDEIRA DE MELLO, 2004; MENDES; COELHO; BRANCO, 2008), which is a kind of formal accord signed between a state entity from the federal public administration and another state entity from the state,

<sup>24</sup> Article 5, *caput*, of the 1988 Constitution.

<sup>25</sup> Article 5, line XVII, of the 1988 Constitution.

<sup>26</sup> Article 5, lines XVII, XVIII, XIX and XX, of the 1988 Constitution.

<sup>27</sup> Article 5, lines IV, VI and IX, of the 1988 Constitution.

<sup>28</sup> Article 5, lines XIV, XXXIII, LXXVII, and LXXVII, of the 1988 Constitution.

<sup>29</sup> Article 5, line X, of the 1988 Constitution.

<sup>30</sup> Article 5, line LIV, of the 1988 Constitution.

<sup>31</sup> Article 5, line LXXIV, of the 1988 Constitution.

<sup>32</sup> Article 5, lines LV and LVI, of the 1988 Constitution.

<sup>33</sup> SARLET (2005, 2004); SARLET; FURIAN; FENSTERSEIFER (2006); MENDES; COELHO; BRANCO (2008, 2002).

<sup>34</sup> UNA/HRC/4/37/Add.2 (19 December 2006) page 7 or paragraph 14. Available at UN <<http://www2.ohchr.org/english/>>. Accessed 22 April 2016.

<sup>35</sup> Statutes, decrees, and *portarias* that regulate *convênios administrativos* and the organisational structure of Brazil's Ministry of Justice and Citizenship's Human Rights Secretariat. Available at Portal dos Convênios do Governo Federal. <<https://www.convenios.gov.br/portal/legislacao>>. Accessed 22 April 2016.

<sup>36</sup> Available at Portal dos Convênios do Governo Federal. <<https://www.convenios.gov.br/portal/legislacao>>. Accessed 22 April 2016.

district or local public administration (such as a state legal aid office) or between a state entity from federal, state, district or local public administration and a non-profitable private entity (such as a human rights NGO) in order to execute common objectives as, for instance, to implement state actions, programs and public policies. The PPDDH's functioning is crucially dependent on the realization of *convênios administrativos* between state entities as well as between state entities and human rights NGOs (TERTO NETO, 2016). Perhaps due to the lack of specific primary legislation to regulate its structure and functioning, the PPDDH neither have sufficient infrastructure nor enough budget and human resources to conduct the protection of human rights defenders on a national scale efficiently (TERTO NETO, 2016). Thus, it needs to sign *convênios administrativos* with other state entities or human rights NGOs to carry out its activities. This is true for the PPDDH's functioning either at federal or state level (TERTO NETO, 2016).

The core administrative legislation that regulate the realization of *convênios administrativos* and, thus, regulate the legal functioning of the PPDDH are *Lei n°13.242, of 30/12/2015*, which provides for the guidelines to elaborate and execute the 2016 Budgetary Law;<sup>37</sup> *Lei n° 13.019, of 31/7/2014*, which establishes the legal regime for partnerships between the public administration and civil society organizations;<sup>38</sup> *Lei n° 12.101, of 27/11/2009*, which regulates the certification of beneficent entities of social assistance and normalizes the procedures of exemption of contributions to social security;<sup>39</sup> *Lei n° 9.790, of 23/03/1999*, which regulates the qualification of non-profitable, private law juridical persons (entities) as *Civil Society Organizations of Public Interest*, and institutes and disciplines the *Termo de Parceria* (Term of Partnership);<sup>40</sup> *Lei n° 8.742, of 7/12/1993*, which regulates the organization of Social Assistance in Brazil;<sup>41</sup> *Lei n° 8.666, of 21/06/1993*, which regulates article 37, XXI, of 1988 Brazilian Constitution for public bids and contracts of the Public Administration;<sup>42</sup> *Decreto n° 7.237/2010, of 20/07/2010*, which regulates *Lei n° 12.101, of 27/11/2009* on providing for

<sup>37</sup> Available at Portal dos Convênios do Governo Federal <<https://portal.convenios.gov.br/pagina-inicial>>. Accessed 15 May 2016.

<sup>38</sup> Available at Portal dos Convênios do Governo Federal <<https://portal.convenios.gov.br/pagina-inicial>>. Accessed 15 May 2016.

<sup>39</sup> Available at Portal dos Convênios do Governo Federal <<https://portal.convenios.gov.br/pagina-inicial>>. Accessed 15 May 2016.

<sup>40</sup> Available at Portal dos Convênios do Governo Federal <<https://portal.convenios.gov.br/pagina-inicial>>. Accessed 15 May 2016.

<sup>41</sup> Available at Portal dos Convênios do Governo Federal <<https://portal.convenios.gov.br/pagina-inicial>>. Accessed 15 May 2016.

<sup>42</sup> Available at Portal dos Convênios do Governo Federal <<https://portal.convenios.gov.br/pagina-inicial>>. Accessed 15 May 2016.

the certification of beneficent entities of social assistance to obtain exemption regarding social security contributions;<sup>43</sup> *Decreto n° 6.170/2007, of 25/07/2007* and posterior partial amendments brought by consecutive decrees such as, for instance, *Decreto n° 6.428/2008, Decreto n° 6.497/2008, Decreto n° 6.619/2008, Decreto n° 7.568/2011, Decreto n° 8.180/2013, and Decreto n° 8.244/2014*, all of which regulate the norms related to transferral of funding from the Federal Budget via *convênios administrativos* and transferral contracts;<sup>44</sup> and *Portaria Interministerial n° 127, of 29/05/2008*, which establishes norms for the execution of the regulations contained in *Decreto n° 6.170/2007*.<sup>45</sup> Thus, the PPDDH has also functioned in observance with administrative law.

Finally, the core administrative instruments that regulate the organizational structure of Brazil's *Ministry of Justice and Citizenship's Human Rights Secretariat* and, thus, regulate the organisational structure in which the PPDDH legally operates at federal level are *Medida Provisória n° 726, of 12/5/2016*, which alters and repeals dispositions contained in *Lei n° 10.683/2003*;<sup>46</sup> *Lei n° 10.683, of 28/5/2003*, which regulates on the organization of the Presidency of the Republic of Brazil and its Ministries;<sup>47</sup> *Lei n° 12.462, of 04/08/2011*, which institutes a Differentiated Regime of Public Hiring (RDC) and alters dispositions contained in *Lei n° 10.683/2003* and regulates on supplementary matters;<sup>48</sup> and *Lei n° 12.314, of 19/08/2010*, which alters dispositions contained in *Lei n° 10.683/2003* and regulates on additional matters.<sup>49</sup>

#### 4.3 RESOLUTION 14, OF 28 JULY 2004

Resolutions are also part of administrative law in Brazil's legal system. Resolution 14/2004 is particularly important because it established a *National Coordination* for the PPDDH (TERTO NETO, 2016). This happened even before

<sup>43</sup> Available at Portal dos Convênios do Governo Federal <<https://portal.convenios.gov.br/pagina-inicial>>. Accessed 15 May 2016.

<sup>44</sup> Available at Portal dos Convênios do Governo Federal <<https://portal.convenios.gov.br/pagina-inicial>>. Accessed 15 May 2016.

<sup>45</sup> Available at Portal dos Convênios do Governo Federal <<https://portal.convenios.gov.br/pagina-inicial>>. Accessed 15 May 2016.

<sup>46</sup> Available at Presidência da Republica <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv726.htm#art16](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv726.htm#art16)>. Accessed 15 May 2016.

<sup>47</sup> Available at Presidência da Republica <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/LEIS/2003/L10.683.htm#art28](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/2003/L10.683.htm#art28)>. Accessed 15 May 2016.

<sup>48</sup> Available at Presidência da Republica <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm)>. Accessed 15 May 2016.

<sup>49</sup> Available at Presidência da Republica <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12314.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12314.htm)>. Accessed 15 May 2016.

the Presidential Decree 6.044/2007 came about to regulate the *National Policy for the Protection of Human Rights Defenders* as well as the Presidential Decree 8.724/2016 came to existence to institute the PPDDH and create the PPDDH's *Deliberative Council* (TERTO, NETO, 2016).<sup>50</sup> The creation of that national coordination preceded the PPDDH's official launching by Brazil's Human Rights Secretariat.<sup>51</sup> It followed the guidelines for the PPDDH's establishment presented by the Working Group (GT) during the ordinary meeting of the CD-DPH<sup>52</sup> that took place on 28 July 2004 (TERTO NETO, 2016). Notwithstanding the fact there has never been any specific primary legislation regulating the protection of human rights defenders at federal level, the PPDDH has had an administrative-organisational arrangement – that form a *de facto* infrastructure – that legally works based on the realization of *convênios administrativos* and the publication of resolutions by Brazil's Human Rights Secretariat (TERTO NETO, 2016). In short, despite the lack of primary legislation to specifically regulate its activities at federal level, the PPDDH has been able to legally operate since Resolution 14/2004 constituted its *National Coordination* with specific competencies.<sup>53</sup>

Resolution 14/2004 has established that the PPDDH's *National Coordination* is competent to monitor the cases of communications involving human rights defenders; submit the received communications of cases involving human rights defenders to the pertinent State Coordination; take necessary measures, in cases where there is not yet a State Coordination; constitute and operate a database with information about human rights defenders, as well as received communications; implement, with the cooperation of states, the recommendations from international human rights protection bodies, to which Brazil is part; engage Brazilian states with the development of actions and local policies for the protection of human rights defenders; and develop training/capacitating programs for human rights defenders (article 2). This resolution established the PPDDH's *National Coordination's* composition as follows: a representative of the Legislative Power; a representative of the Federal Police Department; a representative of the Highway Federal Police Department; a representative of the Federal Prosecution Office; two representatives of civil society organizations; a representative of the Judiciary Power; and a representative of each

<sup>50</sup> See Section 3.5 below.

<sup>51</sup> For a detailed account of the political history of the PPDDH see TERTO NETO (2016), Chapter 4.

<sup>52</sup> Later converted into the *National Human Rights Council* (CNDH) by Lei nº 12.986/2014. Available at Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República <<http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cddph>>. Accessed 15 May 2016.

<sup>53</sup> It also means the PPDDH started functioning before its official launching in 26 October 2004.

existing State Coordination (article 3). This resolution determines that the PPDDH's *National Coordination* must implement its activities through its *Executive Secretary*, who is directly subordinated to the office of the head of Brazil's Human Rights Secretariat (article 4).<sup>54</sup> The PPDDH's *National Coordination* refers to the head of Brazil's *Ministry of Justice and Citizenship's Human Rights Secretariat*, to whom it must present reports regarding its activities (article 5).<sup>55</sup> Thus, the PPDDH's legal functioning is also dependent on the publication of resolutions by the head of Brazil's *Ministry of Justice and Citizenship's Human Rights Secretariat*.<sup>56</sup> It means the PPDDH's legal functioning is strongly dependent on the political performance of Brazil's *Ministry of Justice and Citizenship's Human Rights Secretariat* (TERTO NETO, 2016).<sup>57</sup>

#### 4.4 PRESIDENTIAL DECREE 6.044, OF 12 FEBRUARY 2007

The Presidential Decree 6.044/2007<sup>58</sup> approved the *Brazilian Policy for the Protection of Human Rights Defenders* (PNPDDH) and defined a period of 90 days for Brazil's Human Rights Secretariat to set a *National Plan for the Protection of Human Rights Defenders*.<sup>59</sup> The PNPDDH's *objective* is to establish principles and guidelines for the protection of human rights defenders, according to Brazilian laws and international human rights treaties that Brazil has signed and ratified (article 1). The PNPDDH provides for the definition of important concepts such as: *human rights defenders* as being all individuals, groups and organs of socie-

<sup>54</sup> Medida Provisória nº 726/2016 placed the *Human Rights Secretariat* under the administrative competence of the new *Ministry of Justice and Citizenship*. Available at Presidência da República <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv726.htm#art16](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv726.htm#art16)>. Accessed 15 May 2016.

<sup>55</sup> With the advent of Medida Provisória nº 726/2016, the PPDDH's *National Coordination* must refer to the head of the new *Ministry of Justice and Citizenship*. Available at Presidência da República <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv726.htm#art16](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv726.htm#art16)>. Accessed 15 May 2016.

<sup>56</sup> Available at Presidência da República <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv726.htm#art16](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv726.htm#art16)>. Accessed 15 May 2016. See also TERTO NETO (2016).

<sup>57</sup> As Brazil's *Ministry of Justice and Citizenship's Human Rights Secretariat* is susceptible to pressures from national and transnational advocacy networks (organised civil society and UN and OAS human rights mechanisms), it can be inferred that through the domestic politics of human rights, organised civil society can bring about policy changes as to the protection of human rights defenders in Brazil. See KECK; SIKKINK (1998, 1999); KECK (1995); TERTO NETO (2016).

<sup>58</sup> Available at Presidência da República <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6044.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6044.htm)>. Accessed 10 May 2016.

<sup>59</sup> Available at Presidência da República <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6044.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6044.htm)>. Accessed 10 May 2016. The deadline established by the aforementioned decree has not been observed. In fact, it should be noted that Brazil's *National Plan for the Protection of Human Rights Defenders* has never been elaborated.

ty that promote and protect human rights and fundamental liberties universally recognized (article 2); *protection* as being something that intends to guarantee the continuity of the work of the defenders, who promote, protect and guarantee human rights, and, as a result of their work and activities under these circumstances, find themselves in a situation of risk or vulnerability or suffer violation of their rights (article 2 § 1); and *violation* as being any conduct offensive to personal or institutional activity of the human rights defender or to that of organization and social movement, which manifests, even if indirectly, over the relatives or persons of close relation to the defender, by the practice of homicide, attempted or committed, torture, physical aggression, threat, intimidation, defamation, illegal or arbitrary arrest, false accusation, attempts or retaliations of political, economic or cultural nature, of origin, ethnicity, gender or sexual orientation, colour, age, among other forms of discrimination, disqualification and criminalization of their personal activity that might offend their physical, psychological, and moral integrity, their honour or patrimony (article 2 § 2).

The PNPDDH also sets the principles and the guidelines for the protection of human rights defenders in Brazil. The PNPDDH's *principles* are respect for human dignity; equality and non-discrimination of any kind; protection and assistance to human rights defenders, irrespective of their nationality and collaboration in lawsuits; promotion and guarantee of citizenship and human rights; respect for regional and international human rights treaties and conventions; universality, indivisibility and interdependence of human rights; and transversal nature of the gender, sexual orientation, disability, ethnical and social origin, precedence, race, and age dimensions in public policies (article 3, paragraphs I to VII respectively).

The PNPDDH's *general guidelines* are the strengthening of the federal pact through common and articulated action by all governmental spheres in the protection of human rights defenders while facing the causes that generate the state of risk or vulnerability; stimulate bilateral or multilateral international cooperation; articulation with national and international NGOs; organization of a network for the protection of human rights defenders, involving all governmental levels and civil society organizations; verification of the condition as human rights defender and the respective protection and assistance; incentive and realization of surveys and diagnosis, considering regional diversities, organization and sharing of *data*; incentive to the formation and training of professionals to conduct the protection, as well as to verify the condition of defender and for their assistance; harmonization of related legislations and administrative procedures in the federal, state and municipal spheres; incentive to civil society participation; incentive to the participation of class bodies and professional councils; and

assurance of ample and adequate access to information and establishment of channels of dialogue among State, society and the mass media (article 4, paragraphs I to XI respectively).

*These specific guidelines for the protection of human rights defenders* are the implementation of preventive measures in public policies, via an integrated and inter-sectoral manner, in the areas of health, education, labour, security, justice, social assistance, communication, and culture; support and realization of socio-educative awareness-raising campaigns in local, regional, national and international spheres, considering their specificities, which value the image and action of human rights defenders; monitoring and evaluation of campaigns with the participation of civil society; support for social mobilization and the fortification of civil society; and the strengthening of existing projects and stimulus for the creation of new ones (article 5, paragraphs I to V respectively). The *specific guidelines for bringing to justice the perpetrators of threats or intimidations* include the cooperation among public security bodies; national legal cooperation; secrecy of judicial and administrative procedures, according to legal regulations; and integration with policies and actions of repression and prosecution of perpetrators of correlated crimes (article 6, paragraphs I to IV respectively). Finally, the *specific guidelines for assistance to human rights defenders* address the protection to life; guarantee of social, medical, psychological, and material assistance; initiatives aiming to overcome the causes that generate the state of risk or vulnerability; preservation of identity, image and personal *data*; support for the fulfilment of civil and administrative obligations that require personal attendance; temporary suspension of work activities; and the changing of residence or provisional accommodation to a secret location, in extraordinary situations, which must be compatible with the protection (article 7, paragraphs 1 to VII respectively).

#### 4.5 PRESIDENTIAL DECREE 8.724, OF 27 APRIL 2016

The Presidential Decree 8.724/2016<sup>60</sup> instituted the *Brazilian Programme for the Protection of Human Rights Defenders* (PPDDH) (article 1) and created the PPDDH's *Deliberative Council* under the competence of Brazil's *Ministry of Women, Racial Equality, Youth and Human Rights*<sup>61</sup> (article 3). It states that the PP-

<sup>60</sup> Available at Presidência da República <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8724.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8724.htm)>. Accessed 15 May 2016.

<sup>61</sup> With the advent of Medida Provisória nº 726/2016, Brazil's *Ministry of Women, Racial Equality, Youth and Human Rights* was terminated and the *Human Rights Secretary* placed under the administrative competence of Brazil's new *Ministry of Justice and Citizenship*. Therefore, the PPDDH is now under the administrative competence of Brazil's *Ministry of Justice and Citizenship's Human Rights Secretariat*. Available at Presidência da República <<http://www.planalto.gov.br/>

DDH will be executed, preferably, through voluntary cooperation among Union, States and the Federal District, to articulate measures to protect human rights defenders and assure that they continue their activities in defence of human rights (article 2, paragraphs I and II). To do so, the PPDDH can firm formal accords for technical cooperation, *convênios administrativos*, and terms of partnership with Union, States, the Federal District, and public or private entities (article 2, sole paragraph).

The PPDDH's *Deliberative Council* is composed of two representatives of the *Ministry of Women, Racial Equality, Youth and Human Rights' Human Rights Secretariat*, being one of them the PPDDH's coordinator, and one representative of the *Ministry of Justice's National Secretariat of Public Security* (article 3, § 2, paragraphs I and II).<sup>62</sup> In addition, one representative of the *Prosecutor Office* and one representative of the *Judiciary Power* could be invited to integrate the PPDDH's *Deliberative Council* (article 3, § 3).<sup>63</sup> It is with this composition that the PPDDH's *Deliberative Council* must coordinate the PPDDH at federal level (article 3). To do so, it can formulate, monitor and assess the PPDDH's actions; define strategies for the political engagement and formal cooperation with the Union, States, the Federal District, and municipalities regarding the PPDDH's execution; and deliberate on inclusion or exclusion of threatened human rights defenders in the PPDDH (article 3, § 1, paragraphs I to IV).

The *Ministry of Women, Racial Equality, Youth and Human Rights*<sup>64</sup> can create complementary norms in order to fulfil the dispositions contained in the Presidential Decree 8.724/2016 (article 4). By the same token, the *Ministry of Women, Racial Equality, Youth and Human Rights*<sup>65</sup> will provide technical and administrative support for the functioning of the PPDDH's *Deliberative Council*, through Brazil's Human Rights Secretariat<sup>66</sup> (article 5).

---

CCIVIL\_03/\_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv726.htm#art16>. Accessed 15 May 2016.

<sup>62</sup> Available at Presidência da República <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv726.htm#art16](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv726.htm#art16)>. Accessed 15 May 2016.

<sup>63</sup> Notwithstanding the PPDDH came to existence due to organised civil society's efforts, the latter has been left out of the PPDDH's *Deliberative Council*. Not even the *Brazilian Committee of Human Rights Defenders* (CBDDH) has been included; despite the fact the CBDDH monitors the PPDDH since its creation and is composed by human rights NGOs with great expertise on the protection of human rights defenders in Brazil. For details see TERTO NETO (2016).

<sup>64</sup> Available at Presidência da República <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv726.htm#art16](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv726.htm#art16)>. Accessed 15 May 2016.

<sup>65</sup> Available at Presidência da República <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv726.htm#art16](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv726.htm#art16)>. Accessed 15 May 2016.

<sup>66</sup> Available at Presidência da República <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv726.htm#art16](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv726.htm#art16)>. Accessed 15 May 2016.

## 5. THE LEGAL FRAMEWORK FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS DEFENDERS AT STATE LEVEL IN BRAZIL

At the state level only 5 out of 27 states have already passed laws or decrees regulating the protection of human rights defenders. They are Bahia (*Decreto Estadual (BA) n° 12.003, of 10/03/2010*), Ceará (*Decreto Estadual (CE) n° 31.059, of 22/11/2012*), Espírito Santo (*Lei Estadual (ES) n° 8.233, of 21/12/2005*), Minas Gerais (*Lei Estadual (MG) n° 21.164, of 17/1/2014*), and Pernambuco (*Lei Estadual (PE) n° 14.912, of 27/12/2012*).

### 5.1 ESPÍRITO SANTO STATE ACT 8.233, OF 21 DECEMBER 2005<sup>67</sup>

This State Act instituted the *Programme for the Protection of Human Rights Defenders of the State of Espírito Santo* (PPDDH-ES) under the Secretary of Justice of the State of Espírito Santo (SEJUS-ES) (article 1).<sup>68</sup> It defined *human rights defenders* as those who exercise activities directed at the implementation, maintenance or remedy of rights contained in the Universal Declaration of Human Rights (article 2). It provides for the inclusion of human rights defenders in the PPDDH-ES as long as they have their lives or physical integrity at risk due to their activities for the promotion and defence of human rights (article 3). The inclusion can be requested by human rights defenders themselves, a police officer, a member of the Prosecutor Office or a Judge who know the situation, and by representatives of public or private entities that conduct activities in defence of human rights (article 4, *caput*, paragraphs I to III respectively), as long as the application contains a detailed account of the facts with evidence, if possible, and a *Termo de Compromisso* (Term of Commitment) filled in and signed by human rights defenders themselves, or their family and dependents, in case the latter intend to be included as well (article 5, *caput*, paragraphs I and II respectively). This protection can be extended to human rights defenders' spouses, partners, ascendants, descendants, relatives and dependents (article 3, sole paragraph).

This State Act also instituted a *State Coordination for the Protection of Human Rights Defenders in Espírito Santo* (article 11), which is formed by a representative from the State Legal Aid Office (DPE), State Secretary of Justice (SEJUS), Secretary of Public Security and Social Defence (SESP), State Judiciary Power (TJES), State Prosecutor Office (MPES), State Legislative Power (ALES), Brazilian Bar Association/Espírito Santo (OAB/ES), State Human Rights Council (CEDH),

<sup>67</sup> Available at Governo do Espírito Santo <[http://www.al.es.gov.br/antigo\\_portal\\_ales/images/leis/html/LO8233.html](http://www.al.es.gov.br/antigo_portal_ales/images/leis/html/LO8233.html)>. Accessed 22 April 2016.

<sup>68</sup> Available at Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo <[http://www.al.es.gov.br/antigo\\_portal\\_ales/images/leis/html/LO8233.html](http://www.al.es.gov.br/antigo_portal_ales/images/leis/html/LO8233.html)>. Accessed 22 April 2016.

and the National Movement of Human Rights (MNDH) (article 11, *caput*, paragraphs I to IX respectively and article 11, sole paragraph). This *State Coordination* handles the management of the PPDDH-ES, and defines the policies for the protection of human rights defenders in Espírito Santo (article 12, *caput*, paragraphs I and II respectively). This State Coordination also assesses applications for inclusion in the PPDDH-ES. Before authorizing the inclusion of applicants, it must consider the gravity of the risk to life or physical integrity of the applicant, the difficulty of preventing or repressing the facts or risky situation via conventional channels, the relevance of the activities developed by the human rights defender in state and federal contexts, the compatibility of personality and/or of conduct of the applicant, in relation to the behavioural restrictions demanded by the PPDDH-ES, and the availability of human, technical, and/or operational resources that make possible the realization of effective protection for the person(s) to be included in the PPDDH-ES (article 6, *caput*, paragraphs I to VI respectively). Once included in the PPDDH-ES, human rights defenders under protection must always provide data regarding their agenda in advance so that their protectors can evaluate the risk of the mission and verify the convenience or not of the keeping of their scheduled commitments, on security grounds; respond to the recommendations by their protectors in matters related to their protection, renouncing the protection and protectors formally in case of disagreements, assuming voluntarily the risks to which they are submitted; and communicate to their protectors the occurrence of whatever uncommon or potentially dangerous fact or situation (article 7, *caput*, paragraphs I to III respectively). The inclusion in the PPDDH-ES covers specialized protection, psychological support and social assistance (article 8). The exclusion from the PPDDH-ES might occur by the request of human rights defenders themselves or their legal representative in the case of minors, when the motives that originated the inclusion had ceased, and by the protected human rights defenders' incompatible conduct with norms, restrictions and recommendations of the PPDDH-ES (article 9, *caput*, paragraphs I to III respectively).

To fully execute the activities of the PPDDH-ES, Espírito Santo State may sign *convênio administrativo*, accords, adjustments, *termos de parceria* (terms of partnership), or other instruments with the Union, other States, Distrito Federal, Municipalities, NGOs, and International Organisms (article 10). Espírito Santo State Act 8.233 provides for the possibility of human rights defenders to be transferred to the *Program for the Protection of Threatened Witnesses and Victims* (PROVITA), as long as they are at risk and became a threatened witness (article 13). Finally, Espírito Santo State Act 8.233 determines the creation of a database to gather information on threatened human rights defenders, which will be ma-

naged only by PPDDH-ES' members (article 14, *caput*, and article 14, sole paragraph).

## 5.2 BAHIA STATE DECREE 12.003, OF 10 MARCH 2010<sup>69</sup>

This State Decree created a *State Commission* for the State of Bahia's *Programme for the Protection of Human Rights Defenders* (PPDDH-BA) under the *Secretary of Justice, Citizenship and Human Rights of the State of Bahia*. Note that it did not institute the PPDDH-BA, but only a state commission for it (article 1). This means there is still no specific primary or secondary legislation regulating the PPDDH-BA.

The PPDDH-BA's *State Commission* is composed by two representatives (holder and alternate) from Secretary of Justice, Citizenship and Human Rights; Secretary of Public Security, civil society organization that executes the PPDDH-BA; State Prosecutor Office; State Tribunal of Justice; Brazilian Bar Association, Bahia Office (OAB-BA); and State Legal Office (article 3, paragraphs I to III and § 1, paragraphs I to IV). With this composition, the PPDDH-BA's *State Commission* receives communications of violations of the rights of human rights defenders; assesses the appropriateness of the case to the PPDDH-BA; justifies the inclusion of threatened human rights defenders in the PPDDH-BA and defines what protection measures are necessary; and engages with the PPDDH-BA and police forces the provisory, immediate, injunctive and investigative protection to the threatened human rights defenders (article 2, paragraphs I to V). Decisions occur by absolute majority and participation is voluntary and considered of relevant public interest (article 3 §§ 2 and 3).

Human rights defender themselves, police officers, prosecutors, or judges as well as representatives of public or private entities that work on the defence of human rights can require the inclusion of threatened human rights defenders to the PPDDH-BA (article 4, lines I to III). The requests must contain a detailed written report of the threats with proof, if possible, and the *Termo de Compromisso* (Commitment Term) signed by the human rights defender or their family and dependents (article 5, paragraphs I and II).

Before authorizing inclusion of applicants in the PPDDH-BA, the created *State Commission* must consider the gravity of the risk; the difficult to prevent or repress the threat; the relevance of the work done by the human rights defenders at the local, state and national contexts; the adequacy and commitment of the

---

<sup>69</sup> Available at Governo do Estado da Bahia <<http://www.legislabahia.ba.gov.br/>>. Accessed 18 May 2016.

applicant to the rules of the PPDDH-BA; and the existence of human, technical and/or operational resources necessary for the conduction of an effective protection to the person to be included (article 6, paragraphs I to V).

Finally, the PPDDH-BA's *State Commission* must engage with the competent bodies and the human rights NGO that executes the PPDDH-BA in order to articulate protection measures – such as police protection, safe and adequate transport, tackling of the threats, secrecy of identity, image and personal data, psychological and legal support as well as social assistance – to the benefit of the included human rights defender (article 7, paragraphs I to V).

### 5.3 CEARÁ STATE DECREE 31.059, OF 22 NOVEMBER 2012<sup>70</sup>

This State Decree instituted the *Programme for the Protection of Human Rights Defenders of the State of Ceará* (PPDDH-CE) and also the *State Coordination* for the PPDDH-CE, bearing in mind the dispositions contained in Presidential Decree 6.044/2007 (articles 1 and 5 respectively). Considering a human rights defender to be a person, group or human rights NGOs that work on the promotion and defence of human rights (article 3, lines I and II), the PPDDH-CE's main objective is to protect threatened and/or vulnerable human rights defenders and, by doing so, guarantee that they continue their work on the defence of human rights (articles 2 and 4). Protection measures could be extended to the human rights defenders' family and dependents and consider the gravity of threats and the difficulty to suppress them (article 2, §§ 1 and 2; article 15, paragraphs I to XIV, §§ 1 to 6).

The PPDDH-CE's *State Coordination* is composed by two representatives (holder and alternate) from the Secretary of Justice and Citizenship; Secretary of Public Security and Social Defence; Special Coordination of Human Rights Public Policies; the Human Rights NGO that executes the PPDDH-CE; and two representatives from civil society organizations that work on human rights in Ceará (article 5, paragraphs I to V). It also has a General Coordinator, elected by absolute majority among its members, for a two-years term, alternating between representatives from civil society and state (article 6). Other federal and state authorities – such as State Legal Aid Office; State Prosecution Office; State Judiciary Power; General Controllershship of Discipline of the Security Bodies Penitentiary System; State House of Representatives' Human Rights and Citizenship Commission; Federal Prosecution Office; and Secretary of Labour and Social Security –

<sup>70</sup> Available at SEJUS-CE <<http://www.sejus.ce.gov.br/index.php/cidadania/40/1518>>. Accessed 18 May 2016.

could be invited to participate in PPDDH-CE's *State Coordination's* meeting, but it is not clear whether they have the right to vote on matters discussed there (article 7, paragraphs I to VII). In addition, meetings are not open to the public in general, with only PPDDH-CE's *State Coordination's* members and invited guests being able to attend (article 8, §§ 1 and 2).

In any case, PPDDH-CE's *State Coordination's* attributions involve deliberating on the implementation of the state public policy for the protection of human rights defenders; monitoring the cases of violence against human rights defenders; deliberate on the inclusion, permanence and exclusion of human rights defenders in the PPDDH-CE; defining what protection measures are appropriate for each case at analysis; demanding other state bodies take action to assure their protection and continuation of the human rights defenders' activities; engaging politically with GOs and NGOs seeking the protection of threatened human rights defenders; requesting from public bodies the information necessary to protect human rights defenders efficiently; working on the full implementation and resourcing of the PPDDH-CE; creating and maintaining a confidential database regarding human rights defenders in Ceará; and elaborating periodical reports on the situation of human rights defenders in Ceará (article 9, paragraphs I to XI, sole paragraph; article 11, paragraphs I to IV; article 12, paragraphs I to III; article 13, paragraphs I to V; article 14, paragraphs I and II). In the conduction of these tasks, the PPDDH-CE's *State Coordination* counts on the support of Ceará's Secretary of Justice and Citizenship and Secretary of Public Security and Social Defence (articles 10 and 16). Finally, the State of Ceará could sign accords, terms of partnership, *convênios administrativos*, and other legal instruments with Union, other States, Federal District, municipalities, NGOs, and/or international organisms in order to guarantee the full execution of the PPDDH-CE (article 17).

#### 5.4 PERNAMBUCO STATE ACT 14.912, OF 27 DECEMBER 2012<sup>71</sup>

This State Act created the *Programme for the Protection of Human Rights Defenders of the State of Pernambuco* (PPDDH-PE) to protect persons and entities that have their rights threatened as a result of their work on the promotion and defence of human rights in Pernambuco (article 1). In fact, considering a human rights defender to be a physical or juridical person(s) that work on the promotion and defence of human rights and universal liberties, the PPDDH-PE's main objective is to guarantee the continuity of the work of threatened and/or vulnerable human rights defenders (article 2, §§ 1 and 2; article 15). Note that

<sup>71</sup> Available at Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco <<http://legis.alepe.pe.gov.br/>>. Accessed 18 May 2016.

protection measures could be extended to human rights defenders' family and dependents and consider the gravity of threats and the difficulty to suppress them (article 7, §§ 1 and 2).

Through its activities, the PPDDH-PE must comply with a series of principles as well as general and specific guidelines as contained in Presidential Decree 6.044/2007 and received by Pernambuco State Act 14.912/2012 (article 3, paragraphs I to VII; article 4, paragraphs I to X; article 5, paragraphs I to V; article 6, paragraphs I to III; article 7, paragraphs I to VII).

The final decision-making body of the PPDDH-PE is its *State Deliberative Council*, composed by Executive Secretary of Justice and Human Rights (who is its president); one representative of the State Legal Aid Office; three representatives from the Secretary of Social Defence, being one from the Military Police, one from the Civil Policy, and one from the Ombudsman; one representative from the Federal Police; Highway Federal Policy; State Judiciary Power; State Prosecutor Office; State Legislative Power; two representatives from civil society, with a current mandate in the State Human Rights Council; and one representative from each class council of professional categories that compose the Technical Advisory Body of the Presidency of the PPDDH-PE's *State Deliberative Council* (article 10, paragraphs I to X). The PPDDH-PE's *State Deliberative Council* is responsible to deliberate on the implementation of the state public policy for the protection of human rights defenders as well as on the requests of inclusion and exclusion in/from the PPDDH-PE; define what the appropriate protection measures are for each case; determine the limit of financial aid according to pertinent laws; decide on appeals against decisions by the PPDDH-PE's Executive Coordination in matters related to article 11; work on the implementation and resourcing of the PPDDH-PE; seek for partnerships to improve the PPDDH-PE; and demand the adoption of measures by the State Power that assure the protection of human rights defenders (article 9, paragraphs I to X). The simple majority of members decide matters in the PPDDH-PE's *State Deliberative Council* (article 9, sole paragraph; articles 14, 16 to 19, 21).

In the conduction of its activities, the President of the PPDDH-PE's *State Deliberative Council* counts on the support of an *Executive Coordination*, which is integrated by one *Executive Coordinator* as well as a *Technical Advisory Body* that is formed by a multidisciplinary team with four public servants with university degrees and two ones with high school degrees (articles 11, 12, 13 and 23).

An interesting innovation is that the PPDDH-PE can adopt measures such as seminars, conferences, etc. to capacitate human rights defenders to conduct self-protection (article 20). Another innovation is that there is specific funding

for the functioning of the PPDDH-PE, which will be annually included in the Multi-Annual Plan and the Annual Budgetary Law, under the budgetary competence of the Secretary of Social Development and Human Rights, which is responsible for the PPDDH-PE's execution (article 22).

Finally, Pernambuco State could sign *convênios administrativos* with the Union, other States, Federal District, municipalities, or international and national NGOs to guarantee the PPDDH-PE's implementation (article 22, sole paragraph).

### 5.5 MINAS GERAIS STATE ACT 21.164, OF 17 JANUARY 2014<sup>72</sup>

This State Act instituted the *Programme for the Protection of Human Rights Defenders of the State of Minas Gerais* (PPDDH-MG) to protect physical or juridical persons, groups, institutions, organisations and social movements that have their rights violated or threatened as a result of their work for the respect, recognition, protection, promotion or enjoyment of human rights (articles 1, 2, 3 and 4). Protection measures could be extended to human rights defenders' family and dependents according to each case (article 4, sole paragraph).

In the pursuit of its objectives, the PPDDH-MG must comply with principles and general and specific guidelines as stated in Presidential Decree 6.044/2007 (article 5, paragraphs I to VII; article 6, paragraphs I to XXVI).

The final decision is made by PPDDH-MG's *Deliberative Council*, which has parity of composition vis-à-vis members that come from civil society and state; with members from the latter being permanently, among others, the Federal and State Legal Aid Offices; Federal and State Prosecution Offices; Civil Police; Military Police; and Federal Police (article 8). The PPDDH-MG's *Deliberative Council* is responsible to deliberate on the requests of inclusion and exclusion in/from the PPDDH-MG; define what the appropriate protection measures are for each case, having the final word on the concession of financial aid; decide on appeals against decisions by the PPDDH-MG's Coordinator; work on the implementation and resourcing of the PPDDH-MG; sign terms of partnerships to improve the PPDDH-MG; demand the adoption of measures by other state bodies that assure the continuation of the work done by human rights defenders; demand the adoption of juridical and administrative measures by the competent state bodies that are necessary for the protection of human rights defenders (article 7, paragraphs I to VII; articles 9 to 11). In the conduction of its activities, the PPDDH-PE counts on the support of state police bodies (article 13).

<sup>72</sup> Available at Diário Oficial de Minas Gerais <<http://jornal.iof.mg.gov.br/xmlui/handle/123456789/111729>>. Accessed 18 May 2016.

An interesting innovation is that there is specific budget allocation for the functioning of the PPDDH-MG (article 15). Finally, further matters related to the composition, decision-making, competences, and functioning of the PPDDH-MG, its *Technical Team* and *Deliberative Council* will be object of regulation by the State of Minas Gerais (article 14).<sup>73</sup>

Summing up, the instruments that have directly guided the legal functioning of the PPDDH at federal and state levels are depicted in *Table 1*.

**Table 1 - Legal Framework for the Functioning of the PPDDH at Federal and State Levels**

Protection Programmes	Specific Legal Framework	General Framework
PPDDH-Federal	Presidential Decree 8.724, of 27 April 2016	1988 Brazilian Constitution; Administrative Law; Resolution 14/2004; Presidential Decree 6.044/2007; Presidential Decree 8.724/2016.
PPDDH-Bahia	State Decree 12.003, of 10 March 2010	1988 Brazilian Constitution; Administrative Law; Resolution 14/2004; Presidential Decree 6.044/2007; Presidential Decree 8.724/2016.
PPDDH-Ceará	State Decree 31.059, of 22 November 2012	1988 Brazilian Constitution; Administrative Law; Resolution 14/2004; Presidential Decree 6.044/2007; Presidential Decree 8.724/2016.
PPDDH-Espírito Santo	State Act 8.233, of 21 December 2005	1988 Brazilian Constitution; Administrative Law; Resolution 14/2004; Presidential Decree 6.044/2007; Presidential Decree 8.724/2016.
PPDDH-Minas Gerais	State Act 21.164, of 17 January 2014	1988 Brazilian Constitution; Administrative Law; Resolution 14/2004; Presidential Decree 6.044/2007; Presidential Decree 8.724/2016.
PPDDH-Pará <sup>74</sup>	NONE	1988 Brazilian Constitution; Administrative Law; Resolution 14/2004; Presidential Decree 6.044/2007; Presidential Decree 8.724/2016.
PPDDH-Pernambuco	State Act 14.912, of 27 December 2012	1988 Brazilian Constitution; Administrative Law; Resolution 14/2004; Presidential Decree 6.044/2007; Presidential Decree 8.724/2016.
PPDDH-Rio de Janeiro <sup>75</sup>	NONE	1988 Brazilian Constitution; Administrative Law; Resolution 14/2004; Presidential Decree 6.044/2007; Presidential Decree 8.724/2016.

<sup>73</sup> This regulation would be in the form of a state decree, but it has not been published yet.

<sup>74</sup> The PPDDH-Pará worked from 2005 to 2012 via the realization of convênios administrativos (as, for instance, Convênio n° 051/2008-CGPDDH/SEDH/PR) between Brazil's HR Secretariat and Legal Aid Office of the State of Pará (DP-PA). There has never been any specific state legislation to regulate the PPDDH-PA's functioning. Available at Defensoria Publica do Estado do Pará <[http://www.defensoria.pa.gov.br/conteudos.php?area=direitos\\_humanos](http://www.defensoria.pa.gov.br/conteudos.php?area=direitos_humanos)>. Accessed 18 May 2016.

<sup>75</sup> The PPDDH-Rio de Janeiro had been implemented via the realization of a convênio administrativo (Convênio n° 009/2009) between Brazil's HR Secretariat and Secretary of Social Assistance and Human Rights of the State of Rio de Janeiro. According to informal talks I had with members of the PPDDH at Caritas Brasil, Brasília/DF, in September 2015, the PPDDH-RJ functioned until 2011. Nonetheless, there have been talks between Brazil's HR Secretariat and the State of Rio de Janeiro to re-activate the PPDDH-RJ. In any case, there is still no specific state legislation to regulate the PPDDH-RJ's legal functioning. Available at SEASDH-RJ <<http://www.rj.gov.br/web/seasdh>>. Accessed 18 May 2016.

Protection Programmes	Specific Legal Framework	General Framework
PPDDH -Rio Grande do Sul <sup>76</sup>	NONE	1988 Brazilian Constitution; Administrative Law; Resolution 14/2004; Presidential Decree 6.044/2007; Presidential Decree 8.724/2016.

On the whole, the Presidential Decree 6.044/2007 is the sole instrument referring to the *National Policy for the Protection of Human Rights Defenders* (PNPDDH), of which the *Brazilian Programme for the Protection of Human Rights Defenders* (PPDDH) is part in Brazil's current legal system. There is no specific primary legislation to regulate the PPDDH's activities at federal level, only the Presidential Decree 8.724, of 27 April 2016, which is secondary legislation. Notwithstanding the existing state legislations, the absence of primary legislation to regulate the functioning of the PPDDH at federal level strengthens demands from organised civil society for a specific legal framework to regulate the protection of human rights defenders nationwide. The lack of primary legislation for the protection of human rights defenders is a problem for organised civil society. For that reason, organised civil society keeps pushing for it. As the creation of the PPDDH itself has demonstrated (TERTO NETO, 2016), pressures exerted by organised civil society in articulation with transnational advocacy networks (TAN) might be a positive strategy to force the Congress to finally pass into law the Bill 4.575/2009.<sup>77</sup>

## CONCLUSION

This paper outlined the legal framework for the protection of human rights defenders (TERTO NETO, 2016).<sup>78</sup> It analysed the protection of human rights defenders according to Brazilian constitutional and infra-constitutional (statutory and ordinary) law. It considered that the above studied legal framework regulates the state protection provided by the PPDDH. It did so by describing the Brazilian legal framework for the protection of human rights defenders at federal and state levels. It is important to keep in mind that the Brazilian framework for the protection of human rights and human rights defenders relates to Brazil's human rights

<sup>76</sup> The PPDDH-Rio Grande do Sul has been implemented via the realization of a convênio administrativo (Convênio nº 021/2011) between Brazil's HR Secretariat and Secretary of Justice and Human Rights of the State of Rio Grande do Sul. There is not yet any specific state legislation to regulate the PPDDH-RS' legal functioning. Available at SJDH-RS. <<http://www.sjdh.rs.gov.br/?model=conteudo&menu=1&id=1919&pg>>. Accessed 22 April 2016.

<sup>77</sup> Available at Câmara dos Deputados <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichade tramitacao?idProposicao=422693>>. Accessed 10 May 2016.

<sup>78</sup> See also RISSE; ROPP; SIKKINK (1999, 2013).

obligations brought up with the ratification of the majority of international and inter-American human rights instruments. Therefore, it can be argued Brazil's framework for the protection of human rights defenders is in formal agreement with international and inter-American human rights law. *Table 2* depicts it below.

**Table 2** – Overview of the International, Inter-American, and Brazilian Legal Frameworks for the Protection of Human Rights Defenders with influences/effects in Brazil.

International Legal Framework <sup>79</sup>		Regional Legal Framework <sup>80</sup>		Brazilian Legal Framework	
Biding	Non-Binding	Biding	Non-Binding	Federal <sup>81</sup>	State
<ul style="list-style-type: none"> <li>- CPPCG (ratified/1952).</li> <li>- CERD (ratified/1968).</li> <li>- CEDAW (ratified/1984).</li> <li>- CAT (ratified/1989).</li> <li>- CRC (ratified/1990).</li> <li>- ICCPR (acceded/1992).</li> <li>- ICESCR (acceded/1992).</li> <li>- CEDAW-OPT (ratified/2002).</li> <li>- CRC-OPT-AC (ratified/2004).</li> <li>- CRC-OPT-SC (ratified/2004).</li> <li>- CAT-OPT (ratified/2007).</li> <li>- CRPD (ratified/2008).</li> <li>- ICRPD-OPT (ratified/2008).</li> <li>- ICCPR-OPT1 (ratified/2009).</li> <li>- ICCPR-OPT2 (ratified/2009).</li> <li>- CED (ratified/2010).</li> <li>- Convention relating to the Status of Refugees (Refugee Convention).</li> <li>- Convention nº 87 on the Freedom of Association and Protection of the Right to Organize of the International Labour Organization, 1948 (Co87).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>-Universal Declaration of Human Rights.</li> <li>-UN Declaration on Human Rights Defenders (A/RES/53/144, March 8<sup>th</sup>, 1999).</li> <li>-Declaration on the Elimination of all Forms of Intolerance and of Discrimination based on Religion or Belief.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>-ICGCRW (ratified/1952).</li> <li>-ICGPRW (ratified/1950).</li> <li>-ICPPT (ratified/1989).</li> <li>-ACHR (acceded/1992).</li> <li>-ICPPEVAW (ratified/1995).</li> <li>-AP-ACHR-ESCR (acceded/1996).</li> <li>-OP-ACHR-ADP (ratified/1996).</li> <li>-IACFDP (ratified/2013).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>OAS Resolutions on Human Rights Defenders, such as:</li> <li>1. AG/RES. 1671 (XXIX-0/99, June 7<sup>th</sup>, 1999).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>-1988 Constitution.</li> <li>-Administrative Law.</li> <li>-Resolution 14/2004.</li> <li>-Presidential Decree 6.044/ 2007.</li> <li>-Presidential Decree 8.724/2016.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>-Bahia State Constitution.</li> <li>-Bahia State Decree 12.003/2010.</li> <li>-Ceara State Constitution.</li> <li>-Ceara State Decree 31.059/2012.</li> <li>-Espírito Santo State Constitution.</li> <li>-Espírito Santo State Act 8.233/2005.</li> <li>-Minas Gerais State Constitution.</li> <li>-Minas Gerais State Law 21.164/2014.</li> <li>-Para State Constitution.</li> <li>-Pernambuco State Constitution.</li> <li>-Pernambuco State Law 14.912/2012.</li> <li>-Rio de Janeiro State Constitution.</li> <li>-Rio Grande do Sul State Constitution.</li> </ul>

<sup>79</sup> Available at UN OHCHR <<http://www.ohchr.org/EN/countries/LACRegion/Pages/BRIndex.aspx>>. Accessed 9 May 2016.

<sup>80</sup> Available at OAS <[http://www.oas.org/dil/treaties\\_signatories\\_ratifications\\_member\\_states\\_brazil.htm](http://www.oas.org/dil/treaties_signatories_ratifications_member_states_brazil.htm)>. Accessed 9 May 2016.

<sup>81</sup> Available at STF <<http://www.stf.jus.br/>>. Accessed 9 May 2016.

*Table 2* shows that there is only soft law specifically regulating the protection of human rights defenders globally. Despite the lack of a specific (international or regional) human rights treaty (hard law) for the protection of human rights defenders, the existing international and inter-American human rights treaties can and should be used for the protection of human rights defenders and their work. Once ratified by States and incorporated into their respective domestic legal systems, these human rights instruments provide the legal ground to demand that States fulfil their negative and positive obligations towards human rights and human rights defenders. These responsibilities and obligations contained in those aforesaid human rights instruments apply to the Brazilian State, for it has ratified the majority of those instruments and, thus, is committed to international human rights law.

In addition, the 1998 UNDHRD, solely applied, might not be strong enough – once it is soft law (non-binding), not hard law (binding) – to demand that Brazil take concrete measures to protect human rights defenders. As Brazil's case has demonstrated, it was only due to pressures exerted by (national and transnational) civil society organizations and transnational advocacy networks that the Brazilian government created the PPDDH back in 2004 (TERTO NETO, 2016). Legal obligations *per se* did not force the government to create that protection programme. In the absence of hard law, soft law might be useful to demand human rights change politically.

Soft law can and should be turned into a reference point from which transnational and domestic human rights advocacy networks and human rights defenders themselves can exert pressure on States and bring about human rights change. As the creation of the PPDDH demonstrates, sometimes soft law might be able to influence policy change domestically (TERTO NETO, 2016). Although soft law is non-binding, it might provide principles and guidance for social movements (transnational and national advocacy networks) and UN and Inter-American bodies in order for them to exert pressure on national states and bring about policy change. These political articulations might have an impact at domestic level. It seems to be the case with Brazil, which created the PPDDH due to internal and international pressures (TERTO NETO, 2016). These were based on a human rights discourse on the grounds of the *1998 UN Declaration on Human Rights Defenders* (TERTO NETO, 2016). This is not to say, however, that there is no need for specific hard law to regulate the protection of human rights defenders. A specific international human rights instrument could contribute even more to the protection of human rights defenders. The same logic applies to organised civil socie-

ty's demands that the Congress pass into primary legislation Bill 4.575/2009<sup>82</sup> to regulate the protection of human rights defenders nationally.

Brazil's human rights obligations stipulate that each and everyone under Brazil's jurisdiction must be protected, particularly human rights defenders who carry out the fight for democracy, human rights and social justice. In theory, Brazil's current legal framework formally guarantees that the Brazilian State take action as to not only protect human rights, but also human rights defenders and their work. This is so due to the fact that Brazil has ratified the majority of international and regional human rights instruments, which were incorporated into Brazil's legal system according to the 1988 Constitution. International human rights law has thus been internalised into Brazil's legal system according to constitutional law. This means Brazil is, therefore, committed to international human rights law.<sup>83</sup> It also means the problems in Brazil regarding human rights violations and state and non-state violence against human rights defenders seem to be ones of compliance,<sup>84</sup> not of commitment to international human rights law.

<sup>82</sup> Available at Câmara dos Deputados <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichade tramitacao?idProposicao=422693>>. Accessed 22 April 2016.

<sup>83</sup> "By 'commitment', we mean that *actors accept international human rights as valid and binding for themselves*" (RISSE; ROPP; SIKKINK, 2013, p.9).

<sup>84</sup> "'Compliance' is defined as *sustained behaviour and domestic practices that conform to the international human rights norms, or what we called 'rule-consistent behaviour'* in the original spiral model" (RISSE; ROPP; SIKKINK, 2013, p.10).

## REFERENCES

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros, 2004.
- BUENO, Eduardo. *Brasil: Uma História - Cinco Séculos de Um País em Construção*. Leya, 2010.
- CAMPOS, Raymundo Carlos Bandeira. *Estudos de História: moderna e contemporânea*. Atual, 1988.
- DAGNINO, Evelina. An Alternative World Order and the Meaning of Democracy. In: BRECHER, Jeremy; CHILDS, John Brown; CUTLER, Jill. *Global Visions: Beyond the New World Order*. South End Press, 1993.
- \_\_\_\_\_. Cultura, Cidadania e Democracia: a transformação dos discursos e práticas na esquerda latino-americana. In: ALVAREZ, Sônia E. et al. *Cultura e Política nos Movimentos Sociais Latino-Americanos: novas leituras*. UFMG, 2000.
- \_\_\_\_\_. Meanings of Citizenship in Latin America. *IDS Working Paper*, 258, p.1-27, 2005.

\_\_\_\_\_.Citizenship: a perverse confluence. *Development in Practice*, Vol. 17, N. 4/5, p.549-556, 2007.

\_\_\_\_\_.Dimensions of Citizenship in Contemporary Brazil. *Fordham Law Review*, Vol 75, Issue 5, p.2469-2482, 2007.

\_\_\_\_\_. Conceptualizing culture: a perspective from the South. *Cultural Processes Newsletter of the Research Network Sociology of Culture, European Sociological Association*, vol 1, p.18-23, aug. 2008.

\_\_\_\_\_. Civil society in Latin America: Participatory citizens or service providers? In: MOKSNES, Heidi; MELIN, Mia. *Power to the People: (Con-)Tested Civil Society in Search of Democracy*. UPPSALA Universitet, 2010.

\_\_\_\_\_. Civil Society in Latin America. In: EDWARDS, M..*Oxford Handbook on Civil Society*. Oxford University Press, 2011.

\_\_\_\_\_; OLVERA, Alberto J.; PANFICHI, Aldo. *A Disputa pela Construção Democrática na América Latina*. Paz e Terra, 2006.

DAGNINO, Evelina; TEIXEIRA, Ana Claudia Chaves. The Participation of Civil Society in Lula's Government. *Journal of Politics in Latin America*, 6, 3, p.39-66, 2014.

DAI, Xinyuan. The "compliance gap" and the efficacy of international human rights institutions. In: RISSE, Thomas; ROPP, Stephen C.; SIKKINK; Kathryn. *The Persistent Power of Human Rights: From Commitment to Compliance*. Cambridge University Press, 2013.

DAVIS, Diane E.; PEREIRA, Anthony W. *Irregular Armed Forces and their Role in Politics and State Formation*. Cambridge University Press, 2003.

DEL PRIORE, Mary; VENÂNCIO, Renato. *Uma Breve História do Brasil*. Planeta do Brasil, 2010.

DUSSEL, Enrique. *El Encubrimiento del Otro: Hacia el origen del mito de la modernidad*. Quito: Abya Ayala, 1994.

\_\_\_\_\_.*Introducción a una filosofía de la liberación latinoamericana*. Vol. II e III. 2000.

FRONT LINE; CENTRO JUSTIÇA GLOBAL. *Na Linha de Frente: Defensores de Direitos Humanos no Brasil, 1997 – 2001*.Front Line and Centro Justiça Global, 2001.

GAIO, Carlos Eduardo et al. *Na linha de frente: defensores de direitos humanos no Brasil: 2002-2005*. Justiça Global e Terra de Direitos, 2006.

GASPARI, Elio. *ADitadura Derrotada*. Vol. 3. Companhia das Letras, 2003.

GONÇALVES, Claudia Maria da Costa. *Direitos Fundamentais Sociais: uma releitura de uma constituição dirigente*. Juruá, 2006.

HUMAN RIGHTS COMMITTEE. *Concluding Observations on Uzbekistan*, 26 April 2005, § 19, CCPR/CO/83/UZB.

\_\_\_\_\_. *Concluding Observations on Morocco*, 1 December 2004, § 18, CCPR/CO/82/MAR.

ICCPR. *General Comment No. 31: The Nature of the General Legal Obligation imposed on States Parties to the Covenant*, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, 26 May 2006, para. 6.

ISHR (INTERNATIONAL SERVICE FOR HUMAN RIGHTS). *Compilation of International and Regional Instruments for the Protection of Human Rights Defenders*. 2004. ISHR. Available at <www.ishr.ch>. Accessed 12 May 2016.

\_\_\_\_\_. *The Right to Access International Bodies*, Human Rights Defenders Briefing Papers. 2009. Available at ISHR <www.ishr.ch>. Accessed 25 January 2016.

\_\_\_\_\_. *The Right to Access Funding*, Human Rights Defenders Briefing Papers. 2009. Available at ISHR <www.ishr.ch>. Accessed 10 January 2016.

KECK, Margaret E.; SIKKINK, Kathryn. *Activists beyond Borders: advocacy networks in international politics*. Cornell University Press, 1998.

\_\_\_\_\_. Transnational advocacy networks in international and regional politics. *International Social Science Journal*, Volume 51, Issue 159, p.89-101, 1999.

KECK, Margaret E. Social Equity and Environmental Politics in Brazil: Lessons from the Rubber Tappers of Acre. *Comparative Politics*, 27, p.409-24, 1995.

LANDMAN, Todd. Holding the Line: Human Rights Defenders in the Age of Terror. *BJPIR*, Vol. 8, p.123-147, 2006.

\_\_\_\_\_. *Human Rights Volumes I and II*. SAGE, 2010.

\_\_\_\_\_. Review Article: The Political Science of Human Rights. *British Journal of Political Science*, 35, p.549-572, 2005.

\_\_\_\_\_. Holding the Line: Human Rights Defenders in the Age of Terror. *BJPIR*, Vol. 8, p.123-147, 2006.

\_\_\_\_\_; LARIZZA, Marco. Inequality and Human Rights: Who Controls What, When, and How. *International Studies Quarterly*, 53, p.715-736, 2009.

LUNA, Francisco Vidal; KLEIN, Herbert S. *Brazil since 1980*. Cambridge University Press, 2006.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. *História do Brasil: Resumo Esquemático*. LTR Editora, 2011.

MCCANN, Bryan. *The Throes of Democracy: Brazil since 1989*. Zed Books, 2008.

MEADE, Teresa A. *A Brief History of Brazil*. Facts on File, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP, 2002.

NOWAK, Manfred. *UN Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*. N.P. Engel, 2005.

OEA/Ser.L/V/II.124 h GENERAL SECRETARIAT. WASHINGTON, D.C. 2006, Doc. 5, rev. 1. 7 March 2006. Available at OAS <www.oas.org>. Accessed 25 January 2016,

OHCHR. *Commentary to the Declaration on the Rights and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognized Human Rights and Fundamental Freedoms*. July 2011.

\_\_\_\_\_. *Guiding Principles on Business and Human Rights*. Available at OH-CHR <[http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR\\_EN.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf)>. Accessed 10 January 2016.

PEREIRA, Anthony W. *Political (In)Justice: authoritarianism and the rule of law in Brazil, Chile, and Argentina*. University of Pittsburgh Press, 2005.

\_\_\_\_\_. The Dialectics of the Brazilian Military Regime's Political Trials. *Luso-Brazilian Review*, Vol. 41, N. 02, p.162-183, 2005.

\_\_\_\_\_. Explaining Judicial Reform Outcomes in New Democracies: The Importance of Authoritarian Legalism in Argentina, Brazil and Chile. *Human Rights Review*, Vol. 4, N. 3, p.3-16, 2003.

\_\_\_\_\_. Political Justice under Authoritarian Regimes in Argentina, Brazil and Chile. *Human Rights Review*, Vol 4, N. 2, p.27-47, 2003.

\_\_\_\_\_. Virtual Legality: Authoritarian Legacies and the Reform of Military Justice in Brazil, the Southern Cone, and Mexico. *Comparative Political Studies*, 34, p.555-574, 2001.

\_\_\_\_\_. "Persecution and Farce": The Origins and Transformation of Brazil's Political Trials, 1964-1979. *Latin American Research Review*, Vol. 33, N. 1, p.43-66, 1998.

QUINTANA, María Martín; FERNANDÉZ, Enrique Eguren. *Protection of human rights defenders: Best practices and lessons learned*. Protection International, 2010, Available at Protection International <<http://protectioninternational.org/>>. Accessed 23 January 2016.

\_\_\_\_\_. *Protection of human rights defenders: Best practices and lessons learned*. Protection International, 2011. Available at Protection International <<http://protectioninternational.org/>>. Accessed 10 January 2016.

RISSE, Thomas; ROPP, Stephen C.; SIKKINK, Kathryn. *The Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change*. Cambridge University Press, 1999.

\_\_\_\_\_. *The Persistent Power of Human Rights: From Commitment to Compliance*. Cambridge University Press, 2013.

RISSE, Thomas; SIKKINK, Kathryn. The Socialization of International Human Rights Norms into Domestic Practices: introduction. In: RISSE, Thomas; ROPP, Stephen C.; SIKKINK, Kathryn. *The Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change*. Cambridge University Press, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Livraria do Advogado Editora, 2005.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Livraria do Advogado Editora, 2004.

\_\_\_\_\_; FURIAN, Leonardo; FENSTERSEIFER, Tiago. A reforma (deforma?) do Judiciário e a assim designada "federalização" dos crimes contra os direitos humanos: proteção ou violação de princípios e direitos fundamentais? In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Purificação e Direitos Fundamentais*. AJURIS/Livraria do Advogado, 2006. p.49-105.

SIKKINK, Kathryn. Human Rights, Principled Issue Networks, and Sovereignty in Latin America. *International Organization*, 47 (3), p.411-441, 1993.

\_\_\_\_\_. *Mixed Signals: U.S. Human Rights Policy and Latin America*. Cornell University Press, 2004.

\_\_\_\_\_. *The Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions are Changing World Politics*. W.W. Norton & Company, 2011.

TERTO NETO, Ulisses. *Protecting Human Rights Defenders in Brazil: A Legal and Socio-Political Analysis of the Brazilian Programme for the Protection of Human Rights Defenders*. 2016. Thesis (PhD) - University of Aberdeen, 2016.

\_\_\_\_\_. *A política pública de assistência jurídica: a defensoria pública no Maranhão como reivindicação do campo democrático popular*. Juruá Editora, 2010.

UN. *Implementation of General Assembly Resolution 60/251 of 15 March 2006 Entitled "Human Rights Council"*, A/HRC/4/37/Add.2 of 19 December 2006, page 7 or paragraph 14. Available in English at: United Nations (UN) <<http://www2.ohchr.org/english/>>. Accessed 25 January 2016.

\_\_\_\_\_. *Principles Concerning Permissible Limitations or Restrictions to the Right to Freedom of Expression by the Special Rapporteur on Freedom of Opinion*. Available at UN <[www.un.org](http://www.un.org)>. Accessed 25 January 2015.



## INFLEXÕES NA POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE E PROPRIEDADE INTELECTUAL: O ACESSO AOS MEDICAMENTOS ANTIRRETROVIRAIS NO BRASIL

### *INFLECTIONS IN PUBLIC HEALTH POLICY AND INTELLECTUAL PROPERTY: ACCESS TO ANTIRETROVIRAL DRUGS IN BRAZIL*

Francisca Nayane da Silva Souza  
Mestre em Políticas Públicas e Sociedade  
pela Universidade Estadual do Ceará – UECE

**Submissão em 15.03.2015**

**Aprovação em 23.04.2016**

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v1i2.693>

**Resumo:** Este artigo aborda as relações existentes entre a política de acesso aos medicamentos antirretrovirais no Brasil e a propriedade intelectual. Observa-se que, neste caso, as posições assumidas pelo Brasil em fóruns multilaterais incidiram diretamente sobre a política pública de saúde para a AIDS, tornando-a, inclusive, referencial no mundo todo. Para uma melhor ilustração do objeto, foram examinados documentos oficiais, tais como convenções, acordos, tratados e protocolos, juridicamente conhecidos como Atos Internacionais. Diante do exposto, conclui-se que existe uma clara contradição entre a lógica do mercado e o humanitarismo, na medida em que a propriedade intelectual de medicamentos antirretrovirais, essencial à vida dos portadores de AIDS, passa a ser regida por um organismo multilateral de comércio internacional.

**Palavras-Chave:** Propriedade Intelectual; Política Pública de Saúde; AIDS; Brasil.

**Abstract:** This paper addresses the relationship between the policy of access to antiretroviral drugs in Brazil and intellectual property. It is observed that in this case, the positions taken by Brazil in multilateral forums were directly levied on public health policy for AIDS, making it a reference worldwide. For a better illustration of the object, official documents such as conventions, agreements, treaties and protocols, legally known as International Acts. Given the above, it is concluded that there is a clear contradiction between the logic of the

marketandhumanitarianism, to the extent thatthe intellectual property ofantiretroviral drugs, essential to the life of patients withAIDS, is now governed by a multilateral organizationoftra-deinternational.

**Keywords:** Intellectual Property; Public Health Policy; AIDS; Brazil.

**Sumário:** 1.Introdução; 2. Histórico do HIV/AIDS e Acesso aos Antirretrovirais; 3. Propriedade Intelectual: Comércio Mundial e Saúde Pública; 4. Acordo TRIPS/ADPIC e Saúde Pública: Flexibilizações e Limitações para o Acesso aos ARVS; Conclusão; Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) é uma doença que ataca o sistema imunológico humano e é transmitida, principalmente, por meio do contato com sangue ou fluídos contaminados,através de relações sexuais sem proteção, de transfusão de sangue e, de mãe para filho durante a amamentação. A doença surgiu, ainda no fim da década de 1970, no Haiti, nos EUA e na África Central, e era associada, sobretudo, aos homossexuais, hemofílicos, heroinômanos (usuários de heroína injetável) e *hookers* (nome em inglês dado aos profissionais do sexo).

Quando o HIV/AIDS se tornou um problema de saúde pública, no início da década de 1980, o Brasil teve que criar uma estrutura capaz de dar assistência aos pacientes portadores do vírus. O Programa Brasileiro de DST/AIDS sempre possuiu alguns problemas desde sua existência, porém atualmente carece da falta de alguns medicamentos para tratar doenças causadas pelos antirretrovirais<sup>1</sup>, além da falta de leitos, médicos especialistas e exames para os pacientes. Pode-se apontar como agravante desta situação uma diminuição do diálogo entre governo e ONGs que, nas décadas de 1980 e 1990, inicio da epidemia da doença, foi tão crucial no fomento do tratamento da doença no país.

Apesar de tantos problemas, o Programa Brasileiro de DST/AIDS é considerado modelo no mundo todo. Entre os anos de 2003 e 2005, o modelo brasileiro foi agraciado com prêmios da Fundação Bill Gates e Melinda Gates, da Organização Mundial da Saúde e da UNAIDS, fato que trouxe ainda mais reconhecimento ao programa. O principal fator que contribui para essa situação é a obrigação constitucional, na qual o Estado está incumbido de garantir o tratamento gratuito aos portadores do vírus HIV/AIDS.

---

<sup>1</sup> Dentre elas pode-se citar a diabetes, o deslocamento de gordura no corpo e rosto, falta de sensibilidade nas pernas dentre outros problemas decorrentes do uso de medicamentos antirretrovirais.

Uma série de lutas travadas entre os vários “atores” ou, como diria Alexander Wendt, “agentes” (WENDT, 1992) foi importante para o pleno desenvolvimento do tratamento da doença no Brasil. Fatores como a política doméstica e internacional também devem ser observados, pois são importantes para o desenvolvimento do programa que desde seu início sofreu intensa influência externa, advinda principalmente do governo estadunidense que pressionou o Brasil em diversas situações, temendo prejudicar sua indústria farmacêutica caso suas patentes fossem quebradas.

Assim, percebe-se que mesmo sendo uma política pública de saúde, elaborada pelo Estado para a sua população, o Programa Brasileiro de DST/AIDS, principal forma de enfrentamento da epidemia de HIV/AIDS, é fortemente influenciado pela política internacional. Nações, políticos, indústria farmacêutica e a população soropositiva são os principais envolvidos neste campo de disputas cujos principais dilemas estão em conciliar o fator livre comércio com o respeito aos direitos humanos.

## **2. HISTÓRICO DO HIV/AIDS E ACESSO AOS ANTIRRETROVIRAIS**

O primeiro caso registrado no Brasil de HIV/AIDS surgiu, em 1982, na cidade de São Paulo. No ano seguinte foi criado o primeiro programa de HIV/AIDS no país com quatro objetivos básicos: vigilância epidemiológica, esclarecimento à população para evitar o pânico e discriminação dos grupos considerados vulneráveis na época, garantia de atendimento aos casos verificados e orientação aos profissionais de saúde. Inicialmente, a Divisão de Hanseníase e Dermatologia Sanitária, órgão do Instituto de Saúde da SES/SP, sediou o Programa e a organização do que seria, posteriormente, o serviço de referência. O Instituto de Infectologia Emílio Ribas (IIER) e o Instituto Adolfo Lutz (IAL) foram designados, respectivamente, como retaguardas hospitalar e laboratorial.<sup>2</sup>

Paralelo a estas iniciativas, um grupo gay de São Paulo, intitulado “Outra Coisa”, realizou, em 1983, um dos trabalhos comunitários pioneiros mediante a distribuição de folhetos contendo informações sobre a doença, além de formas de prevenção. Ainda no mesmo período, também na cidade de São Paulo, a travesti Brenda Lee criou o pensionato “Palácio das Princesas”, que abrigava traves-

<sup>2</sup> Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.saude.sp.gov.br/centro-de-referencia-e-treinamento-dstaidsp/sobre-crt/sobre-o-programa-estadual-dstaidsp>> Acessado em: 02/02/2014.

tis soropositivos, sendo a primeira casa de apoio para pacientes infectados com o vírus HIV/AIDS<sup>3</sup>.

No começo da epidemia no país, as formas de enfrentamento não vieram do governo federal, e sim, da própria população, indicando que a implementação da política de acesso universal aos medicamentos antirretrovirais (ARV) esteve inserida em um contexto histórico favorável devido ao processo de redemocratização do Brasil (CHAVES et alie 2008. p. 172)

Entre os anos de 1985 e 1986 surgiram as primeiras organizações não governamentais (ONGs) voltadas para o combate da epidemia: Grupo de Apoio à Prevenção da AIDS (GAPA), em São Paulo, e a Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS (ABIA), no Rio de Janeiro. Assim, foram desenvolvidas várias campanhas de prevenção e iniciativas de luta contra a discriminação e o preconceito, além de se observar um aumento na busca por tratamento.

Em 1985, foi criado um programa em âmbito nacional instituído pela portaria nº 236, de 02 de maio de 1985, ligado à Divisão Nacional de Dermatologia Sanitária da Secretaria Nacional de Programas Especiais de Saúde. Conhecido hoje como Departamento de DST, AIDS e Hepatites Virais, tinha, naquele momento, como principais objetivos a “redução da transmissão do HIV/AIDS e a melhoria da qualidade de vida dos infectados”. Atualmente, é responsável por formular e fomentar políticas públicas de DST, HIV/AIDS e hepatites virais de forma ética, eficiente e participativa, fundamentada na Declaração dos Direitos Humanos.

Somente em 1988, com a promulgação da Constituição, a saúde pública ficou sendo dever do Estado. Segundo o art. 196 da Constituição Federal “saúde é direito de todo cidadão e dever do Estado”. Assim, cabe ao governo federal, através do Sistema Único de Saúde (SUS), o papel de conceder aos pacientes soropositivos toda a assistência terapêutica, integral e farmacêutica que necessitarem.

A primeira droga utilizada para o tratamento da doença, no ano de 1987, foi a zidovudina, mais conhecida como azidotimidina (AZT). A droga que era adotada somente para o tratamento do câncer passou a ser empregada no caso de AIDS, por reduzir a multiplicação do vírus.

O governo brasileiro deu início à distribuição de medicamentos que combatiam as infecções oportunistas em 1988. No ano seguinte, ativistas forçaram o fabricante do AZT, Burroughs Wellcome, a reduzir em 20% o preço do remédio.

---

<sup>3</sup> Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.saude.sp.gov.br/centro-de-referencia-e-treinamento-dstaids-sp/sobre-crt/sobre-o-programa-estadual-dstaids>> Acessado em: 02/02/2014.

A distribuição gratuita de medicamentos antirretrovirais no Brasil teve seu início em 1991. Nesta época, o tratamento era feito através da combinação do AZT com o Videx (ddl), conhecidos como inibidores de transcriptase reversa<sup>4</sup>. O Brasil passou a produzir o AZT em 1993, sendo o laboratório responsável pela fabricação o Farmanguinhos/Fiocruz. Um ano depois, o Laboratório do Estado de Pernambuco (Lafepe) iniciou a produção de outros sete medicamentos: Didanosina (ddI), lamivudina (3TC), zidovudina (AZT), estavudina (d4T), zalcitabina (ddC), indinavir, nevirapina e a associação AZT+3TC em um mesmo comprimido.

Com a assinatura do Acordo TRIPS/ADIPC, em 1995, os países signatários tiveram de adequar suas legislações internas para que estas ficassem em harmonia com o mesmo. Assim, foi aprovada no Brasil a Lei 9.279/96, de 14 de maio de 1996, mais conhecida como Lei de Propriedade Industrial, levando em consideração o interesse social e o desenvolvimento econômico e tecnológico do país, gerando impacto na política de acesso aos medicamentos antirretrovirais no Brasil.

Anteriormente à promulgação da Lei de Propriedade Industrial, os medicamentos não eram incluídos no rol de invenções patenteáveis. Assim, existe um paradoxo entre o interesse público e o livre comércio quando o assunto é o setor farmacêutico. Garantido pelo art. 5º, incisos XXII e XXIII, da Constituição Federal que diz que “à propriedade é um direito garantido por lei e que deverá atender a sua função social”, o direito a propriedade intelectual acaba incentivando o desenvolvimento de pesquisas, mas, ao mesmo tempo, dá margem para o surgimento de monopólios, pois o conhecimento fica concentrado nas mãos do detentor da patente. No caso do setor farmacêutico, o que ficaria concentrado nas mãos de poucos seria de interesse público: a vida dos cidadãos portadores de HIV/AIDS. Uma forma de evitar tal monopólio seria o amparo institucional ao desenvolvimento das pesquisas nas universidades brasileiras.

Anteriormente à vigência da lei de propriedade industrial, os medicamentos ARVs eram produzidos por laboratórios públicos e privados em todo o país (início da década de 1990). Isso se devia à Lei nº 5.772/71 de 21 de dezembro de 1971, que não incluía o reconhecimento de patentes para produtos e processos farmacêuticos. Assim, alguns medicamentos que antes podiam ser fabricados no Brasil sem empecilho nenhum, passaram a ter sua produção restringida depois desta lei, inclusive no tocante aos antirretrovirais.

---

<sup>4</sup> Atuam na enzima transcriptase reversa, incorporando-se à cadeia de DNA que o vírus cria. Tornam essa cadeia defeituosa, impedindo que o vírus se reproduza. As principais drogas deste tipo são: Abacavir, Didanosina, Estavudina, Lamivudina, Tenofovir, Zidovudina e a combinação Lamivudina/Zidovudina.

Um fato que viria a mudar este panorama foi a aprovação da Lei nº 9.313/96 de 13 de dezembro de, 1996, também conhecida como Lei Sarney, a qual estabelecia que os portadores do HIV/AIDS receberiam tratamento gratuito para a doença. Desta forma, o Brasil se torna pioneiro, em âmbito mundial, no tocante a garantir aos portadores do HIV/AIDS um tratamento gratuito, assegurado pela rede pública federal.

O processo sucessivo de construção e implementação da política de acesso a ARVs no país teve como item crucial impulsionar e mobilizar a sociedade civil também no âmbito judicial. As ações judiciais de garantia a medicamentos também tiveram sua importância para a aprovação da Lei 9.313/96. As assessorias jurídicas de ONGs/AIDS estavam ativas, lutando pela concretização dos compromissos legais de direito à saúde, constituindo, assim, parte do ambiente favorável à aprovação da lei. Dessa forma, o exercício de um direito por parte do cidadão pode ter colaborado para a uma melhor composição e organização das respostas governamentais (CHAVES, et alie 2008. p. 174).

Apesar de o Brasil oferecer tratamento gratuito aos portadores de HIV/AIDS, não se pode negar que, após a aprovação da Lei de Propriedade Industrial em 1996, a implementação da política de acesso aos ARVs se tornou mais difícil. O país passou a importar os medicamentos que não pode produzir em solo nacional. Deste modo, as dificuldades para implantar a política de acesso aos ARVs aumentaram e o governo passou a pagar mais caro, apostando que com o programa a mortalidade cairia e que os portadores de HIV/AIDS poderiam levar uma vida melhor.

Em 1999, apesar das dificuldades impostas pelo TRIPS/ADIPIC, o SUS começou a disponibilizar 15 ARVs, gratuitamente caindo para 50% a mortalidade dos pacientes por AIDS<sup>5</sup>. A qualidade de vida dos pacientes soropositivos melhorou significativamente. Embora enfrentando problemas na obtenção de medicamentos, como no caso do contencioso das patentes farmacêuticas, o governo brasileiro tenta a todo custo implementar a política de acesso aos ARVs. Sua implantação não somente no Brasil, mas em outros países, teve significativas vitórias em fóruns mundiais. Alianças e cooperações entre o Brasil e outras nações são formadas ao longo destes últimos anos, sendo inegável o destaque de nosso país neste campo, devido, sobretudo, à sua política de acesso universal aos medicamentos ARVs.

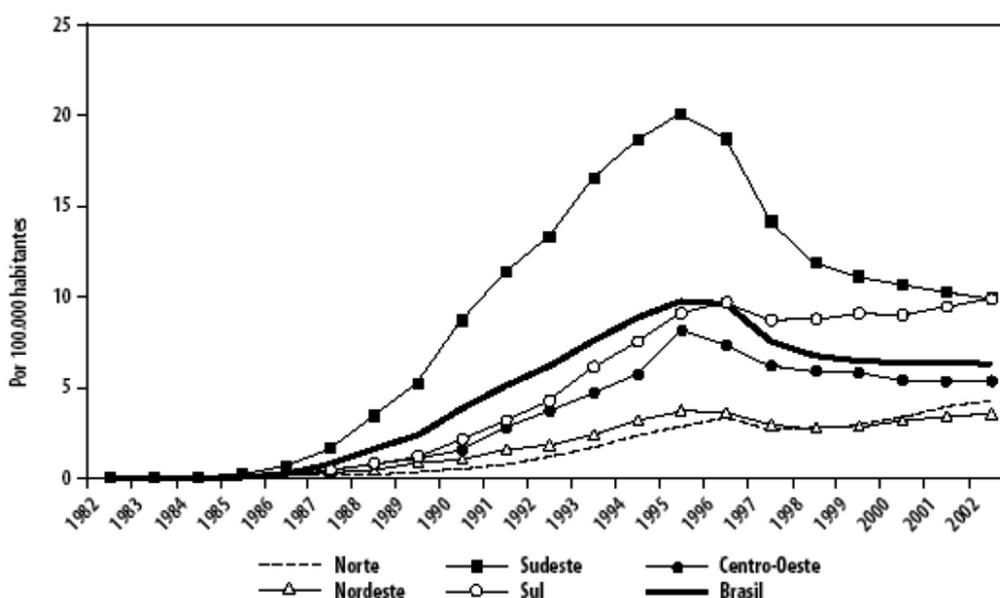
Atualmente existem 26 tipos de medicamentos antirretrovirais no mercado. No Brasil, são distribuídos<sup>6</sup> à população soropositiva 18 medicamentos antirre-

<sup>5</sup> Dados do Departamento de DST, AIDS e Hepatites Virais do Ministério da Saúde.

<sup>6</sup> Essa distribuição é gratuita e feita através do SUS.

trovirais, dos quais 10 são importados e apenas 8 produzidos no país. Os principais laboratórios nacionais produtores de antirretrovirais são o Farmanguinhos/Fiocruz, a Fundação para o Remédio Popular e o Instituto Vital Brasil. Conforme dados de 2012 do Ministério da Saúde, 313 mil pessoas recebem regularmente os medicamentos para o tratamento da doença.

Em dezembro de 2013 entra em vigor um novo protocolo de assistência farmacêutica para HIV/AIDS no qual é garantido aos portadores o acesso gratuito aos antirretrovirais logo após o diagnóstico. Antes, os pacientes soropositivos somente recebiam os medicamentos se houvesse sinais de vulnerabilidade do seu sistema imunológico.



**Figura 1** - Taxa de mortalidade por AIDS no Brasil entre os anos de 1982 e 2002.

FONTE: REIS et alie, 2007

Como observado na figura acima, a taxa de mortalidade por AIDS teve um declínio na década de 1990, no mesmo período que o Programa Brasileiro de DST/AIDS começa a se consolidar e chamar a atenção do mundo quando, em 1996, o Brasil se torna o primeiro país em desenvolvimento a determinar por lei o acesso aos medicamentos antirretrovirais. Observa-se que a queda dos casos de mortalidade por AIDS no Brasil está diretamente associada ao aperfeiçoamento do Programa Brasileiro de DST/AIDS, que por sua vez é diretamente influenciado pela política de acesso aos medicamentos antirretrovirais no país.

O acesso aos medicamentos antirretrovirais é de suma importância para a população soropositiva brasileira. O país é um dos poucos do mundo que conta com uma política que garante acesso gratuito e universal aos pacientes soropositivos. A proteção patentária é um dos empecilhos enfrentados pelo governo brasileiro para garantir o acesso gratuito. É nítida a disputa entre a lógica do mercado e a visão humanitarista. Mas quem seria o maior prejudicado nesta disputa, a indústria farmacêutica, que garante lucros ao seu país sede, ou os soropositivos?

No momento em que o governo oferece acesso gratuito aos portadores de HIV/AIDS, antes mesmo de desenvolverem os sintomas da doença, evita-se um futuro gasto em internações na rede pública de saúde, já tão precária. Além disso, tal política garante uma melhor qualidade de vida aos soropositivos, fazendo com que estes possam sobreviver quase da mesma forma que alguém que não possua o HIV/AIDS.

Agora, cabe aprofundar o entendimento acerca de como um medicamento imprescindível à vida se tornou uma propriedade intelectual regulada pelas normas do comércio internacional, visando favorecer, em primeira instância, o lucrativo setor das empresas farmacêuticas.

### **3. PROPRIEDADE INTELECTUAL: COMÉRCIO MUNDIAL E SAÚDE PÚBLICA**

Com a Revolução Industrial, e a correlata expansão do capitalismo, não apenas os bens materiais, mas as “ideias” começam a ser utilizadas para aumentar exponencialmente a produção de riquezas e a produtividade do trabalho humano. Até então, cada país possuía sua legislação própria sobre a propriedade intelectual. Isso dava margem para que, por exemplo, uma invenção ocorresse, ao mesmo tempo, em locais diferentes ou fosse livremente comercializada por seu inventor, sem ser tal procedimento considerado ilegal, como acontece na atualidade. Não existia um organismo ou acordo internacional que regulamentasse o monopólio da propriedade intelectual. A este respeito, observa Oliveira Ascensão:

Os direitos de propriedade intelectual são essencialmente direitos de exclusivo ou de monopólio... Reservam aos titulares a exclusividade na exploração ao abrigo da concorrência. São frequentemente qualificados como direitos de propriedade, particularmente nas modalidades de propriedade literária ou artística e propriedade industrial. Mas a qualificação nasceu ao final do séc. XVIII e continua a existir com a clara função ideológica, para cobrir a nudez crua do monopólio sob o manto venerável da propriedade (OLIVEIRA ASCENÇÃO, 2002, p. 40).

Após a Segunda Guerra Mundial, são criados organismos e acordos multilaterais com o objetivo de harmonizar o relacionamento entre as nações. Dentre eles, pode-se destacar a Organização das Nações Unidas (ONU) e o *General Agreement on Tariffs and Trade*, ou Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT). O GATT tinha como finalidade reger o comércio internacional e as possíveis contendas surgidas desta atividade. De início, o Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT) limitava-se a regular bens, serviços e investimentos. Somente mais tarde, durante a Rodada Uruguai<sup>7</sup>, a questão da propriedade intelectual passou a ser discutida em âmbito do comércio internacional.

Provavelmente, seria mais simples para o GATT gerir a relação entre o monopólio e o livre comércio se não entrasse em apreço a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela ONU em 1948. Este é exatamente o caso do contencioso entre os direitos de propriedade intelectuais relacionados ao comércio e o acesso aos medicamentos antirretrovirais no Brasil. Que critério deveria ser usado, nesta circunstância, para definir as possíveis controvérsias decorrentes desta relação? O monopólio do detentor da ideia, representado pela indústria farmacêutica internacional, seria mais importante que o direito ao medicamento de um paciente soropositivo, que necessita dos ARVs para viver?

Porém, não é só na esfera global que ocorrem os conflitos, tanto aqueles vinculados aos direitos de propriedade como aos direitos humanos; eles também podem surgir em âmbito nacional, passando, inclusive, a convergir. É neste momento que os organismos multilaterais se fazem presentes buscando solução para estas possíveis divergências e se tornando importantes atores políticos nos processos decisórios de um Estado nacional.

A Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), entidade internacional integrante do Sistema das Nações Unidas, nasceu em 1967 com o propósito de proteger o direito (ou monopólio) da propriedade intelectual. Atualmente, é a Organização Mundial do Comércio (OMC), criada em 1995, a instituição responsável por zelar pelos direitos de propriedade intelectual na esfera do comércio internacional, assim como instituir limites aos mesmos a fim de que não lesem o direito à saúde; portanto, a OMC exerce influência direta no acesso aos medicamentos antirretrovirais.

Ao final da Rodada Uruguai, nasceu a OMC, mas somente foi formalizada politicamente pela Declaração de Marraqueche, de 15 de abril de 1994, passando a

---

<sup>7</sup> Série de reuniões multilaterais ocorridas entre os anos de 1988 a 1994 cujas principais metas eram a diminuição dos subsídios agrícolas e que deram origem a OMC. A Rodada Uruguai será discutida adiante.

existir, no plano jurídico, em 1º de janeiro de 1995. A OMC administra o conjunto de acordos da Rodada Uruguai, que versam tanto sobre os aspectos ligados ao acesso a mercados e bens quanto a outros, não incluídos no GATT, como o comércio de serviços e a propriedade intelectual.

Os direitos e deveres relativos à propriedade intelectual começaram a ser tratados em âmbito de comércio internacional bem antes do surgimento da OMC. Mesmo o tema estando abrigado no âmbito da OMPI, já existia violenta pressão, sobretudo por parte dos países desenvolvidos, para que o GATT fosse o foro privilegiado de questões tão relevantes para proteger o monopólio das invenções. É o que observa Frota ao examinar as diferenças entre os dois organismos multilaterais:

[...] Para que fossem estabelecidos a nível mundial padrões mais rígidos de proteção, os países desenvolvidos incluíram o tratamento do assunto no GATT, por ser este foro de natureza contratual, ao contrário da OMPI, que tem natureza voluntarista. Sua inclusão no GATT garantiria, ainda, a aplicação do mecanismo de solução de controvérsia do Acordo Geral a questões de propriedade intelectual, tornando os governos responsáveis por eventuais infrações e permitindo que fossem utilizadas medidas de retaliação comercial. Pelas normas internacionais vigentes, os governos não são responsáveis pelas infrações, cuja solução segue o curso normal dos processos jurídicos internos de cada país [...] (FROTA, 1993, p. 31).

No decorrer da Rodada Tóquio, compreendida entre os anos de 1973 a 1978, o debate sobre a propriedade intelectual ganha destaque, sempre marcado por muita divergência de opiniões e interesses entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento. Nesta ocasião, ficou acordado que o problema seria mais bem discutido na próxima rodada de negociações multilaterais. Isso aconteceu devido à oposição de alguns países, tais como o Brasil e a Índia, que não concordaram com a possibilidade da propriedade intelectual ficar sob o foro do GATT, preferindo que permanecesse na responsabilidade da OMPI (TACHINARDI, 1993, p. 70 apud PECEQUILO e BASSI, 2011, p. 7). Para os países em desenvolvimento, o GATT deveria se ocupar somente com problemas comerciais existentes nas áreas da agricultura, têxteis, produtos siderúrgicos, entre outros. Já os países desenvolvidos procuravam introduzir no GATT novos temas como a propriedade intelectual, os investimentos e os serviços.

Marcada para ser concluída em 1990, a Rodada Uruguai não conseguiu avançar no que diz respeito a uma harmonização do sistema de propriedade intelectual no âmbito do GATT. Isso ocorreu porque os EUA, pressionados pelo setor privado, pretendiam estabelecer padrões internacionais de proteção à pro-

priedade intelectual para acabar com a *piracy*. Estes padrões, moldados a partir da legislação dos EUA e atrelados ao mecanismo de solução de controvérsias do GATT, tornariam a proteção à propriedade intelectual mais rígida (FROTA, 1993, p. 30). A proteção à propriedade intelectual se tornou um dos principais objetivos do governo estadunidense durante a Rodada. Desde a década de 1980 existiam fortes ingerências externas para que o Brasil adotasse padrões uniformes e rígidos de proteção à propriedade intelectual. Tais pressões eram feitas principalmente pelos EUA, através da Seção 301<sup>8</sup>, que integra sua legislação comercial e prevê o uso de retaliações contra terceiros.

A aplicação da Seção 301 contraria as normas vigentes de comércio internacional, ao impor, em caso de disputa com os EUA, uma negociação bilateral baseada na legislação interna desse país. A Seção 301 contempla atos comerciais arbitrários contra países estrangeiros, pois a categorização estabelecida no texto legal estadunidense no tocante às chamadas “práticas desleais”, que justificariam o recurso e seus dispositivos, é realizada mediante conceitos vagos e abrangentes. Isso permite enquadrar na referida Seção quaisquer práticas ou políticas que não correspondam aos interesses dos EUA (ARSLANIAN, 1994. p. 7).

Em 1987, a Seção 301 foi aplicada contra o Brasil. Os EUA afirmavam que o Código de Propriedade Industrial, instituído pela Lei 5.772, de 21 de dezembro de 1971, estimulava a cópia sem licença das patentes, devido ao fato de esta legislação não contemplar processos e produtos farmacêuticos e de química fina, advindos de pesquisas e investimentos.

Os EUA se apresentam como os maiores defensores do livre comércio, e o Acordo TRIPS/ADIPC comprova tal postura ao oferecer uma oportunidade de empresas multinacionais, mas cujo capital e sede são predominantemente das potências industriais, adentrarem o mercado interno dos países de menor desenvolvimento. No entanto, os EUA contraditam seu próprio discurso fazendo uso, pela segunda vez, do recurso à Seção 301 contra o Brasil, o qual optou por não contestar esta prática no Órgão de Solução de Controvérsias da OMC. O que se pode inferir é que, em geral, tanto os países de menor desenvolvimento como os desenvolvidos parecem acreditar que um fracasso da política de livre comércio seria prejudicial aos seus interesses e, taticamente, reproduzem este mesmo discurso.

---

<sup>8</sup> A Lei de Comércio e Tarifas dos EUA, promulgada em 1974, estabeleceu em sua Seção 301 que o governo poderia adotar medidas coercitivas contra práticas comerciais de outros países, consideradas desfavoráveis aos interesses estadunidenses. De forma unilateral, os Estados Unidos tem se utilizado da Seção 301 para pressionar mercados estrangeiros a abrir suas economias em proveito dos bens e investimentos das companhias estadunidenses.

#### **4. ACORDO TRIPS/ADPIC E SAÚDE PÚBLICA: FLEXIBILIZAÇÕES E LIMITAÇÕES PARA ACESSO AOS ARVS**

Em 1995, entrou em vigor o Acordo TRIPS/ADIPC, o qual estabelecia os padrões de proteção da propriedade intelectual, tornando-se obrigatório para qualquer país que desejasse ingressar na OMC. Este Acordo é um marco simbólico da associação formal entre propriedade intelectual e comércio internacional. Os membros signatários são obrigados a estabelecer em suas legislações internas padrões globais mínimos que protejam a propriedade intelectual.

Observa-se, no entanto, que o grau de desenvolvimento e os padrões tecnológicos dos signatários do Acordo não são levados em conta, pois este exige do conjunto de países os mesmos compromissos. Esta suposta “igualdade” entre os Estados participantes dá margem a possíveis disparidades entre seus membros. Para ter acesso às tecnologias protegidas pela propriedade intelectual deve-se arcar com um custo financeiro, que nem todos os países membros da OMC possuem.

Após a assinatura do Acordo TRIPS, os Estados membros tiveram que adequar suas legislações nacionais e, assim, reconhecer um modelo ínfimo de proteção à propriedade intelectual.

O Acordo, através do seu artigo 8º, permite que seus membros possam adotar medidas necessárias para proteger a saúde pública e promover o interesse público de setores de suma relevância para o desenvolvimento tecnológico e econômico. Entre as salvaguardas previstas no Acordo TRIPS estão a licença compulsória (artigo 31)<sup>9</sup>, a importação paralela (artigo 6)<sup>10</sup>, o uso experimental (artigo 30)<sup>11</sup> e a

<sup>9</sup> A licença compulsória pode ser concedida sob diversos fundamentos. O artigo 68 da legislação brasileira de patentes prevê que o titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela, praticar abuso de poder econômico. O artigo 71 prevê que poderá ser concedida uma licença compulsória em casos de emergência nacional ou interesse público declarados em ato do Poder Executivo Federal (CHAVES et alie, 2008. p. 177).

<sup>10</sup> A importação paralela foi também incorporada, porém de forma muito limitada, uma vez que sua utilização está condicionada às situações de concessão de licença compulsória por razão de abuso do poder econômico (art.68, §§ 3º e 4º, LPI). Para as políticas de acesso a medicamentos, esta flexibilidade é extremamente importante, pois as empresas farmacêuticas multinacionais costumam estabelecer preços diferenciados para um mesmo medicamento nos diferentes países. Assim, a existência da importação paralela nas legislações nacionais permite que um país importe um medicamento de onde ele esteja sendo comercializado ao menor preço (CHAVES et alie, 2008. p.177).

<sup>11</sup> O uso experimental é permitido no Brasil e está previsto no artigo 43, II da LPI. Representa uma das formas de se promover um equilíbrio entre os interesses do detentor da patente e os interesses nacionais, porque possibilita a utilização da informação revelada pela patente com o objetivo de promover o desenvolvimento científico e tecnológico do país. Esta investigação científica pode ser realizada por qualquer laboratório de pesquisa, seja ele público ou privado (CHAVES et alie, 2008. p.177).

exceção Bolar (artigo 43)<sup>12</sup>. Conforme a Declaração de Doha sobre Acordo TRIPS e Saúde Pública de 2001, os países em desenvolvimento teriam até 2005 para incluir em suas legislações um modelo mínimo de proteção e os países menos desenvolvidos teriam esta data estendida (até 2016).

Porém, o Brasil não se utilizou do período de transição de 10 anos que foi dado pela OMC para reconhecer patentes na área de medicamento aos países em desenvolvimento que não o faziam. Um dos principais benefícios desse período seria possibilitar o fortalecimento dos laboratórios nacionais para enfrentar a concorrência com as empresas multinacionais de medicamentos em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D). O Brasil empregou o período de transição por menos de dois anos, tendo alterado sua lei em 1996, com aplicação a partir de maio de 1997. Além disso, a legislação brasileira deixou de adotar algumas das flexibilidades permitidas pelo TRIPS e, em alguns aspectos, foi além do requerido pelo Acordo (CHAVES et alie 2008. p. 175).

O que se observa é que a utilização destas flexibilidades ainda é bastante limitada, pois visam a acessibilidade de medicamentos mais baratos, sofrendo limitações em vários países desenvolvidos. O seu não uso poderia ser apontado como um dos motivos para uma elevada taxa de mortalidade por HIV/AIDS na África, por exemplo. Estas flexibilidades foram utilizadas inclusive por países desenvolvidos como os EUA, que já fizeram uso da licença compulsória a fim de que não tivessem seus interesses prejudicados. Contudo, quando o Brasil fez o mesmo uso da licença compulsiva, em 2001, os EUA inseriram o Brasil na *Section 301 Watch List*, utilizando-se, mais uma vez, de práticas unilaterais e acusando o país de “desrespeitador de patentes”.

Além do TRIPS, que é um acordo multilateral, existe uma série de acordos, nos planos regional e bilateral, que tratam desta matéria. Assim, vários países estão sendo pressionados pela OMC a empregar dispositivos mais rígidos em suas legislações patentárias. Tais mecanismos, conhecidos como TRIPS *Plus* são adotados pelos países em desenvolvimento e pelos de menor índice de desenvolvimento no momento em que estes assinam acordos bilaterais com os EUA ou com a União Europeia, os quais vão além dos níveis estabelecidos pela OMC, produzindo novas obrigações internacionais referentes à propriedade intelectual.

Durante as negociações da Rodada Doha, em 2001, os Estados membros da OMC assinaram a Declaração TRIPS e Saúde Pública, reconhecendo os desafios

<sup>12</sup> A exceção Bolar foi incorporada por uma emenda à lei de propriedade industrial (Lei nº 10.196/2001), que incluiu o inciso VII no artigo 43º. O uso desta flexibilidade traz dupla vantagem para o país: além de favorecer a rápida entrada do medicamento genérico no mercado, possibilita o aprendizado pelo uso da informação sobre a invenção (CHAVES et alie, 2008. p.177).

enfrentados por muitos países no que diz respeito à saúde pública, em especial aqueles problemas decorrentes de HIV/AIDS, tuberculose, malária, entre outras epidemias. Por serem os mesmos relacionados aos direitos humanos, devem ter prioridade sobre os interesses comerciais. De acordo com o art. 4º da Declaração, o Acordo TRIPS/ADIPC não pode impedir os Estados membros de adotarem medidas de proteção à saúde pública. Tal Acordo deve ser interpretado e implementado como direito à saúde, o que implica garantir a todos o acesso gratuito a medicamentos. Assim, cada país tem a liberdade de conceder licenças compulsórias bem como de determinar as bases em que tais licenças são concedidas, em caso de “emergência nacional”.

Em 2005, o Conselho Geral da OMC resolveu, por consenso, emendar o Acordo TRIPS/ADIPC atendendo as reivindicações de um significativo número de Estados membros. Esta emenda reconhece que os países com insuficiente ou inexistente capacidade de fabricação no setor farmacêutico enfrentam sérias dificuldades para fazer uso de certas flexibilidades estabelecidas pelo Acordo TRIPS/ADIPC, dentre elas a licença compulsória<sup>13</sup>.

Para discutir e coordenar posições sobre questões de interesse comum na área de saúde pública, os Ministros da Saúde BRICS<sup>14</sup>- grupo de cooperação formado por Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul, países que se encontram em um estágio acelerado de desenvolvimento econômico - se reuniram em Pequim, no mês de julho de 2011. Nessa ocasião, publicaram a Declaração de Sanya, que visa o fortalecimento dos sistemas de saúde e a superação de obstáculos para a obtenção de produtos farmacêuticos de qualidade a preços acessíveis. No Brasil, o Programa Nacional de DST/AIDS do Ministério da Saúde poderá se beneficiar desta possível cooperação internacional mediante a transferência de tecnologia e capacitação entre os cinco países, que também enfrentam uma série de desafios similares de saúde pública, incluindo o acesso desigual aos serviços de saúde e medicamentos.

Mais recentemente, o deputado Newton Lima Neto (PT-SP) apresentou no plenário da Câmara Federal o Projeto de Lei nº 5402/2013 de sua autoria e do Dr. Rosinha (PT-PR), que propõe alterações substantivas na lei de propriedade industrial de 1996. O Brasil, como a Índia, a Argentina, as Filipinas, entre outros países, que utilizaram normas legais para impedir a excessiva concessão de patentes, faz uso de seu direito legítimo e soberano de empregar as flexibilidades do TRIPS, sem que isto signifique o não cumprimento de suas obrigações perante os acordos internacionais firmados.

<sup>13</sup> Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/2005/07/trips-e-saude-publica-decisao-do-conselho-geral-da>> Acessado em: 02/07/2013.

<sup>14</sup> Para alguns analistas, o BRICS representaria um sinal de mudança no poder econômico global.

## CONCLUSÃO

O artigo 3º da Constituição estabelece que os fins últimos a serem alcançados pela República Federativa do Brasil são: constituição de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, situações estas que se caracterizam como “interesse público”.

O Programa Brasileiro de DST/AIDS é uma política pública fruto não só das lutas da população soropositiva do país, mas também de profissionais de saúde e de outros grupos que perceberam a importância de uma política pública de saúde voltada para o enfrentamento da epidemia de AIDS/HIV no país.

O modelo brasileiro de combate a AIDS é constantemente mencionado como um exemplo para países em desenvolvimento. Desde o ano de 1985, o país conta com um programa de combate à epidemia, possibilitando assim uma melhora na qualidade de vida dos infectados com o vírus HIV. Um maior acesso aos medicamentos antirretrovirais é de suma importância para a população soropositiva brasileira.

Apesar dos grandes avanços em se tentar adequar o direito à propriedade intelectual com o acesso aos medicamentos, existem ainda muitos desafios enfrentados pela população civil que usufrui do sistema universal de acesso aos medicamentos antirretrovirais no Brasil, situação esta que chamou atenção de diversos agentes não só governamentais como não governamentais e globais.

A Lei da Propriedade Industrial nº 9.279/96 entrou em vigor somente após a criação da OMC, em 1994. Neste momento, os países membros assinaram uma série de acordos multilaterais, com destaque para o Acordo TRIPS, o qual estabeleceu a obrigatoriedade de reconhecimento da propriedade intelectual para todos os campos tecnológicos, incluindo o farmacêutico.

O que há, na verdade, é a contradição entre a lógica do mercado e o humanitarismo. Existem em choque dois direitos: de um lado, o direito à proteção da propriedade privada, no caso da propriedade intelectual, de quem concebe a ideia; de outro, o direito à vida, e em decorrência a ter condições de saúde, que não é somente garantido pela Constituição Federal de 1988, mas está presente em Convenções Internacionais como o Pacto de San José de 1969, no caso aqui tratado, do paciente soropositivo.

A propriedade intelectual é tema controverso, sobretudo no caso das patentes dos produtos e processos farmacêuticos. Há uma evidente disputa entre valores do humanitarismo e a lógica do mercado, ficando a sua mediação a car-

go de organismos multilaterais. A OMC que possui esse papel de intermediar é quem detém atualmente o monopólio sobre a propriedade intelectual que antes estava nas mãos da OMPI. Percebe-se com essa mudança a clara intenção dos países desenvolvidos de obterem lucros, mesmo que ameaçando a sobrevivência humana, como é o caso das patentes e processos farmacêuticos. Apesar disso, existe espaço dentro da OMC para que países que se sintam lesados por se verem obrigados a adequarem suas legislações internas às regras do comércio internacional contestar a ordem mundial. Esse foi o caso do Contencioso das Patentes Farmacêuticas.

Durante a disputa entre EUA e Brasil revelaram-se como decisões tomadas em um organismo multilateral poderiam afetar bruscamente a política pública de saúde de um país. A ordem mundial foi contestada, tanto dentro do Brasil, através das ONGs, como fora, na própria OMC, através de intensas negociações.

Como solucionar esta contradição, que envolve interesses de lucro das corporações privadas e necessidades básicas de garantia de saúde pública? O conflito entre a lógica do mercado e humanitarismo ainda está longe de se resolver, devendo ser ainda, por muito tempo, uma força motora das discussões na OMC, um organismo multilateral que assume na atualidade grande importância para o ambiente internacional.

## REFERÊNCIAS

ABRÃO, E. Y. Direitos de autor e direitos conexos. São Paulo: Ed. do Brasil, 2002.

*Acordo Constitutivo da Organização Mundial de Comércio*. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/arquivo/secex/omc/acordos/portugues/02estabeleceomc.pdf>>. Acessado em: 02/07/2013.

*Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços - GATS*. Disponível em: <[http://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/26-gats.pdf](http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/26-gats.pdf)>. Acessado em 02/07/2013.

*Acordo Geral Sobre Tarifas e Comércio - GATT*. Disponível em: <[http://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/gatt47.pdf](http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gatt47.pdf)>. Acessado em: 02/07/2013.

*Acordo Sobre Direitos de Propriedade Intelectual - TRIPS*. Disponível em: <[http://www2.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/ac\\_trips.pdf](http://www2.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/ac_trips.pdf)>. Acessado em: 02/07/2013.

ARSLANIAN, R. P. *O Recurso à Seção 301 da Legislação de Comércio Norte-Americana e a Aplicação de seus Dispositivos contra o Brasil*. Brasília: Editora IPRI, 1994.

BRASIL. *Programa Nacional de DST/AIDS, AIDS no Brasil*. Disponível em: <[www.aids.gov.br/data/Pages/LUMIS13F4BF21PTBRIE.htm](http://www.aids.gov.br/data/Pages/LUMIS13F4BF21PTBRIE.htm)>. Acessado em: 25 de agosto. de 2011.

\_\_\_\_\_. *Constituição [da] República Federativa do Brasil 1988*. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1988.

*Carta de Havana*. Disponível em: <[http://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/havana\\_s.pdf](http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/havana_s.pdf)>. Acessado em 02/07/2013

CHAVES, G. C.; VIEIRA, M. F.; REIS, R. Acesso a medicamentos e Propriedade Intelectual no Brasil: Reflexões e Estratégias da Sociedade Civil. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, 2008. Disponível em: <[www.surjournal.org](http://www.surjournal.org)>. Acessado em: 29 jul. 2011.

*Convenção de Paris de 1883*. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/images/stories/CUP.pdf>>. Acessado em 02/07/2013.

*Convenção de Berna de 1886*. Disponível em: <<http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/documents/pdf/berne.pdf>>. Acessado em 02/07/2013.

*Declaração de Pequim. Encontro de Ministros da Saúde dos BRICS, realizado em Pequim, China 11 de julho, 2011*. Disponível em: <http://www.amucc.com.br/arquivos/file/Encontro%20de%20Ministros%20da%20Sa%C3%BAde%20do%20BRICS%20-%202011%20jul%20Pequim%20-%20tra-du%C3%A7%C3%A3o%20para%20portugu%C3%AAs.pdf>>. Acessado em: 20/09/2011.

*Declaração Sobre o Acordo de TRIPS e Saúde Pública. IV Conferência Ministerial da OMC, realizada em Doha, Catar, nos Dias 09 a 14 de Novembro de 2001. (versão em português)*. Disponível em: <<http://www.ppl.nl/bibliographies/wto/files/5679.pdf>>. Acessado em: 02/09/2011.

*Departamento de DST, AIDS e Hepatites Virais*. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/>>. Acessado em: 18/11/2013.

FROTA, M. S. P. B. *Proteção de Patentes de Produtos Farmacêuticos: O Caso Brasileiro*. Brasília: Editora IPRI, 1993.

*Ministério das Relações Exteriores*. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/>>. Acessado em: 02/07/2013.

OLIVEIRA, M. F. Alianças e Coalizões Internacionais do Governo Lula: o IBAS e o G 20. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, p.55-69, 2005.

OLIVEIRA, M. F.; MORENO, F. V. Negociações Internacionais e Democracia: O Contencioso Brasil X EUA das Patentes farmacêuticas na OMC. *Revista de Ciências Sociais - DADOS*, Rio de Janeiro, p.189-220, 2007.

OMC. Disponível em: <<http://www.wto.org/indexsp.htm>>. Acessado em: 02/07/2013.

OMPI. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/onu-no-brasil/ompi/>>. Acessado em: 03/03/2014.

PECEQUILO, C.S.; BASSI, C.Y. *POLÍTICA EXTERNA E DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL: A ADESAO DO BRASIL AO REGIME INTERNACIONAL DA UPOV*. 3º Encontro Nacional ABRI 2011. Disponível em: <[http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?pid=MSC000000122011000100056&script=sci\\_arttext](http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?pid=MSC000000122011000100056&script=sci_arttext)>. Acessado em: 15/03/2014.

REIS, Ana Cristina; SANTOS, Elizabeth Moreira dos; CRUZ, Marly Marques da. A Mortalidade de AIDS no Brasil: Um Estudo Exploratório de sua Evolução Temporal. *Epidemiologia e Serviços de Saúde*, Brasília, Vol. 16, Nº 3, p. 195-205, set. 2007.

Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.saude.sp.gov.br/centro-de-referencia-e-treinamento-dstaids-sp/sobre-crt/sobre-o-programa-estadual-dstaids>>. Acessado em: 02/02/2014.

*US Trade Representative Special 301 Report*. Disponível em: <<http://www.ustr.gov/sites/default/files/05012013%202013%20Special%20301%20Report.pdf>>. Acessado em: 03/03/2014.

WENDT, Alexander. Anarchyis What States Make of it: The Social Construction of Power Politics. *International Organization*, Cambridge, Vol. 46, N. 2, p. 391-425, 1992.



**TRABALHO, FRONTEIRA E MIGRANTES BOLIVIANOS  
NA CIDADE DE CORUMBÁ/MS: UMA ANÁLISE À LUZ DA  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DO DIREITO AO  
PLENO EXERCÍCIO DA CIDADANIA**

***WORK, FRONTIER AND MIGRANTS IN BOLIVIAN CORUMBÁ  
CITY/ MS: A REVIEW IN LIGHT OF THE CONSTITUTION OF  
1988 AND THE FULL EXERCISE OF CITIZENSHIP***

Marco Antônio Rodrigues

Pós-Graduado em Teoria e Filosofia do Direito pela PUC-Minas

Andréa Lúcia Cavararo Rodrigues

Bacharel em Ciências Sociais pela UFMS

Luciani Coimbra de Carvalho

Professora Adjunta da FADIR-UFMS - Coordenadora da Pesquisa

**Submissão em 04.05.2016**

**Aprovação em 16.05.2016**

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v1i2.1728>

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo apresentar os resultados do plano de trabalho intitulado “ANÁLISE DA DINÂMICA DO FLUXO MIGRATÓRIO NA FRONTEIRA BRASILEIRA CORUMBÁ/ PUERTO QUIJARRO E SUAS CONSEQUÊNCIAS SOBRE A ESFERA DE DIREITOS DA PESSOA HUMANA”, integrante da proposta de PIBIC/CNPq vigente de agosto de 2015 a julho de 2016. A pesquisa analisou o fluxo migratório na fronteira anteriormente citada, analisando esse fenômeno social na esfera dos direitos fundamentais da pessoa humana e no âmbito social. O projeto de pesquisa foi desenvolvido por meio da pesquisa bibliográfica, bem como do trabalho de campo por meio da observação participativa, onde foram obtidos dados relevantes no campo social e jurídico. Como resultado da pesquisa, verificou-se que as leis brasileiras são insuficientes para abranger as espe-

cificidades do tema proposto, chegando-se à conclusão de que o fenômeno migratório e a esfera de direitos do migrante estão em dissonância no que tange à efetividade dos direitos trabalhistas, evidenciando-se a necessidade de maior discussão para propositura de possíveis alterações em nosso ordenamento jurídico de forma a se abranger o empreendedorismo como ferramenta eficaz no acesso do migrante à cidadania.

**Palavras-Chave:** Migração nas Fronteiras; Fenômeno Migratório; Direitos da Pessoa Humana; Trabalho; Empreendedorismo.

**ABSTRACT:** This article aims to present the results of the work plan entitled "ANALYSIS OF MIGRATION FLOW DYNAMICS IN BRAZILIAN FRONTIER CORUMBÁ / Puerto Quijarro AND ITS CONSEQUENCES ON THE BALL RIGHTS OF HUMAN PERSON", a member of the proposed PIBIC / current CNPq August 2015 to July 2016. The research analyzed the migratory flow in the border previously mentioned, analyzing this social phenomenon in the sphere of fundamental rights of the human person and in the social sphere. The research project was developed through bibliographical research and fieldwork by participant observation, which were obtained relevant data on social and legal field. As a result of the research, it was found that Brazilian laws are insufficient to cover the specifics of the proposed theme, coming to the conclusion that the phenomenon of migration and migrant rights sphere are in dissonance with respect to the effectiveness of labor rights, demonstrating the need for further discussion for bringing possible changes in our legal system in order to include entrepreneurship as an effective tool in the access of migrants to citizenship.

**Keywords:** Migration in the Borders; Migratory Phenomenon; Human Rights; Job; Entrepreneurship.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Desenvolvimento; Conclusão; Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A pesquisa se propôs, através do estudo bibliográfico, documental e de campo, efetuar a análise da questão do fluxo migratório e alguns dos seus desdobramentos na fronteira de Mato Grosso do Sul, em especial as suas dinâmicas e modalidades.

A abordagem do campo social, histórico e jurídico teve como foco os grupos populacionais com grande vulnerabilidade, caracterizados por sua procedência geográfica, sejam brasileiros ou, em especial, os bolivianos que migraram e vivem na cidade de Corumbá/MS.

A metodologia buscou as modalidades e técnicas de pesquisa de levantamento de dados e informações que melhor se adequaram aos objetivos buscados pela proposta orientada nos planos de trabalho.

Como marco teórico inicial, as fronteiras serão zonas de interpenetração e, ao mesmo tempo, zonas de separação, sendo, nos dizeres de GABAGLIA (1916), "arenas de lutas contínuas entre os elementos de fusão e os elementos de disjunção, daí o caráter original e estranho que oferecem".

Segundo LUSI e DURAND (2015, p.46) “as mobilidades que permeiam a vida das pessoas e da sociedade atualmente são um *modus vivendi* que a globalização introduziu e dos quais a migração não é mais que uma de suas formas”.

Os fluxos migratórios passaram a ser vistos não mais como fluxos bilaterais e com prevalência unidirecional, mas como realidades transnacionais, incluindo deslocamentos, atividades e espaços transnacionais, incluindo-se a gestão de bens, serviços e variadas formas de comunicação.

O ponto central é que, mais do que pensar em migrantes como pessoas que nasceram em um país e agora se encontram em outro, o transnacionalismo sugere que se fale em transmigrantes, como uma mudança de perspectiva a partir da qual se olha, se lê e se interpreta a realidade da mobilidade humana e seus atores.<sup>2</sup>

Também chamados *labour migration* ou *migrations de travail*, os fluxos migratórios que não têm como principal causa desencadeadora motivos de força maior como guerras ou desastres naturais, têm sido considerados tradicionalmente migrações econômicas.

Ainda segundo LUSI e DURAND (2015), nas décadas de 1960 e 1970, economistas adaptaram a teoria clássica de Adam Smith, desenvolvendo a teoria neoclássica da migração, que tem uma versão macroeconômica e uma microeconômica. Esta tem foco nos indivíduos que agiriam no mercado de trabalho como atores racionais que decidem pela migração com base em cálculos claros e exatos de custo-benefício. Em sua versão microestrutural, esta teoria considera que os indivíduos decidem racionalmente pela migração, porque o cálculo do custo-benefício os leva a esperar um retorno final positivo, geralmente monetário, do movimento migratório.

Para LUSI e DURAND (2015), esta perspectiva considera que o capital humano pode ser sacrificado pelo não reconhecimento ou pela falta de possibilidade real de acesso ao mercado de trabalho segmentado pelas economias capitalistas. Por sua vez, as possibilidades de valorização do capital humano se reduzem, normalmente, a experiências trabalhistas em setores do mercado de trabalho inferiores ao perfil que tais profissionais ocupavam antes da migração.

A teoria do duplo mercado de trabalho desenvolve-se como um modelo macroeconômico. Este postula que a migração internacional é o resultado de uma necessidade permanente de trabalhadores estrangeiros, inerente à estrutura econômica dos países desenvolvidos. Trata-se de uma demanda estrutural, sustentada por uma série de fatores economi-

camente relevantes: salários, hierarquia profissional, desinteresse dos trabalhadores locais para certos trabalhos, organização dos diferentes setores de trabalho e sua relação com o capital, dentre outros aspectos. Esta teoria enfatiza que na origem da migração estão os fatores estruturais das modernas teorias capitalistas, as quais incluem contradições estruturais que afetam o mercado de trabalho onde vão se inserir os migrantes. Tais contradições são a forte demanda por trabalho não qualificado e possivelmente irregular, o trabalho informal e sem alguma segurança ou garantia, a implícita aceitação de migrantes irregulares onde a exploração trabalhista barateia os custos e a indústria da migração para o benefício de contrabandistas e traficantes de seres humanos (LUSSI; DURAND, 2015, p. 86).

A quantidade de bolivianos e demais atores que migram para a cidade de Corumbá-MS, ou apenas passam por ela, com destino à cidade de São Paulo e outras capitais brasileiras, todos os anos, torna-se uma questão importante para os Estados, principalmente por conta das distorções políticas e sociais, além das diferenças culturais que representam obstáculos ao processo de integração desses indivíduos às sociedades nacionais dos países que os recebem, gerando pobreza e exclusão social.

De acordo com AGUILERA URQUIZA (2010, p.56), é frequente em nossa sociedade, como em outras tantas, a visão/postura etnocêntrica, na qual uma cultura é tida como superior e as outras culturas como inferiores, sendo julgadas e explicadas como inadequadas. A diferença não está somente na cultura, mas sim em como nos encontramos nas posições sociais, nas diferenças de poder, nas quais um subordina o outro; uma relação de dominados e dominantes. Esta visão etnocêntrica está fundada em uma visão de mundo universal, de linguagem única, superior e melhor, de imposições e verdades absolutas, nas quais o desejo do colonizador foi de concretizar a unificação dos povos e da cultura.

Ao abordar os efeitos da globalização diante dos países periféricos, Milton Santos destaca uma das consequências da economia globalizada: as novas pobreza.

De acordo com SANTOS (2001, p. 35):

O último período, no qual nos encontramos, revela uma pobreza de novo tipo, uma pobreza estrutural globalizada, resultante de um sistema de ação deliberada. Examinando o processo pelo qual o desemprego é gerado e a remuneração do emprego se torna cada vez pior, ao mesmo tempo em que o poder público se retira das tarefas de proteção social, é lícito considerar que a atual divisão “administrativa” do trabalho e a

ausência deliberada do Estado de sua missão social de regulação estejam contribuindo para uma produção científica, globalizada e voluntária da pobreza. Agora, ao contrário das duas fases anteriores, trata-se de uma pobreza pervasiva, generalizada, permanente, global. Pode-se, de algum modo, admitir a existência de algo como um planejamento centralizado da pobreza atual: ainda que seus autores sejam muitos, o seu motor essencial é o mesmo dos outros processos definidores de nossa época. A pobreza atual resulta da convergência de causas que se dão em diversos níveis, existindo como vasos comunicantes e como algo racional, um resultado necessário do presente processo, um fenômeno inevitável, considerado até mesmo um fato natural. Alcançamos, assim, uma espécie de naturalização da pobreza, que seria politicamente produzida pelos atores globais com a colaboração consciente dos governos nacionais e, contrariamente às situações precedentes, com a convivência de intelectuais contratados – ou apenas contratados – para legitimar essa naturalização. Nessa última fase, os pobres não são incluídos nem marginais, eles são excluídos. A divisão do trabalho era, até recentemente, algo mais ou menos espontâneo. Agora não. Hoje, ela obedece a cânones científicos – por isso a consideramos uma divisão do trabalho administrada – e é movida por mecanismos que traz consigo a produção das dívidas sociais e a disseminação da pobreza numa escala global. Saímos de uma pobreza para entrar em outra. Deixa-se de ser pobre em um lugar para ser pobre em outro. Nas condições atuais, é uma pobreza quase sem remédio, trazida não apenas pela expansão do desemprego, como, também, pela redução do valor do trabalho. É o caso, por exemplo, dos Estados Unidos, apresentado como o país que tem resolvido um pouco menos mal a questão do desemprego, mas onde o valor médio do salário caiu. E essa queda do desemprego não atinge igualmente toda a população, porque os negros continuam sem emprego, em proporção talvez pior do que antes, e as populações de origem latina se encontram na base da escala salarial.

Para Brettel & Hollifield (2000 apud SANTOS 2010):

As várias formas como o tema migração tem sido tratado na literatura científica por antropólogos, historiadores, demógrafos, sociólogos, economistas, cientistas políticos e especialistas em direito. Os autores ressaltam a necessidade de se desenvolverem trabalhos com maior interdisciplinaridade e destacam pontos nos quais as questões e abordagens propostas por cada um destes ramos do conhecimento se aproximam dos outros. Brettel & Hollifield (2000) propõem que sejam construídas “pontes” entre as disciplinas, ressaltando que já existe um bom intercâmbio entre algumas destas, havendo, entretanto, uma necessidade de

que algumas disciplinas sejam incorporadas na discussão de temas tratados quase exclusivamente por outras.

## 2. DESENVOLVIMENTO

Com base nas perspectivas teóricas apresentadas, este trabalho atenderá aos objetivos da pesquisa dentro de um contexto interdisciplinar, perfazendo um breve diálogo entre as ciências que abrangem o tema da migração, além de analisar a situação do fluxo migratório na fronteira brasileira Corumbá/Puerto Quijarro e sua influência sobre a esfera de direitos da pessoa humana, analisando os fatos sob uma ótica não somente jurídica, mas com uma ampliação da pesquisa, de modo a buscar uma pré-compreensão do tema no tocante à realidade atual do fenômeno migratório na cidade de Corumbá/MS, e sua influência direta na esfera jurídica e social do migrante que passa ou se estabelece em Corumbá/MS.

Para contextualizar o tema no tocante à esfera de direitos, na primeira pesquisa de campo foi feita visita à Prefeitura Municipal de Corumbá, com ida à Secretaria de Infraestrutura, que informou sobre a existência de um possível “redu-to” na cidade, com grande concentração de bolivianos, localizado na comunidade chamada Cristo Redentor, além de prestar esclarecimentos quanto à política social feita pela prefeitura em prol das comunidades carentes e para pessoas de baixa renda e em situação de vulnerabilidade, independentemente de sua origem ou nacionalidade.



**Figuras 1 e 2** - Comunidade Cristo Redentor (arquivo pessoal)

Segundo a Prefeitura de Corumbá, os bolivianos, ao atravessarem a fronteira em busca de trabalho, obtêm um *permiso* para poderem circular livremente e trabalhar no Brasil. Foi informado que após cinco anos de trabalho regular no Brasil por meio do *permiso*, os bolivianos adquirem o direito a se naturalizar.

Conforme a Secretaria de Patrimônio Cultural e Habitação, existem políticas de recadastramento e acompanhamento das famílias residentes na área do “antigo lixão”, onde supostamente se encontrariam a maior concentração de bolivianos em situação de pobreza ou recém chegados à cidade.

De acordo com a Receita Federal em Corumbá/MS, o Cadastro de Pessoa Física (CPF) é concedido para os bolivianos que trabalham no Brasil a fim de que possam abrir conta corrente para recebimento de salários e demais benefícios. Segundo o órgão, o CPF é concedido de forma vitalícia aos mesmos, não importando se eles permanecerão, ou não, no Brasil.

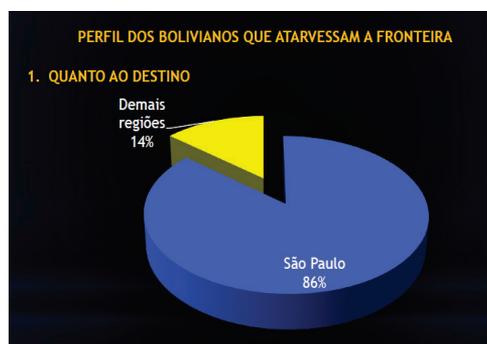
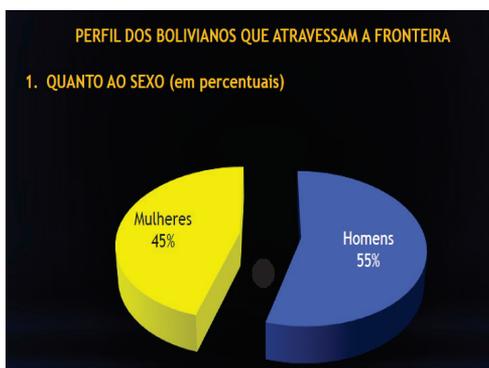
Com base em informações da Polícia Federal, há grande quantidade de pessoas que atravessam a fronteira diariamente, não só da nacionalidade boliviana, mas de diversas nacionalidades, até mesmo russos, australianos, angolanos, dentre outros, com destino a São Paulo e outras grandes capitais como Rio de Janeiro e Minas Gerais.

A Polícia Federal (PF) ressaltou que a condição de trabalho escravo se evidencia em virtude das condições precárias de trabalho a que os bolivianos se submetem nas fábricas, sem direitos trabalhistas, e com jornadas excessivas de trabalho.

Além disso, os bolivianos empregados nas confecções são compulsados a trabalhar sem receber qualquer remuneração nos três primeiros meses em que são admitidos para pagar as despesas de custeio com seu traslado da Bolívia até o Brasil.

Com efeito, são descontadas dos seus salários todas as despesas com alimentação e hospedagem. Mesmo assim, acentuou a Polícia Federal, os bolivianos preferem se submeter a esse sistema de exploração devido à extrema pobreza e falta de oportunidades havidas do lado de lá da fronteira, dando margem a quadrilhas especializadas em exploração de pessoas, tráfico de drogas, contrabando e demais delitos. A PF também informou que há quadrilhas especializadas na falsificação de documentos para facilitar o ingresso dos bolivianos e a sua permanência no Brasil.

Para uma melhor visualização e contextualização do problema, são apresentados os gráficos a seguir, relativos ao espaço amostral de 66 (sessenta e seis) entrevistados no período da pesquisa:



Análise de dados obtidos por meio de entrevistas no período da pesquisa na fronteira Corumbá(BRA)/Puerto Quijarro(BOL). (Arquivo Pessoal)

A Secretaria de Assistência Social da Prefeitura de Corumbá enfatizou o atendimento igualitário dado a todos os cidadãos, mas fez ressalva quando se tratou de abordar os bolivianos. Isto porque há um fenômeno que ocorre com as mulheres bolivianas que cruzam a fronteira em busca de atendimento médico, pois elas buscam ter seus filhos no Brasil a fim de garantir a assistência brasileira, que é gratuita. Constatou-se que os direitos existem e são, na medida do possível, atendidos e respeitados.

Há programas sociais da Prefeitura voltados à educação continuada, em que os professores são incentivados a aprender o idioma espanhol a fim de poder atender à demanda de alunos bolivianos que cruzam a fronteira em busca de melhores condições de ensino.

O Sr. André Menacho, boliviano, encontra-se no Brasil há mais de trinta anos, e após uma entrevista informal quanto à chegada dele e de seus familiares no Brasil, bem como o Sr. Anisio *Guató*, prestaram diversas informações que serviram de suporte à pesquisa na área legal e social, onde foi possível constatar como se deu a acolhida deles em Corumbá.

Diante dos fatos observados, constata-se a fragilidade das normas quanto à sua efetiva aplicação às pessoas que passam pela fronteira, sejam elas bolivianas ou de outras nacionalidades. Tal ocorrência leva a diversas implicações quanto ao direito de atendimento na rede de saúde brasileira, bem como na obtenção de outros direitos que possam assegurar o princípio da dignidade humana.

Como reflexo da fragilidade mencionada, pode ser citado o incidente ocorrido no Centro Boliviano de Corumbá, que era um local de ambientação social não somente de bolivianos, mas de acolhimento de pessoas das mais variadas localidades, reunindo-se em torno de atividades comerciais e das trocas de informações e se revestindo em um local rico pela diversidade, mas que fora fechado repentinamente por decreto municipal, refletindo “o caráter contrastivo da identidade étnica e seu forte teor de ‘oposição’ com vistas à afirmação individual ou grupal” (Cardoso de Oliveira *apud* Costa, 2015).

O que se observa dentre os povos que passam pela fronteira, e os que permanecem no Brasil, é um ponto comum: a busca de trabalho.

Todavia, a busca de trabalho deve ser pautada em ações que permitam ao estrangeiro atingir a meta. Infelizmente, a maioria dos bolivianos que passam pela fronteira irão se dedicar à informalidade, principalmente as mulheres.

A tradicional feira de domingo realizada em Corumbá/MS permite visualizar a grande quantidade de bolivianos que se dedicam ao comércio e que devido à sua expulsão em virtude do fechamento do Centro Boliviano, percebe-se que mais de metade das barracas da feira é administrada pelos bolivianos, em geral mulheres.

A ausência de um centro comercial ou espaço cultural onde o migrante possa se expressar e viver a sua realidade permite concluir que a esfera de direitos naquela região ainda está longe de se concretizar, pois o fechamento do local embaraçou a vida de muitos migrantes que eram legalizados, sendo uma atitude drástica e em total descompasso com a previsão contida na Carta Magna de 1988.

A tradicional Festa do Migrante na Pastoral do Migrante Nossa Senhora de Fátima representa um momento de integração dos migrantes que chegam à Corumbá em situação de grande vulnerabilidade social, oportunizando a sua inserção na comunidade por meio do contato inicial com os brasileiros. A festa também possui o caráter de acolhimento do migrante boliviano em nosso território.



(Fonte: arquivo pessoal)

De acordo com o Padre Marco Antonio, ao discorrer sobre o atendimento do migrante em Corumbá, são patentes as dificuldades encontradas para a efetiva aplicação dos direitos da pessoa humana na localidade.

Segundo o entrevistado, há muitas exigências documentais para que o migrante seja atendido em postos de saúde, bem como tenha acesso aos serviços básicos do cidadão a fim de que lhe seja garantido trabalho e acolhida na cidade de Corumbá.

O trânsito de pessoas pela fronteira, bem como a permanência dos migrantes do lado de cá são facilitadas desde que não sejam reclamados direitos, sejam eles os mais básicos. Em caso contrário, são colocados vários empecilhos para que o migrante atravesse ou permaneça no território brasileiro.

Outro dado importante encontrado pela pesquisa foi sobre as possibilidades de travessia de bolivianos para o Brasil em outras localidades, como Letícia, próximo a Porto Velho/RO e pelo Estado do Acre.

A travessia ilegal por cada uma dessas cidades possui um preço: pela cidade colombiana de Letícia, que faz fronteira com Tabatinga (AM), em torno de U\$\$ 500 (quinhentos dólares), pela cidade de Brasiléia, no Acre, que é cortada pela rodovia BR-317 (liga o Acre ao Pacífico), em torno de U\$\$ 800 (oitocentos dólares) e por Corumbá/MS, o valor gira em torno de U\$\$ 2000 (dois mil dólares).

De acordo com a Pastoral do Migrante de Corumbá, há famílias bolivianas que vivem em situação de extrema pobreza, mas preferem ser ajudadas pelos minguados recursos da pastoral do que se registrarem junto ao Estado, haja vista as exigências legais para permanência, bem como o risco de serem expulsas do país devido à sua situação de ilegalidade.

São acolhidas pela pastoral diversas pessoas, procedentes de diversas partes do mundo, libaneses, árabes, italianos, russos, e até senegaleses.

Conforme observado, a migração ainda é tratada como “caso de polícia” e de segurança nacional, relegando a área de Direitos Humanos e de Assistência Social ao segundo plano, haja vista as dificuldades encontradas pelo migrante serem inúmeras, e na hipótese de sua estada ser para o trato de assuntos triviais ou comércio informal, isso é tolerado pelo Estado brasileiro.

Observou-se que o cidadão boliviano, bem como qualquer migrante, possui imensos obstáculos para obter documentos que lhe garantam a sua cidadania e a sua estada legal no Brasil, a fim de que lhe seja garantido trabalho digno e assistência do Estado para as suas necessidades mais básicas, seja no tocante à saúde ou obtenção de documentos que possibilitem uma melhor convivência como cidadão.

Constatou-se por meio da pesquisa que a Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008, bem como a Resolução nº 78, de 13 de setembro de 2010 do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN) apresentam de forma clara as condições e requisitos para que o cidadão brasileiro ou naturalizado venha a se tornar um microempreendedor individual, possibilitando que usufrua de todos os direitos inerentes a essa categoria, haja vista a feira de domingo possuir a maioria das barracas operadas por bolivianos, que pagam uma taxa de permanência ou ocupação do local sem que isso venha a reverter em qualquer direito para eles.

## **CONCLUSÃO**

No tocante à esfera de direitos, pode-se constatar que há muitas informações contraditórias quanto à obtenção de documentos pelos bolivianos e sua permanência no Brasil.

Constatou-se um número considerável de famílias compostas apenas pela mulher, brasileira, e segundo informações do Centro de Referência de Assistência Social (CRAS), na maioria dessas famílias, o homem é boliviano e prefere se omitir para não sofrer discriminação e não se submeter ao processo administrativo de naturalização, avaliado em torno de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) segundo o CRAS informou. Além disso, o boliviano, ao se submeter ao demorado processo de naturalização, nem sempre consegue emprego e mesmo assim sofre restrições devido à espera do resultado do processo, preferindo viver na clandestinidade.

A pesquisa constatou que há bolivianos que trabalham na construção civil do lado brasileiro e estão regularmente empregados, no entanto ao pleitearem seus direitos devem buscar a tutela do Ministério Público do Trabalho, pois há

casos em que os direitos trabalhistas não são pagos e sendo estrangeiros o processo de busca dos direitos é extremamente dificultoso.

Nessa etapa, foi dada prioridade ao viés social da pesquisa e partiu-se da visualização *in loco* da realidade dos bolivianos e de suas famílias quando chegam ao Brasil em busca de melhores condições de vida e a confrontação dessa mesma realidade com o direito previsto e não aplicado, ou aplicado parcialmente. Espera-se que sejam encontradas soluções ou apresentadas propostas e novos modelos que consigam atender às expectativas desses cidadãos com vistas a se resolver possíveis lacunas existentes entre o direito e a realidade vivida por essas pessoas.

Entretanto, o que se observa dentre os povos que passam pela fronteira, e os que permanecem no Brasil, é a busca de trabalho e dignidade.

Infelizmente, a maioria dos bolivianos que passam pela fronteira irão se dedicar à informalidade, principalmente as mulheres.

Embora haja acordos diplomáticos e de cooperação entre o Brasil e a Bolívia, há nítida diferenciação entre os brasileiros e os bolivianos no que concerne à esfera de direitos. O avanço nessa discussão tem trazido inúmeros benefícios às populações que recorrem ao Brasil, seja como residência ou apenas com o fim de assistência social ou de saúde.

Malgrado a face obscura do trabalho escravo, e a ausência de leis que efetivamente tratem o caso da migração como um caso social, e não apenas entabulem o problema migratório como caso de polícia, o fluxo migratório dos bolivianos segue um padrão determinado, onde a maioria possui idade entre 25 e 35 anos, portanto em idade produtiva.

A cidade de Corumbá, por razões históricas, é um local de passagem de pessoas no sentido das grandes capitais brasileiras, e que se ressentem por isso, haja vista a pessoa que atravessa a cidade não deixar absolutamente “nada” em contrapartida, apenas usando a localidade como descanso conforme o dizer dos corumbaenses.

Em outra ótica, não há restrições legais para que os migrantes que exercem suas atividades em território brasileiro possam se formalizar, aderindo ao micro-empendedorismo por meio do cadastramento na Receita Federal, haja vista receberem CPF e documentação que permite o recolhimento de tributos e demais impostos ao Estado brasileiro, adquirindo amparo legal que permita o usufruto dos direitos conferidos aos brasileiros, como auxílio-doença, aposentadoria e demais direitos inerentes ao cidadão formalizado. Para amenizar as mazelas da legislação brasileira e o seu efetivo amparo aos migrantes, quem sabe o caminho não seria esse?

## REFERÊNCIAS

- AGUILERA URQUIZA, A.H. Povos Indígenas no Brasil: a perspectiva da diversidade e autonomia. In: AGUILERA URQUIZA, A. H. et al. EDC – *Seminários e perspectivas da diversidade e cidadania - Vol. I*. Ed. Premier - UNICENTRO, 2010.
- BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. *Diário Oficial da União*, Brasília, 21 ago. 1980.
- BRASIL. Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 mar. 2004.
- BRASIL. Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 dez. 2008.
- BRASIL. Ministério da Justiça: *Relatório Mostra Avanços na Luta Contra o Tráfico de Pessoas*. Brasília: MJ, 2014. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/noticias/relatorio-mostra-avancos-na-luta-contr-o-traffic-o-de-pessoas>>. Acesso em 09 out. 2014.
- BRASIL. Receita Federal do Brasil: *Resolução CGSN nº 78, de 13 de setembro de 2010*. Brasília: RFB, 2010. Disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/resolucao/2010/CGSN/Resol78.htm>>. Acesso em 10 jul. 2015.
- BRASIL. Ministério da Saúde: *Política de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas*. Brasília: MS, 2014. Disponível em <[http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/politica\\_enfrentamento\\_traffic\\_o\\_pessoas.pdf](http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/politica_enfrentamento_traffic_o_pessoas.pdf)>. Acesso em 10 out. 2014.
- BRETTEL, C. B.; HOLLIFIELD, J. F. (2000). Introduction. In: *Migration Theory: Talking Across Disciplines*. BRETTEL, C. B.; HOLLIFIELD, J. F. (Ed.). New York: Routledge, 2000. p.1-26.
- CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto; BAINES, Stephen (Org.). *Nacionalidade e Etnicidade em Fronteiras*. Brasília: Editora UnB, 2005.
- COSTA, Gustavo Villela Lima da. *Os Bolivianos em Corumbá-MS: Conflitos e Relações de Poder na Fronteira*. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-93132015000100035](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132015000100035)>. Acesso em 27 de abril de 2016.
- GABAGLIA, Fernando Raja. *Fronteiras do Brasil*. Disponível em <<http://archive.org/details/asfronteirasdobr00gaba>>. Acesso em 09 set. 2014.
- LUSSI, Carmen; DURAND, Jorge. *Metodologia e Teorias no Estudo das Migrações*. São Paulo: Paco Editorial, 2015.
- SANTOS, Mauro Augusto dos. *Migração: Uma revisão sobre algumas das principais teorias*. Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2010.
- SANTOS, Milton. *Por uma outra Globalização: do pensamento único à consciência Universal*. São Paulo: Editora Record, 2001.



## NOTAS SOBRE O REGIME JURÍDICO DOS DEVERES FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

### *NOTES ON THE LEGAL REGIME OF FUNDAMENTAL DUTIES ON BRAZILIAN LAW*

Joaquim Basso

Mestre em Direito Agroambiental pela UFMT. Advogado.

**Submissão em 14.04.2015**

**Aprovação em 23.04.2016**

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v1i2.769>

**Resumo:** Os deveres fundamentais são categoria jurídica que tem sido deixada em segundo plano pela doutrina, por diversas razões históricas. Persiste a lacuna de uma sistematização do regime desses deveres fundamentais, que têm sido tratados de forma perfunctória ou esparsa pela ciência jurídica. O estudo busca trazer o embrião dessa sistematização. Conclui-se que esses deveres devem estar previstos no texto constitucional, de forma implícita ou explícita; podem ser autoaplicáveis, mas, em regra, terão estrutura bifásica; são cláusulas pétreas, enquanto forem considerados fundamentais; sujeitam-se a limites perante outros deveres fundamentais, direitos fundamentais e princípios constitucionais, e, por outro lado, também impõem limitações a esses direitos e princípios. São abordados alguns deveres fundamentais em espécie a título exemplificativo.

**Palavras-Chave:** Dignidade da pessoa humana; deveres jurídicos; solidariedade; colisão; eficácia horizontal.

**Abstract:** *The fundamental duties are a legal category that has been left in the background by the doctrine, for various historical reasons. There remains a gap of a systematization of the legal regime of fundamental duties, as they have been treated perfunctory or sparsely by legal science. The study seeks to bring the embryo of this systematization. It is concluded that these duties must be referred in the Constitution, either implicitly or explicitly; can be self-applicable, but in general, have a biphasic structure; are unchangeable constitutional rule, while considered fundamental; subject to limits before other fundamental duties, before fundamental rights and constitutional principles, and on the other hand, also impose limitations to those rights and principles. Some fundamental duties were addressed specifically, as example.*

**Keywords:** *Human dignity; legal duties; solidarity; collision; horizontal effect.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Esboço de uma teoria geral dos deveres fundamentais: 2.1 O esquecimento da disciplina; 2.2 Resgate e Fundamento jurídico da matéria; 2.3 Conceito; 2.4 Assimetria entre direitos e deveres fundamentais; 2.5 Distinções; 2.6 Titularidade e destinatários; 2.7 Conteúdo; 2.8 Eficácia; 2.9 Rigidez; 2.10 Relação dos deveres com os princípios; 2.11 Colisão de deveres fundamentais; 3. Alguns deveres fundamentais em espécie; Conclusão; Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Os sistemas jurídicos em geral costumam conferir maior ênfase aos direitos do que aos deveres, não obstante estes sempre estejam presentes no outro extremo das relações jurídicas estabelecidas por aqueles. Sob uma ótica contemporânea, contudo, os deveres jurídicos podem ser tratados de forma autônoma, de maneira a conferir maior destaque às obrigações dos indivíduos para com a coletividade, o que havia sido deixado em segundo plano na teoria do Direito.

Associado a esse mais recente direcionamento, está o surgimento de disciplinas e realidades recentemente incorporadas ao objeto do Direito que exigem comportamentos diferenciados dos indivíduos, como é o exemplo do ramo jurídico que lida com o meio ambiente, ou mesmo as questões jurídicas relacionadas à pobreza, à fome e à paz.

Para a transposição desses desafios, o Direito precisa de instrumentos efetivamente aptos a aplicar deveres jurídicos, a fim de que possa alterar comportamentos e ajustar as finalidades das condutas humanas. Surge desse contexto a relevância do estudo dos deveres fundamentais, como outra faceta do estatuto constitucional do indivíduo, que é dotado de dignidade humana.

A despeito de começarem a surgir alguns estudos esparsos sobre essa categoria jurídica, ainda não há sistematização do seu estudo, mormente com foco no ordenamento jurídico brasileiro, em que a lacuna é ainda mais contundente. Necessário, pois, o resgate dessa disciplina dos deveres fundamentais, por meio do estudo dos principais aspectos que definem o regime jurídico e, por consequência, a própria essência desses deveres.

Para estabelecer esse início de sistematização, o estudo, baseado em pesquisa de obras e artigos específicos, procura abranger questões fundamentais do instituto, sempre buscando apontar as posições de outros autores e os pontos divergentes, para, ao final de cada tópico, apresentar nossa conclusão. As seções do estudo trazem as principais questões abordadas na doutrina, desde a justificativa para resgate da disciplina, passando pelo fundamento jurídico, conceito,

distinções de outros institutos, o conteúdo e titularidade dos deveres, sua eficácia, rigidez e a relação com outras categorias jurídicas e com os próprios deveres fundamentais. Após essa abordagem em busca de um regime geral, são trazidos deveres fundamentais em espécie, a título exemplificativo.

Com esse itinerário, o objetivo do artigo é buscar, ao menos, o início de uma sistematização do regime jurídico dos deveres fundamentais, estabelecendo distinções entre institutos semelhantes, de forma a apresentar sua essência como categoria jurídica.

## 2. ESBOÇO DE UMA TEORIA GERAL DOS DEVERES FUNDAMENTAIS

Neste tópico, apresentar-se-á uma compilação dos principais aspectos que envolvem o regime jurídico dos deveres fundamentais, com o intuito de esboçar linhas introdutórias para uma teoria geral voltada a sua aplicação.

### 2.1 O ESQUECIMENTO DA DISCIPLINA

Entre outras razões, a história dos direitos fundamentais, ao menos em parte, coincide com a história da limitação do poder, sendo que as primeiras Constituições escritas que reconheceram aqueles direitos são produto do pensamento liberal-burguês do século XVIII, instituídos como uma forma de proteção do indivíduo frente ao Estado (SARLET, 2012, p. 36; 46-7). Isso levou a uma primazia quase absoluta dos direitos em detrimento dos deveres (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 136-7).

Com a eclosão do Estado Social, esse desequilíbrio teve de ser combatido, pois o individualismo exacerbado tomado pela posição liberal tornava o cidadão pouco comprometido com a sociedade, o que conduzia a uma aversão à necessidade de estabelecimento de direitos sociais, os quais implicam a observância de deveres e não um simples *non facere* estatal (SARLET, 2012, p. 228).

A implantação de regimes totalitários, contudo, na primeira metade do século XX, amainou essa tendência de fixar deveres, uma vez que os abusos daqueles regimes vinham acompanhados por uma predominância quase absoluta das situações jurídicas passivas (sujeições, deveres, obrigações etc.) (NABAIS, 2004, p. 15-9), de que são exemplos as Constituições da extinta União Soviética (DIMOULIS; MARTINS, 2011a, p. 340-1<sup>1</sup>).

---

<sup>1</sup> Conforme aduzem os autores, a título de exemplo, o art. 59 da Constituição de 1977 da União Soviética estabelecia que o exercício dos direitos e liberdades dos cidadãos é inseparável do exercício de seus deveres e obrigações.

Em decorrência disso, após a reimplantação da democracia em grande parte dos Estados ocidentais, tentou-se por todas as vias proteger o cidadão de novas investidas totalitárias, o que seria feito, novamente, pelo estabelecimento de direitos, deixando em segundo plano os deveres (MEDEIROS, 2004, p. 99). A tradição liberal-capitalista que dominou o pós-Segunda Guerra Mundial afastou a aplicação de deveres fundamentais, sob a alegação de que a fixação de deveres seria redundância, pois estes decorreriam dos direitos, entre outros argumentos que sustentavam a inutilidade dessa previsão (NABAIS, 2004, p. 24-5; DIMOULIS; MARTINS, 2011a, p. 325-7).

É compreensível, então, o déficit da atenção dedicada aos deveres, em detrimento dos direitos, ante essa evolução histórica no estabelecimento de direitos fundamentais, acompanhada de experiências consideradas traumáticas a respeito da imposição de deveres.

Nesse sentido, é também compreensível que o Título II da Constituição Federal (CF) brasileira de 1988, denominado “Dos direitos e garantias fundamentais”, cujo primeiro capítulo, intitulado “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”, não traz os deveres enunciados no seu título, limitando-se a enunciar os direitos (DIMOULIS; MARTINS, 2011a, p. 327). O nome desse capítulo advém de uma tradição constitucionalista que remonta à Constituição da República de Weimar, de 1919, cujo texto abrangia um título nominado “Direitos e deveres fundamentais dos alemães” (*Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen*)<sup>1</sup>. Essa tradição, no entanto, nem mesmo na própria Alemanha persistiu, depois da derrocada do regime nacional-socialista (NABAIS, 2004, p. 15-9).

Hoje, com a superação dessa “sombra” do totalitarismo, renova-se a ideia dos deveres fundamentais, em contraposição àquela primazia absoluta de direitos. Segundo José Canotilho (2003, p. 531), os tempos estão maduros para voltarmos a falar em deveres fundamentais.

É pacífico na doutrina a constatação do “esquecimento” dos deveres fundamentais em detrimento dos direitos. Porém, o recrudescimento da disciplina é inevitável, frente aos desafios que o mundo contemporâneo propõe – o que ficará mais claro com a apreciação dos fundamentos jurídicos dos deveres fundamentais.

## 2.2 RESGATE E FUNDAMENTO JURÍDICO DA MATÉRIA

José Casalta Nabais (2004, p. 28-9), em obra que é referência, no idioma português, sobre o tema dos deveres fundamentais, considera que duas posições

---

<sup>1</sup> Sobre deveres fundamentais na Constituição de Weimar, cf. BADURA, 1982, p. 864-8.

extremas e opostas sobre estes devem ser afastadas. A primeira é a daqueles que identificam a liberdade dos indivíduos como algo ilimitado e os poderes do estado para intervir como algo limitado, colocando a sociedade e o estado como duas coisas estanques e completamente distintas. Essa concepção, apesar de fundamental para a defesa de um Estado de Direito, não é suficiente para justificar outras formas de limitação aos direitos dos indivíduos além daquelas decorrentes dos direitos subjetivos de outrem (NABAIS, 2004, p. 30-1).

A posição oposta, por sua vez, sugere que os direitos fundamentais estariam todos dissolvidos nos deveres (MAINO, 2011, p. 30), sendo estes uma expressão da soberania estatal, como ocorre nas teorias funcionalizantes dos direitos fundamentais. Essa concepção, para José Nabais (2004, p. 32-5), também deve ser rechaçada, já que subordina os direitos aos deveres, em posição típica dos estados totalitários.

A primeira posição não pode ser aceita, pois há exigências decorrentes da ordem constitucional que excedem àquelas limitações impostas pelo exercício dos direitos de outrem, como são as imposições que se fundamentam na moral, na ordem pública, no bem-estar de uma sociedade democrática. São essas exigências que dão suporte aos deveres fundamentais (NABAIS, 2004, p. 31).

Assim, os deveres fundamentais encontram fundamento jurídico na solidariedade, que decorre da necessidade de o ser humano ser reconhecido como “responsável pela comunidade à sua volta”, eis que a sociedade pressupõe um respeito mútuo entre os indivíduos, sem o qual se inviabiliza qualquer convívio (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 138). Ao posicionar a solidariedade como fundamento dos deveres fundamentais, estes passam a significar a inserção de valores comunitários nas relações privadas, conduzindo o indivíduo a parâmetros éticos diferenciados da lógica de mercado, em seu sentido puramente individualista (DUQUE; PEDRA, 2013, p. 150-2).

Nota-se, então, que a vida em sociedade não seria tolerável com a mera previsão de direitos, sendo imprescindível que os indivíduos sejam vinculados a deveres, pois são estes que impõem o reconhecimento do outro, da alteridade, da solidariedade, noções que afastam o senso comum de que “ninguém deve nada a ninguém” (MAINO, 2011, p. 36-9). São os deveres, e não os direitos, que perfazem o código moral (LAWS, 2003), daí a importância de o ordenamento jurídico considerar não só direitos, mas deveres também.

Releva distinguir que os deveres aqui referidos são jurídicos e não apenas éticos ou morais<sup>2</sup> – não obstante tenham surgido na ética e na religião (MAR-

<sup>2</sup> Sobre as distinções entre esses tipos de deveres, cf. BANDIERI, 2011, p. 228-31.

TÍNEZ, 1987, p. 329) – e, no âmbito das categorias jurídicas, não são meros limites a direitos fundamentais, da mesma maneira que não são reflexos individuais dos poderes estatais (NABAIS, 2004, p. 35-6; 41-2). Não obstante, não deixam de se relacionar com os direitos fundamentais, ainda que de forma autônoma, pois compõem o “estatuto constitucional do indivíduo”, participando da realização da dignidade da pessoa humana, que não se limita ao estabelecimento daqueles direitos, mas também inclui determinações lastreadas em certos valores comunitários, que, justamente, são os deveres fundamentais (NABAIS, 2004, p. 38-40).

Consoante José Nabais (2004, p. 48), os primeiros deveres fundamentais, considerados em seu devido sentido (como autônomos e representativos da realização da dignidade da pessoa humana), previstos nas primeiras Constituições liberais, foram o de defesa da pátria e o de pagar impostos, previstos desde a Declaração francesa de Direitos do Homem e do Cidadão (art. 13)<sup>3</sup>.

Posteriormente, surgiu o dever de votar (advindo da universalização do direito ao voto) e, então, vieram os deveres sociais, como os de escolaridade obrigatória, de educação dos filhos pelos pais, de cultivo e exploração do solo, entre outros, capitaneados pela Constituição do México de 1917 e de Weimar, de 1919 (NABAIS, 2004, p. 51-2).

Por fim, com uma terceira geração de direitos fundamentais, também advieram deveres fundamentais associados ao patrimônio cultural e ao meio ambiente, que estão de tal forma relacionados com direitos (cujos destinatários são os próprios indivíduos, que têm deveres perante eles mesmos), que podem ser chamados de “direito circulares”, “direitos *boomerang*”, “direitos poligonais”, ou “direitos de solidariedade” (NABAIS, 2004, p. 52-3). Ainda, há os deveres para com outros entes, que não os indivíduos, como são os animais, as plantas e até elementos abióticos, como os rios e mares, da mesma forma que se pode falar de deveres para com indivíduos que sequer existem no presente, como são as futuras gerações (NABAIS, 2004, p. 53-4).

Diante dessas notas, é possível apontar que a categoria jurídica dos deveres fundamentais é elementar na realização da dignidade da pessoa humana, que não se contenta com o atendimento de direitos fundamentais, oponíveis perante o Estado. Os indivíduos, para que sejam dotados de sua intrínseca dignidade, também precisam cumprir deveres para com o próprio corpo social, eis que a solidariedade é uma das facetas daquela dignidade, que só se realiza completamente em uma sociedade dotada de certo compromisso comunitário. A dignidade da

<sup>3</sup> Igualmente, cf. BADURA, 1982, p. 861.

pessoa humana afigura-se, então, como fundamento e como limite na instituição de deveres fundamentais<sup>4</sup>.

### 2.3 CONCEITO

Não há unanimidade sobre a extensão do conceito de “deveres fundamentais”, havendo autores, como Ingo Sarlet, que o consideram numa acepção ampla, que abrange deveres de proteção estatal e deveres organizatórios dos Estados (SARLET, 2012, p. 228<sup>5</sup>), e outras concepções menos amplas, voltadas para os deveres não-estatais.

Discute-se se sua conceituação deve ser feita por um critério formal ou material. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2011a, p. 335-6) adotam o primeiro, isto é, para eles, é dever fundamental aquele previsto na Constituição, independentemente de seu conteúdo. Preferem esse critério por sua segurança, já que o critério material estaria sujeito a uma indesejável subjetividade. José Canotilho (2003, p. 534), em sentido semelhante, conducente à mesma conclusão, afirma haver uma reserva de Constituição quanto aos deveres fundamentais, inexistindo abertura material, nos moldes que há para os direitos. Ou seja, somente a Constituição, para esse autor, pode prever deveres fundamentais.

José Nabais (2004, p. 87), por sua vez, coloca que os deveres fundamentais precisam estar previstos na Constituição, de forma expressa ou implícita, sustentando que se submetem a um princípio da tipicidade ou do *numerus clausus*. Exemplo claro, nessa concepção, de dever fundamental implícito seria o de pagar impostos: não obstante não haja uma regra expressa que estabeleça tal dever, este decorre do regime constitucional e das competências tributárias fixadas no Texto Maior. Apesar de José Nabais (2004, p. 61-3) apontar que a jusfundamentalidade desses deveres advém do fato de que são aplicação da dignidade da pessoa humana, ou seja, há um critério substancial na definição de tais deveres, há aparente contradição na sua conclusão, eis que considera que os deveres legais, ainda que substancialmente fundamentais, não podem ser entendidos como tais, posto que não são constitucionais, afirmação que indica a tendência do autor para adotar uma conceituação formal dos deveres fundamentais. A confusão fica ainda mais patente quando o autor afirma que “todos os deveres por ela [a Constituição] consagrados se devem presumir (materialmente) fundamentais”, fazen-

<sup>4</sup> No mesmo sentido, discutindo outros possíveis fundamentos para os deveres fundamentais, cf. NABAIS, 2004, p. 54-60.

<sup>5</sup> O autor limita a abrangência de estudo dos deveres fundamentais, não incluindo os deveres de proteção estatal, mas na sua abordagem não exclui aqueles em que o Estado é destinatário do dever.

do crer, então, que a forma basta para criar a substância do conceito (NABAIS, 2004, p. 73).

Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer (2012, p. 150), contudo, posicionam-se em sentido oposto, rechaçando a posição de que os deveres fundamentais obedeceriam ao princípio da tipicidade, o que fazem fundamentados na extensão da abertura material dos direitos fundamentais (art. 5º, §2º, da Constituição) de forma a aplicá-la também aos deveres. Pedro Vieira e Adriano Pedra (2013, p. 9-10) também defendem, pela imprescindibilidade da previsão de deveres, a extensão da abertura do bloco de constitucionalidade também para os deveres fundamentais, isto é, tratando seu rol como mero *numerus apertus*.

Gregorio Martínez (1987, p. 336), em amplo estudo da evolução histórica da categoria dos deveres jurídicos, adotando o critério material, conceitua o dever fundamental como aqueles deveres jurídicos que se referem a dimensões básicas da vida do homem em sociedade, a bens de primordial importância, à satisfação das necessidades básicas ou que afetam setores especialmente importantes para a organização e funcionamento das instituições públicas, ou ao exercício dos direitos fundamentais, geralmente em âmbito constitucional.

A nosso ver, em consonância com o fundamento jurídico dos deveres fundamentais aqui acolhido, os deveres fundamentais somente podem ser conceituados por um critério substancial, isto é, como expressão do “estatuto constitucional dos indivíduos” e como corolário da dignidade da pessoa humana. Daí se dizer que são “fundamentais”, no que diferem dos deveres meramente constitucionais que não dizem respeito à dignidade humana<sup>6</sup>.

Para ilustrar, poder-se-ia citar o dever de a pesquisa tecnológica voltar-se para problemas brasileiros preponderantemente e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional, previsto no art. 218, §2º, da CF. Apesar de se tratar de um dever constitucional, pois previsto na Constituição, não se pode dizer que está ligado à dignidade da pessoa humana, ou que seu descumprimento acarretaria violação desta, daí porque não se trata de dever fundamental.

No entanto, não se pode afastar totalmente o critério formal, razão pela qual é preciso fixar um critério misto. É necessária previsão, explícita ou implícita, no texto constitucional, eis que os deveres fundamentais, em geral, implicam limitações aos direitos fundamentais e jamais um dever meramente legal poderia restringir esses direitos, sob pena de incorrer em violação de cláusula pétrea e, por conseguinte, ser considerado inconstitucional (art. 60, §4º, IV, CF).

<sup>6</sup> Sobre a diferença entre deveres constitucionais e fundamentais, cf. SARLET, 2012, p. 228.

Pode-se resumir, então, dizendo que são deveres fundamentais aqueles que compõem estatuto constitucional do indivíduo, determinando a realização da dignidade da pessoa humana, em nome dos valores comunitários de solidariedade, e estão previstos, implícita ou explicitamente, na Constituição.

#### 2.4 ASSIMETRIA ENTRE DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS

É importante afastar a concepção pela qual os deveres fundamentais seriam mero “reflexo no espelho” dos direitos fundamentais, ou seja, que aqueles seriam mera decorrência destes, como era afirmado pelos autores que negavam a utilidade em prever esses deveres (DIMOULIS; MARTINS, 2011<sup>a</sup>, p. 325-7). José Canotilho (2003, p. 533) aponta para essa desvinculação entre os direitos e deveres, denominando-a de “assinalagmaticidade ou assimetria”.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2011a, p. 329) afirmam que há deveres fundamentais “autônomos”, isto é, que não constituem simples reflexo de direitos fundamentais. Na classificação desses autores, enquadram-se como deveres autônomos dos particulares o dever da família de educar (art. 205, da Constituição)<sup>7</sup>, o dever de prestar serviço militar (art. 143), o dever de segurança pública como responsabilidade de todos (art. 144), o dever de preservação do meio ambiente (art. 225), entre outros (DIMOULIS, MARTINS, 2011a, p. 329-31). Os mesmos autores trazem outra interessante categoria que denominam de “direitos fundamentais que são acompanhados de deveres do titular”. Para um desses autores (Dimitri Dimoulis), o direito de propriedade é um desses que atribui a seu titular, juntamente com o direito, um dever fundamental, que é a função social da propriedade. Já para outro daqueles autores (Leonardo Martins), a função social da propriedade é um limite constitucional especial ao exercício da propriedade – e não um dever do proprietário (DIMOULIS; MARTINS, 2011a, p. 334).

Nesse ponto, fica claro que deve ser separada a noção de deveres fundamentais daquela de limitações ou restrições aos direitos fundamentais, posto que aqueles se submetem a um regime, que aqui se busca expor, inclusive com discussão sobre sua eficácia e rigidez (adiante exposta), ao passo que as limitações a direitos fundamentais submetem-se a outro regime, como uma questão acessória do próprio regime dos direitos fundamentais. Por exemplo, a função social tida como limite do direito de propriedade é um acessório deste e com ele se extingue, não havendo que se questionar sua eficácia (se precisa de regulamentação, por exemplo) ou rigidez (se pode ser extirpada do ordenamento). Já a

<sup>7</sup> Sobre o dever fundamental de proteção da família, cf. BASTOS, 2012.

função social encarada como dever fundamental da propriedade submeter-se-á ao regime de rigidez e eficácia desses deveres (adiante exposto).

Ainda sobre a assimetria entre direitos e deveres, Ingo Sarlet (2012, p. 229), que aborda o assunto dos deveres fundamentais em uma concepção mais ampla, abrangente de deveres de proteção estatal, como já mencionado, classifica os deveres em conexos (ou correlatos) e autônomos. Os primeiros, para esse autor, seriam os direitos-deveres, isto é, direitos que, ao mesmo tempo, carregam consigo um dever correlato, como ocorre com a saúde (que é direito de todos e dever do Estado, conforme o art. 196, da CF) e com o meio ambiente (que é direito e dever de todos, consoante o art. 225). Já entre os deveres autônomos, para o autor, estão o de pagar impostos, de colaborar com a administração eleitoral, de prestar serviço militar, entre outros.

Em sentido semelhante, José Nabais (2004, p. 113-4) coloca os deveres autônomos como aqueles que se colocam em uma relação de exclusão dos direitos ou de sua delimitação, ao passo que os “não autônomos” estariam em uma relação de integração com esses direitos.

Nesse ponto, estamos com José Nabais (2004, p. 117-22), para quem a tese de uma completa assimetria entre direitos e deveres fundamentais é equivocada, assim como aquela que sustenta uma sobreposição completa entre ambas categorias. O que existe é uma “assimetria parcial”, que implica dizer que há certa dependência, posto que não existem direitos sem deveres e nem o contrário, que decorre do fato de ambos – direitos e deveres fundamentais – perfazerem o estatuto constitucional do indivíduo e, como tal, submeterem-se a um mesmo regime geral.

Assim, por exemplo, é em razão de tal regime geral que os deveres fundamentais são aplicáveis a residentes nacionais e estrangeiros, da mesma maneira que os direitos fundamentais. O mesmo vale para o princípio geral da proporcionalidade<sup>8</sup> ou a proibição do excesso, entre outros, que devem ser aplicados tanto aos direitos como aos deveres fundamentais. Estes não são totalmente independentes daqueles, pois lhes implicam limitações (o dever de pagar impostos e de cultivo da terra, por exemplo, limitam o direito de propriedade), da mesma maneira que os direitos implicam limitações aos deveres, tanto pelo fato de que a concretização destes não pode violar o núcleo essencial daqueles (sob pena de corromper o mínimo existencial da pessoa humana), como no caso de direitos que servem especificamente à limitação de deveres (tal como o direito de objeção de consciência perante o dever de prestar serviço militar obrigatório – art.

<sup>8</sup> Nesse sentido, cf. SARLET, 2012, p. 232.

143, §1º, CF) (NABAIS, 2004, p. 122-5). Importante notar, porém, conforme Dimi- tri Dimoulis e Leonardo Martins (2011a, p. 338-9), que ao conflito entre deveres e direitos fundamentais não pode ser aplicada cegamente a dogmática dos limi- tes e colisões entre direitos fundamentais (com técnicas como a ponderação).

Em suma, há uma assimetria parcial entre direitos e deveres fundamentais, não podendo ser ignorado que ambos estão sempre intimamente relacionados, seja para se excluírem mutuamente, seja para se reforçarem, ou apenas se limi- tarem.

## 2.5 DISTINÇÕES

Importante, nesse ponto, apresentar outra distinção: os deveres fundamen- tais não se confundem com a “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”(- *Drittwirkung*). Enquanto aqueles são normas que impõem a seus destinatários um comportamento diretamente previsto na Constituição, a eficácia horizontal é um efeito da titularidade de um direito fundamental, pelo qual um terceiro (alheio à relação entre o Estado, que estabelece e tutela o direito, e o seu titular) pode ser obrigado a tomar uma atitude para assegurar esse direito titularizado por outro indivíduo. A eficácia horizontal é uma modalidade de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais<sup>9</sup>, ao passo que os deveres fundamentais são decorrência de normas diretamente impositivas a seus destinatários, sem a necessidade de que haja um direito fundamental conexo para que isso seja válido.

A esse respeito, esclarece José Nabais (2004, p. 115-6) que até os deveres fundamentais para consigo mesmo ou para outros indivíduos são sempre exi- gíveis pelo Estado ou pela coletividade, diferentemente do que ocorre na *Drit- twirkung*, em que é o próprio indivíduo, titular de um direito fundamental viola- do pelo terceiro, que deve reclamar o que lhe fizer jus.

Evidencia ainda mais a diferença entre deveres fundamentais e eficácia ho- rizontal de direitos fundamentais a constatação de que é possível se falar em “eficácia horizontal de deveres fundamentais” (ou seja, uma *Drittwirkung* de de- veres fundamentais). José Canotilho (2003, p. 536) faz afirmação nesse sentido, mencionando que poderia ser possível falar-se em “deveres fundamentais en- tre cidadãos”. José Nabais (2004, p. 99-100), de forma mais aguda, cita duas for- mas de eficácia de deveres fundamentais perante terceiros: uma que decorreria daqueles deveres conexos a direitos, que não seria propriamente uma eficácia decorrente do dever, mas sim do direito fundamental; e outra que seria propria- mente a eficácia externa de deveres fundamentais autônomos. Os exemplos des-

<sup>9</sup> Para mais detalhes sobre a eficácia horizontal, cf. SARMENTO, 2011, p. 285-323.

ta, segundo o autor, são muito restritos, apontando, na Constituição portuguesa, a eficácia externa do serviço militar obrigatório, que compele a outros indivíduos o dever de não prejudicar ninguém “na sua colocação, nos seus benefícios sociais ou no seu emprego permanente por virtude do cumprimento do serviço militar” (art. 276, 7, da Constituição portuguesa).

Fica claro, dessa forma, que os deveres fundamentais não se confundem com a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que é mero efeito do direito fundamental, capaz de vincular terceiros indivíduos, de modo a que estes não violem direitos alheios; ao passo que os deveres não precisam ter qualquer vinculação a direito algum, apresentando-se, por vezes, como completamente autônomos.

## 2.6 TITULARIDADE E DESTINATÁRIOS

Necessário estabelecer quem são aqueles que são obrigados a cumprir os deveres fundamentais (destinatário) e quem pode exigir seu cumprimento ou se beneficiar dele (titular).

Interessante e esclarecedora é a classificação trazida por José Nabais (2004, p. 115), relativa aos titulares dos deveres fundamentais. Conforme o autor, estes podem: a) vincular os cidadãos ao Estado, como fazem os deveres políticos; b) vincular indivíduos com a coletividade em geral, como são os de caráter econômico, social ou cultural, entre os quais se inclui o de produção agrária ou o de proteção de patrimônio cultural; c) vincular indivíduos a outros indivíduos, como faz o dever dos pais de educar os filhos; e d) obrigar o destinatário a um dever consigo próprio, como é o dever de promover a saúde própria e de proteção do meio ambiente (RUSCHEL, 2007, p. 243).

Alguma divergência há sobre se o Estado é um possível destinatários de deveres fundamentais, ou seja, se quando a Constituição estabelece deveres estatais, pode estar a impor deveres fundamentais. Nesse ponto, estamos com José Nabais, que diferencia os deveres fundamentais dos deveres constitucionais organizatórios ou funcionais, que são as competências obrigatórias do Estado, que compõem o estatuto organizatório da Constituição e não o estatuto do indivíduo (NABAIS, 2004, p. 74). A posição é justificada, eis que o regime das competências e deveres estatais em geral é diferenciado dos deveres fundamentais. Isso porque o não cumprimento de tais competências (como a de instituição de um tributo, ou de regulamentação de um direito de eficácia limitada) geram sanções diversas, não raro sendo ilegítimo exigir o cumprimento do dever estatal, ante a separação de poderes e princípios democráticos que impedem a substituição da vontade estatal em diversos casos.

Conclui-se que os destinatários dos deveres fundamentais, na concepção aqui adotada, são apenas os indivíduos e a coletividade (nos deveres fundamentais coletivos, como o de proteção ambiental, definido no art. 225, da CF), excluindo-se os deveres estatais, pois nesse caso o que existem são meras competências administrativas, legislativas ou judiciais.

Quanto à titularidade dos deveres fundamentais, é a mais ampla possível, isto é, aqueles que podem exigir o cumprimento dos deveres (ou que deles são beneficiados) podem ser outros indivíduos, o Estado, a coletividade (RUSCHEL, 2007, p. 242), ou mesmo, em concepções mais contemporâneas, os animais, elementos abióticos e as futuras gerações (NABAIS, 2004, p. 53-4)<sup>10</sup>.

## 2.7 CONTEÚDO

Assim como os direitos fundamentais, os deveres podem apresentar conteúdo de natureza defensiva (impõem um comportamento negativo) ou prestacional (impõem um comportamento positivo), podendo haver deveres complexos que apresentem ambas as naturezas (SARLET, 2012, p. 229-30).

José Nabais (2004, p. 112) aponta como exemplos dessa classificação, o dever negativo de isenção político-partidária das Forças Armadas (correspondente ao art. 142, §3º, V, da Constituição brasileira<sup>11</sup>) e o dever positivo de pagar impostos e de prestação de serviço militar.

Sobre os deveres que são simultaneamente positivos e negativos, exemplifica aquele autor (NABAIS, 2004, p. 112)<sup>12</sup> com a promoção da saúde (por exemplo, os deveres implícitos de tratamento de saúde exigem condutas positivas, enquanto também há implícito dever de abstenção de condutas lesivas à saúde), a defesa do meio ambiente (por exemplo, dever de preservar, do *caput* do art. 225, é negativo; e o dever de recuperar meio ambiente degradado do §2º do mesmo artigo, é dever positivo (ANDRADE; FOCHI, 2012, p. 136)) e do patrimônio cultural (por exemplo, dever de promover o patrimônio cultural é positivo e o dever de protegê-lo é negativo, ambos previstos no §1º do art. 216, da CF).

Nesse sentido, há semelhança entre os conteúdos de direitos e deveres fundamentais, na medida em que ambos podem exigir condutas positivas ou negativas, ou ambas.

<sup>10</sup> Cf., também, AYALA, 2010, p. 334-7.

<sup>11</sup> “Art. 142. [...] § 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições: [...] V - o militar, enquanto em serviço ativo, não pode estar filiado a partidos políticos”.

<sup>12</sup> No mesmo sentido, SARLET, 2012, p. 229-30.

## 2.8 EFICÁCIA

É discutida também a necessidade de regulamentação dos deveres fundamentais, ou seja, se estes teriam “eficácia imediata”, tal qual ocorre com os direitos fundamentais (ante a expressa disposição do art. 5º, §1º, da CF).

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2011a, p. 335) sustentam que os deveres fundamentais possuem uma “estrutura bifásica”, devendo a Constituição enunciá-los e a lei concretizá-los. Acrescentam os autores que dizer o contrário seria de pouco valor prático, pois os vagos termos que a Constituição comumente emprega para definir esses deveres não poderiam vincular alguém de forma concreta, sendo difícil exigir esses deveres sem que tenham sido regulamentados.

No mesmo sentido, José Canotilho (2003, p. 535) aponta a “baixa densidade” dos deveres fundamentais, o que torna justificada a exigência de regulamentação, a qual, conforme o autor, pode ser dispensada, pois há casos em que se verifica a aplicabilidade imediata desses deveres (como no dever de obediência das leis e no de respeito ao direito dos outros, consoante exemplos do mesmo autor).

José Nabais (2004, p. 113) também afirma, na mesma orientação, que, contrariamente aos direitos fundamentais, os deveres não são diretamente aplicáveis, mormente no que diz respeito às sanções, imprescindíveis à efetividade daqueles. O autor apenas excepciona os raros eventuais casos em que a própria Constituição estabeleça uma sanção para o dever, ainda que, mesmo nesses casos, será muito provável que haja a necessidade de regulamentação para a adequada aplicação da sanção constitucional.

Em sentido diverso, mas com parcimônia, Ingo Sarlet (2012, p. 230-1) alega que os deveres fundamentais podem ter eficácia e aplicabilidade imediatas, mas isso deve ser verificado de modo distinto do que ocorre com os direitos fundamentais, pois há necessidade, em alguns casos, de ser verificado o princípio da legalidade (como ocorre nas sanções penais, administrativas e econômicas impostas pela Constituição). Esse mesmo autor reconhece, contudo, que prevalece a orientação de que os deveres fundamentais são apenas indireta ou mediatamente aplicáveis (SARLET, 2012, p. 231).

De forma assemelhada a Ingo Sarlet, Henrique Tavares e Adriano Pedra (2014, p. 15) concluem, ao estudarem esse tema de forma específica, que a eficácia dos deveres fundamentais não pode ser tratada nos mesmos moldes dos direitos fundamentais. Esses autores apontam que nem todos os deveres fundamentais carecem de intervenção legislativa para que seus efeitos sejam produzidos, como ocorre com o dever de promover e incentivar a educação e o de

preservar e proteger o meio ambiente – ao contrário do dever de pagar impostos, que exige expressamente disciplina legal para que possa ser exigido, consoante o art. 150, I, da CF.

Fábio Konder Comparato (2000, p. 142-3), por sua vez, assumindo como premissa a bilateralidade entre direitos e deveres (para cada direito haveria um respectivo dever), afirma que a Constituição, ao estabelecer aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais, também reconheceu, implicitamente, o mesmo quanto aos respectivos deveres.

A esse respeito, pensamos que, de forma similar a Henrique Tavares e Adriano Pedra, a estrutura bifásica não é da essência do dever fundamental, não obstante seja conveniente e mais adequado que haja uma especificação legal. É dizer, não se pode descartar completamente a possibilidade de que um dever fundamental seja inteiramente regulamentado na própria Constituição. Todavia, é raro que esta o faça, razão pela qual o normal é que haja necessidade de regulamentação infraconstitucional para devida aplicação do dever. Não se concorda, contudo, com a posição de Ingo Sarlet a respeito do princípio da legalidade, eis que este se mostrará adequadamente cumprido se for a própria Constituição que estabelecer a sanção, ainda com maior razão do que nos casos em que tal sanção é estabelecida em mero nível infraconstitucional (exceto, claro, na hipótese de a própria lei exigir previsão legal, como no caso do dever de pagar tributos).

É representativo, na Constituição brasileira, o exemplo do seu art. 184, que estabelece a sanção de desapropriação para fins de reforma agrária para o proprietário que descumprir a função social da propriedade. Seria possível sustentar que esse dever é autoaplicável no que tange aos imóveis rurais, eis que o art. 184 é minucioso sobre as condições de aplicação da sanção. Entretanto, o mesmo dispositivo, no §3º, delega à lei complementar o procedimento de aplicação dessa sanção, estabelecendo uma estrutura bifásica, que, não fosse essa disposição, poder-se-ia entender se tratar de dever fundamental de aplicabilidade imediata.

## 2.9 RIGIDEZ

Quanto à rigidez dos deveres fundamentais, Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer (2012, p. 153) sustentam que, por sua condição material de fundamentalidade, aqueles estão protegidos contra reformas que esvaziem seu conteúdo – isto é, são, em regra, cláusulas pétreas. No mesmo sentido, José Nabais (2004, p. 174-81), seguindo doutrina alemã, defende que há uma “intangibilidade dos deveres fundamentais”, seja porque estão associados a direitos fundamentais (e, por essa razão, revestem-se da mesma imutabilidade destes), seja porque, nos demais ca-

sos, são expressão da dignidade da pessoa humana e, por isso, restringi-los seria violá-la, o que não pode ser admitido.

Diante do ordenamento constitucional brasileiro, o assunto toma diversos matizes, a exemplo da discussão do que seriam as cláusulas pétreas para os próprios *direitos* fundamentais – visto que o art. 60, §4º, IV, da CF, é restritivo quanto a “direitos e garantias individuais”, o que provoca intensa celeuma doutrinária quanto à abrangência de outros direitos fundamentais, como são os sociais (FERNANDES, 2010, p. 116-7).

No entanto, sem aprofundar o tema já é possível definir, com sentido semelhante ao de José Nabais, que, baseado em um conceito substancial de deveres fundamentais, como aqueles que expressam o estatuto constitucional do indivíduo, decorrente da dignidade da pessoa, seria inadmissível que deveres necessários ao alcance dessa dignidade fossem suprimidos por via de lei ou mesmo emenda constitucional. Alguns deveres encontram óbices implícitos nas cláusulas pétreas do art. 60, §4º, da CF, como sucede com o dever de participação nas eleições, que decorre da cláusula de “voto direto, secreto, universal e periódico” constante da alínea “b” daquele dispositivo.

Não obstante, pode-se vislumbrar que sejam suprimidos deveres que deixem de ser considerados fundamentais, pois não mais sejam essenciais à dignidade humana. Assim, por exemplo, o dever fundamental de produção agrária (art. 185, II) poderia deixar de ser considerado fundamental em uma realidade socioeconômica em que essa produção deixa de ser essencial à dignidade humana<sup>13</sup>.

## 2.10 RELAÇÃO DOS DEVERES COM OS PRINCÍPIOS

Algumas notas devem ser feitas no que tange à relação entre os deveres fundamentais e os princípios constitucionais.

Quanto aos princípios, José Nabais (2004, p. 127-31) aponta que, tal como acontece com os direitos fundamentais, aqueles também (a) servem de suporte para os deveres fundamentais, bem como (b) se colocam como um condicionamento recíproco em relação a esses deveres. Como suporte de deveres fundamentais (a), os princípios constitucionais fundamentam e explicam os deveres, como acontece, por exemplo, com o princípio democrático

<sup>13</sup> É o que ocorre na União Europeia, em que, por meio do Regulamento n. 1.782, de 29 de setembro de 2003, do seu Conselho, até mesmo aquele que nada cultiva em sua propriedade terá retorno econômico apenas pelo fato de não deixar abandonado seu imóvel, mantendo em boas condições agrícolas e ambientais. Sobre o assunto, cf. SÁENZ, 2012, p. 53-72; e ALBUQUERQUE; BASSO, 2013, p. 54-83.

co, que dá suporte aos deveres políticos. Os princípios constitucionais, além disso, (b) condicionam reciprocamente os deveres, o que significa que, de um lado, (b.1) estes são condicionados pelos princípios (como ocorre nos casos, já mencionados, de aplicação do princípio da proporcionalidade, ou outros limites decorrentes da dignidade da pessoa humana), e de outro, (b.2) esses princípios é que são limitados por deveres fundamentais (como ocorre, por exemplo, na limitação do princípio da igualdade, quando do dever fundamental de prestar serviço militar são excepcionados as mulheres e aqueles que aleguem imperativo de consciência).

Assim, conclui-se que a relação entre deveres fundamentais e princípios constitucionais é muito próxima (senão idêntica) da relação entre estes e os direitos fundamentais.

### 2.11 COLISÃO DE DEVERES FUNDAMENTAIS

Um último aspecto a ser considerado é a relação dos deveres fundamentais entre si, em especial a situação de conflito ou colisão de deveres fundamentais.

Esse conflito é possível, porém muito mais raro do que no caso de direitos fundamentais, eis que, em geral, os deveres demandam, como visto, uma regulamentação e, se o conflito operar-se apenas no nível legal, não será propriamente um conflito de deveres fundamentais, mas de meros deveres legais (NABAIS, 2004, p. 133-4).

Em princípio, as mesmas soluções para a colisão de direitos fundamentais são aqui aplicáveis (critério de proporcionalidade, interpretação sistemática da Constituição, ponderação etc.<sup>14</sup>), sendo importante verificar se o caso é de conflito aparente (em que apenas o conteúdo aparente de um dever é restringido por outro dever) ou real (em que o conteúdo real do dever é violado por outro dever, caso em que um dos deveres deve ser restringido pelas vias ordinárias, ou mesmo por revisão constitucional, para sua adequada solução) (NABAIS, 2004, p. 25-6).

É possível imaginar um conflito próprio de deveres fundamentais na hipótese do dever de defesa e proteção do meio ambiente (art. 225, CF) e o dever de produção agrária (art. 185, II, CF). Dessa colisão, deve-se pautar que nem a produção agrária pode ser tão intensa a ponto de violar o núcleo do dever de proteção ambiental e nem este pode ser tão amplo a ponto de extinguir as possibilidades de realização da essencial atividade de produção agrária.

<sup>14</sup> Sobre a colisão de direitos fundamentais, cf. DIMOULIS; MARTINS, 2011b, p. 160-2.

Em suma, pode-se concluir que os deveres fundamentais fazem parte do estatuto constitucional do indivíduo, submetendo-se, em geral, aos mesmos princípios aplicáveis aos direitos fundamentais, eis que sua assimetria com estes é apenas parcial. São conceituados de forma substancial, pois materializam o cumprimento da dignidade da pessoa humana, mas devem estar previstos, implícita ou explicitamente, no texto constitucional. São autoaplicáveis, se vierem inteiramente dispostos no texto constitucional, inclusive com a sanção e procedimento para sua aplicação – o que é raro, tornando, para fins práticos, os deveres fundamentais como apenas mediatamente aplicáveis. São possíveis destinatários desses deveres os indivíduos e a coletividade; e podem ser seus titulares outros indivíduos, o Estado, a coletividade, os animais, elementos abióticos e as futuras gerações. Os deveres fundamentais, enquanto assim forem considerados, são insuscetíveis de restrição pelo poder constituinte derivado (são cláusulas pétreas). Ainda, podem ser positivos ou negativos (ou ambos), podendo apresentar eficácia externa (*Drittwirkung*), limitar princípios constitucionais e ser por eles limitados. Por fim, os deveres fundamentais estão sujeitos a colisão entre si, caso em que se deve valer, em princípio, das teorias sobre colisão de direitos fundamentais.

### 3. ALGUNS DEVERES FUNDAMENTAIS EM ESPÉCIE

Posto esse regime geral acerca dos deveres fundamentais, é possível tecer considerações acerca de alguns exemplos dessa categoria jurídica, a fim de densificar, enriquecer e aplicar mais concretamente as proposições feitas<sup>15</sup>.

Em princípio, cabe apontar que a doutrina cita deveres fundamentais bastante amplos que estariam implícitos a todo ordenamento constitucional, tal qual o dever de fidelidade à Constituição e o dever de cumprir as leis vigentes, que não estão previstos na Constituição brasileira, mas estão em outros ordenamentos (Constituição grega de 1975 no primeiro caso e italiana de 1948 no segundo, por exemplo) (DIMOULIS; MARTINS, 2011a, p. 330).

Um dos exemplos mais contundentes de dever fundamental – e talvez um dos principais atrativos para o resgate da disciplina – é o de proteção e defesa do meio ambiente<sup>16</sup>, que, no Brasil, é definido no art. 225, da Constituição. Conforme aponta José Canotilho (2001, p. 13), o estudo do meio ambiente evoluiu de uma discussão da fundamentalização do seu direito correspondente para outra acerca da “responsabilidade compartilhada” ou de um “comunitarismo ambien-

<sup>15</sup> Para a proposição de uma lista de deveres fundamentais em espécie previstos na Constituição de 1988, cf. SIQUEIRA, 2010, p. 220-1.

<sup>16</sup> Sobre esse dever, cf. RUSCHEL, 2007; e SCHULZE; SCHNEIDER, 2011.

tal”, em que também o indivíduo, o cidadão deve participar da defesa do meio ambiente. Canotilho fala em uma “deverosidade ecológica de comportamentos”, “expressa na vinculação a bens comunitários preexistentes (abstenção) e a princípios juridicamente vinculantes (princípio da precaução e da acção preventiva, princípio da correcção na fonte dos danos causados ao ambiente, princípio do poluidor pagador)”.

O dever de pagar tributos é outro implícito ao texto constitucional e, sem dúvida, tem natureza de dever fundamental (2004, *passim*). Júlio Faro (2013, p. 253-4) é ainda mais incisivo ao propor um “dever de financiar o Estado”, como uma exigência da própria eficácia dos direitos fundamentais, eis que a satisfação destes demanda despesas, que só podem ser realizadas se houver recursos públicos para tanto.

Como já anunciado, a função social da propriedade pode ser tida como um dever fundamental<sup>17</sup>, apesar de a questão ser polêmica e com repercussões importantes, que levam os autores Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2011a, p. 334) divergirem entre si em texto escrito em conjunto, como visto. A definição dessa controvérsia, a nosso ver, deve ser resolvida pela verificação do fundamento jurídico da exigência da função social da propriedade: se é ou não consonante com o fundamento jurídico dos deveres fundamentais. A questão não pode ser definida pelas consequências de suas conclusões (por exemplo, afirmando-se que a função social da propriedade não é dever fundamental, pois não é cláusula pétrea, ou porque não precisa de regulamentação), pois isso seria inverter a essência da controvérsia.

Sob essa premissa, entendemos que a função social da propriedade coaduna-se com a solidariedade, eis que significa a imposição de valores comunitários ao proprietário que, sem tal exigência, estaria livre para exercer seu direito de forma egoísta e autocentrada. Da mesma maneira, é possível afirmar que o cumprimento da função social da propriedade é imprescindível à dignidade da pessoa humana, compondo o estatuto constitucional do indivíduo, eis que a existência humana seria deplorável se fosse aceito que todos os proprietários pudessem fazer o que bem entendessem de suas propriedades, sem considerar sua função social. Nesse prisma, decorre que se trata de um dever fundamental (e não mera limitação ao direito de propriedade)<sup>18</sup>. Por consequência, deve-se afirmar que se trata de cláusula pétrea, não havendo que se cogitar de supressão dessa exigência pelo legislador.

<sup>17</sup> Tomando a questão sob o ponto de vista do direito alemão, em que a Constituição estabelece que a “propriedade obriga” (*Eigentum verpflichtet*), cf. GÖTZ, 1983, p. 30 *et seq.*

<sup>18</sup> Com conclusão semelhante, cf. SARLET, 2012, p. 229; e BORTOLINI, 2012, p. 8-23.

Por fim, outra espécie de dever fundamental implícito é o de produção agrária, que decorre do art. 185, II, da Constituição, na medida em que esta impõe, a *contrario sensu*, a sanção de desapropriação agrária (art. 184) às grandes propriedades consideradas improdutivas. Defendemos que o conteúdo desse dever fundamental, de forma a conformar-se com outros deveres e direitos fundamentais, somente pode ser aquele que se fundamenta em uma produção agrária diversificada e multifuncional nos meios, de modo a garantir a sustentabilidade da atividade, e, quanto aos fins, impõe a busca pela segurança alimentar, eis que a finalidade precípua da produção agrária é a disponibilização de alimentos, com qualidade e quantidade suficiente para todos (BASSO, 2014).

### CONCLUSÃO

As notas acima apresentadas permitem concluir que é chegado o momento de se resgatar e sistematizar a doutrina dos deveres fundamentais, eis que o estatuto constitucional do indivíduo e a realização da dignidade da pessoa humana não estão completos com a mera garantia de posições jurídicas ativas.

Em suma, pode-se concluir que os deveres fundamentais fazem parte do estatuto constitucional do indivíduo, submetendo-se, em geral, aos mesmos princípios aplicáveis aos direitos fundamentais, eis que sua assimetria com estes é apenas parcial. São conceituados de forma substancial, pois materializam o cumprimento da dignidade da pessoa humana, mas devem estar previstos, implícita ou explicitamente, no texto constitucional. São autoaplicáveis, se vierem inteiramente dispostos no texto constitucional, inclusive com a sanção e procedimento para sua aplicação – o que é raro, tornando, para fins práticos, os deveres fundamentais como apenas mediatamente aplicáveis. São possíveis destinatários desses deveres os indivíduos e a coletividade; e podem ser seus titulares outros indivíduos, o Estado, a coletividade, os animais, elementos abióticos e as futuras gerações. Os deveres fundamentais, enquanto assim forem considerados, são insuscetíveis de restrição pelo poder constituinte derivado (são cláusulas pétreas). Ainda, podem ser positivos ou negativos (ou ambos), podendo apresentar eficácia externa (*Drittwirkung*), limitar princípios constitucionais e ser por eles limitados. Por fim, os deveres fundamentais estão sujeitos à colisão entre si, caso em que se deve valer, em princípio, das teorias sobre colisão de direitos fundamentais.

Esse regime geral é plenamente aplicável a deveres fundamentais das mais diversas espécies, das quais aqui foram apontados os deveres de fidelidade à Constituição, de respeito às leis vigentes, de pagar tributos (ou financiar o Estado), de proteção do meio ambiente, de produção agrária sustentável e com segurança alimentar, entre diversos outros.

## REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Marcos Prado de; BASSO, Joaquim. Abertura material do ordenamento jurídico brasileiro e o aprimoramento da produção agrária. In: Wagner Menezes; Valeska Raizer Borges Moschen. (Org.). *Direito internacional: organização CONPEDI/UNINOVE*. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 54-83.
- ANDRADE, Fabio Siebeneichler de; FOCHI, Helena Raab. Proteção ambiental na perspectiva dos direitos e deveres fundamentais. *Prima facie*, João Pessoa, v. 11, n. 21, p. 121-42, jul.-dez. 2012.
- AYALA. Patryck de Araújo. A proteção jurídica das futuras gerações na sociedade do risco global: o direito ao futuro na ordem constitucional brasileira. In: FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato; BORATTI, Larissa Verri [Orgs.]. *Estado de Direito Ambiental: tendências*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 320-59.
- BADURA, Peter. Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension. *Deutsches Verwaltungsblatt*, p. 861-72, sep. 1982.
- BANDIERI, Luis María. Derechos fundamentales ¿y Deberes fundamentales?. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; Carbonell, Miguel [Coords.]. *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Juspodvium, 2011, p. 211-44.
- BASSO, Joaquim. O Dever fundamental de produção agrária com sustentabilidade e segurança alimentar. *Revista dos Tribunais Sul*, v. 6, p. 13-46, jul.-ago. 2014.
- BASTOS, Ísis Boll de Araujo. *O dever fundamental de proteção da família: dimensões da responsabilidade*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.
- BORTOLINI, Rafaela Emilia. A inexistência de conflito entre o direito de propriedade e a proteção do ambiente: uma aproximação da função socioambiental com os deveres fundamentais. In: PADILHA, Norma Sueli; SOUZA, Maria Claudia S. Antunes de [Orgs.]. *Direito Ambiental I*. Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 8-23.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- \_\_\_\_\_. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, v. 4, n. 8, p. 9-16, 2001.
- COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. In: STROZAKE, Juvelino José [Org.]. *A questão agrária e a justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 130-47.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Deveres Fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; Carbonell, Miguel [Coords.]. *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Juspodvium, 2011, p. 325-45.
- \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. amp. e atl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DUQUE, Bruna Lyra; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Os deveres fundamentais e a solidariedade nas relações privadas. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 14, n. 14, p. 147-61, jul./dez. 2013.
- FARO, Júlio Pinheiro. Políticas públicas, deveres fundamentais e concretização de direitos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 3, n. 2, p. 251-69, jul.-dez. 2013.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. amp. e atl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- GÖTZ, Volkmar. *Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension*. Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1983.

LAWS, John. Beyond rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 23, n. 2, p. 265-80, 2003.

MAINO, Carlos Alberto Gabriel. Derechos fundamentales y la necesidad de recuperar los deberes aproximación a la luz del pensamiento de Francisco Puy. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; Carbonell, Miguel [Coords.]. *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Juspodvium, 2011, p. 19-44.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. Los deberes fundamentales. *Doxa*, v. 4, p. 329-41, 1987.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2004.

RUSCHEL, Caroline Vieira. O dever fundamental de proteção ambiental. *Direito & Justiça: Revista de Direito da PUCRS*, v. 33, n. 2, p. 231-66, dez. 2007.

SÁENZ, José María de la Cuesta. La nueva PAC, las ayudas directas a los agricultores y el desarrollo sostenible del medio rural. In: FUENZALIDA, Carlos Vattier [Dir.]; PÉREZ, Raquel de Román [Coord.]. *El desarrollo rural en la Política Agrícola Común 2014-2020*. Pamplona (España): Aranzadi, 2012, p. 53-72.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

\_\_\_\_\_; FENSTERSEIFER, Tiago. Deveres fundamentais e proteção do ambiente. In: \_\_\_\_\_. *Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 2. ed. rev. e atl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 133-228.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; Carbonell, Miguel [Coords.]. *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Juspodvium, 2011, p. 285-323.

SCHULZE, Clenio Jair; SCHNEIDER, Edenilson. A afirmação dos deveres fundamentais no estado constitucional ambiental. *Revista Direito e Política*, Itajaí, v.6, n.3, p.496-523, set.-dez. 2011.

SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem de. Deveres fundamentais e a Constituição brasileira. *Revista FIDES*, Natal, v. 1, n. 2, p. 214-25, ago.-dez. 2010.

TAVARES, Henrique da Cunha; PEDRA, Adriano Sant'Ana. A eficácia dos deveres fundamentais. *Derecho y Cambio Social*, Lima, v. 11, n. 37, p. 10-9, 2014.

VIEIRA, Pedro Gallo; PEDRA, Adriano Sant'Ana. O rol de deveres fundamentais na Constituição como *numerus apertus*. *Derecho y Cambio Social*, Lima, v. 10, n. 31, p. 1, jan. 2013.

**O TRATAMENTO DO  
IDOSO NO MERCADO DE CONSUMO:  
UM HIPERVULNERÁVEL?**  
***ELDERLY IN THE CONSUMER MARKET:  
IS IT MORE VULNERABLE?***

Camila Nunes

Mestre em Direito pela Universidade Federal  
do Rio Grande do Sul – UFRGS

**Submissão em 13.04.2015**

**Aprovação em 23.04.2016**

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v1i2.762>

**Resumo:** No ordenamento jurídico brasileiro, conforme previsão constitucional, a proteção do consumidor ocupa posição de direito fundamental. O Código de Defesa do Consumidor é a lei que fornece ao consumidor – considerado vulnerável – a proteção prevista pelo constituinte. Todavia, a sociedade de consumo a cada dia se torna mais complexa e fonte de cada vez maiores riscos, sendo que a vulnerabilidade dos consumidores pode ser verificada em graus mais avançados. É aí que surge, atualmente, a noção de hipervulnerabilidade, condição que dependerá das características próprias de cada consumidor em cada relação de consumo específica. Esse artigo pretende analisar especificamente o consumidor idoso, procurando identificar se ele é ou não considerado hipervulnerável no mercado de consumo, bem como buscando encontrar, no ordenamento jurídico brasileiro, instrumentos hábeis à proteção desse consumidor.

**Palavras-Chave:** Consumidor; Hipervulnerabilidade; Idoso; Diálogo das Fontes.

**Abstract:** In Brazilian law, according to constitutional provision, the consumer protection is a fundamental right. The Brazilian Consumer Protection Code is a rule that gives to the consumer – considered vulnerable – the protection provided by the constitution. However, the consumer society every day becomes more complex and cause of increasing risks, and the consumer vulnerability can be seen in the upper grades. In this context, nowadays comes to light the notion of aggravated vulnerability, condition that depends of the own characteristics of each consumer in each specific consumer relationship. This article pretends to analyze specifically the elderly consumer, with intention of identify if he is considered more vulnerable or no in the consumer

market. It also looks for, in the Brazilian law, mechanisms that can be used to the protection of this consumer.

**Keywords:** Consumer; Aggravated Vulnerability; Elderly; Sources Dialogue.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. A proteção do consumidor como direito fundamental; 3. A vulnerabilidade do consumidor na sociedade de consumo; 4. Da noção de hipervulnerabilidade e o tratamento do consumidor idoso; 5. Código de Defesa do Consumidor e Estatuto do Idoso: um diálogo em busca da proteção do consumidor idoso; Conclusão; Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O Código de Defesa do Consumidor consagra em seu artigo 4º, I, a vulnerabilidade do consumidor como princípio básico da proteção consumerista. Isso significa que todas as pessoas que ocupam o lugar de consumidor na relação de consumo são vulneráveis, e, por isso, merecem a proteção do referido *codex*.

Aliás, a proteção do consumidor, através do Código de Defesa do Consumidor, é materialização da vontade do legislador constituinte que, no artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988, deu à defesa do consumidor caráter de direito fundamental.

A sistemática reflete aplicação do princípio constitucional da igualdade, pois trata os iguais como iguais e os desiguais como desiguais. À evidência, o microsistema surgiu para a defesa dos interesses do consumidor como um todo, refletindo preocupação com a subjetividade abstrata do consumidor no cenário do mercado de consumo, sob uma visão genérica da classe consumidora.

Todavia, com vistas a dar mais efetividade ao ordenamento consumerista, e, ainda em obediência ao princípio da igualdade (na busca da igualdade substancial, e não apenas formal), surge a ideia da hipervulnerabilidade de determinados consumidores.

Começam então a doutrina e a jurisprudência a voltar a atenção ao consumidor na especificidade da relação de consumo e de suas próprias características, passando-se pois da subjetividade abstrata à subjetividade concreta.

O presente artigo destina-se à análise dessa forma de se ver e tratar o consumidor, que privilegia a especificidade de cada relação, voltando-se especificamente ao consumidor idoso e sua posição no mercado de consumo, buscando responder se é considerado hipervulnerável. Sob essa perspectiva, pretende-se buscar, no ordenamento jurídico brasileiro, os mecanismos existentes para propiciar a efetiva proteção desse consumidor.

## 2. A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A Constituição Federal de 1988 elevou a proteção do consumidor à garantia constitucional, estabelecendo no artigo 5º, XXXII, da Carta Magna, que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. O artigo 170, V, por sua vez, consagrou a defesa do consumidor como princípio norteador da ordem econômica brasileira. Por fim, o artigo 48 das Disposições Transitórias sacramentou referindo que “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor” (BRASIL, 1988).

Assim, a proteção ao consumidor é norma constitucional e, mais do que isto, é cláusula pétrea, não podendo ser abolida sequer por emenda à Constituição (NISHIYAMA; DENSA, 2010).

Importante destacar que, como direito fundamental, a proteção do consumidor deve tomar um viés que vai além de sua tradicional função defensiva. Tem-se, assim, uma concepção mais abrangente que, juntamente com a função defensiva, caracteriza os direitos fundamentais como a representação de uma ordem de valores objetiva que deve ser observada em todos os âmbitos do direito e pauta condutas para os poderes públicos (DUQUE, 2009).

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) é, nesse cenário, meio concretizador da vontade constituinte, pois propicia a proteção do consumidor. Nesse sentido, pode-se também considerá-lo instrumento de garantia do princípio da igualdade nas relações de consumo, a partir da premissa de tratar iguais como iguais e desiguais como desiguais, bem como mecanismo primordial ao resguardo da dignidade da pessoa humana nessas relações.

Logo no seu artigo 4º, o CDC apresenta seus princípios norteadores, fornecendo, desde já, base sólida para a proteção do consumidor. Gregori ressalta os princípios fundamentais do CDC: o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor; a boa-fé objetiva e a equidade; a transparência; a educação e informação; a proibição de cláusulas e práticas abusivas e a responsabilidade civil objetiva e solidária do fornecedor (GREGORI, 2010).

Grau (1993) refere ser o artigo 4º do CDC uma norma-objetivo (normas que definem obrigações de resultado), tendo em vista que delimita os fins da política nacional das relações de consumo, definindo os resultados a serem alcançados. Nesse contexto, o intérprete do Direito deverá repudiar qualquer solução que destoe dos princípios ali definidos.

Moraes (1999, p. 69) destaca como princípios da política das relações de consumo, contida no artigo 4º do *codex*, a vulnerabilidade, a harmonia das rela-

ções de consumo e a repressão eficiente dos abusos, devendo a eles ser agregados o princípio da dignidade da pessoa humana e o da solidariedade. E, assim, conclui que “[...] estes são os pilares fundamentais do Código de Defesa do Consumidor, pois orientarão constantemente o intérprete” na aplicação adequada das normas, para se alcançar o objetivo maior da lei, que é a proteção efetiva do consumidor.

Possível observar, a partir desse contexto, que o princípio da vulnerabilidade é uma das premissas básicas da lei consumerista: é o reconhecimento de que o consumidor é a parte mais fraca na relação e que, por isso, deve receber proteção adequada da lei, para que se reduzam as dessemelhanças entre as partes (CAVALIERI FILHO, 2009. p. 30-43). A vulnerabilidade é a “regra cimeira dos princípios da lei de consumo”, como alude Ferreira da Silva (1993).

Com essa constatação, verifica-se que, através do CDC, consagra-se o princípio da igualdade, previsto no *caput* e no inciso I do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira, que abre o título dos Direitos e Garantias Fundamentais, referindo: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988).

E isso se extrai do próprio conceito de igualdade, como ensina Moraes (1999, p. 69), elegendo a conceituação de Aristóteles, que, até hoje, é considerada “[...] a mais perfeita definição de igualdade”: igualdade é dispensar tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais.

Sob essa perspectiva, tratando os consumidores como desiguais, e assim conferindo a eles maior proteção, justamente por serem mais fracos, o CDC concretiza o princípio da igualdade. Conforme Marques (2012, p. 27) “[...] a noção de igualdade no tratamento dos sujeitos desiguais pressupõe que as relações mistas, entre fornecedores e consumidores, serão tratadas diferentemente e se reconhecerá a vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I, CDC)”.

Pois bem, o microsistema nada mais faz do que estabelecer uma forma de proteção especial a uma classe de pessoas que se encontrava, na sociedade, em posição de desvantagem, quando diante de relações contratuais de consumo, e tenta resgatar a igualdade material nas relações consumeristas. Nessa ótica, aceita-se regras que privilegiam certa classe de cidadãos, pois estão inseridas na noção de igualdade.

Dessa forma, o CDC deve ser compreendido como o regramento destinado a resgatar o equilíbrio das relações de consumo, pois os consumidores estão em posição de desvantagem e, em nome da consagração do princípio da igualdade, necessário dispensar a eles tratamento que reduza essa dessemelhança.

Nessa linha, importante lembrar, para fechar o ponto, que a Constituição Federal de 1988 significou alterações importantes no ordenamento jurídico brasileiro. Ficou conhecida como a Constituição Cidadã, tendo como princípio maior a dignidade da pessoa humana, que, segundo Gregori (2010), é “postulado que norteia a interpretação de todos os direitos e garantias conferidos ao indivíduo e à coletividade”. É o princípio que “representa o eixo em torno do qual gira todo o ordenamento, com a conseqüente subordinação das relações patrimoniais aos valores existenciais” (DECICCO, 2008, p. 113). A pessoa representa, pois, o valor máximo do ordenamento.

Veja-se, para necessário cotejo nesse estudo, o ensinamento de De Cicco (2008, p. 113), no sentido de que a dignidade é um valor que deve ser associado à liberdade e à igualdade. Sob essa perspectiva, em sendo o CDC uma lei que nasce para a busca do equilíbrio da relação contratual, ou seja, a busca da igualdade, aí está sua importância também na concretização da dignidade da pessoa humana: exige-se a garantia dos direitos fundamentais para a preservação da dignidade, e o CDC é a lei que detalha e fornece a efetiva proteção do consumidor, atendendo ao objetivo consagrado pelo constituinte. Nesse prisma, pode-se dizer que o CDC é instrumento de preservação da dignidade da pessoa humana dentro da relação consumerista (DUQUE, 2009).

Conclui-se, pois, que a proteção ao mais fraco está estritamente ligada ao respeito da dignidade da pessoa humana.<sup>1</sup> E, para salvaguardar esse valor constitucional, o CDC institui a proteção ao mais fraco, que, facilmente, teria sua dignidade abalada pela afronta dos mais variados direitos, nessa relação.

### **3. A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NA SOCIEDADE DE CONSUMO**

A sociedade de consumo revela um paradoxo: ao mesmo tempo que é essencial a todas as pessoas (afinal, ninguém sobrevive sem ser consumidor), é o

---

<sup>1</sup> Veja um exemplo da proteção da dignidade da pessoa humana, através do CDC, trazido por Chaise: campanha publicitária de uma marca de roupas que mostrava fotografia de um paciente de AIDS no momento de sua morte. O Ministério Público de São Paulo moveu ação cautelar buscando a sustação da veiculação do comercial. Segundo Chaise, “o pedido se fundamentou no dano que a veiculação da publicidade poderia causar aos portadores da doença, inclusive aos assintomáticos, conforme vários depoimentos de especialistas. Ao conceder a liminar, o juiz entendeu que a dignidade humana estava sendo violada ‘atingindo-se o universo não só dos portadores do vírus, mas também de seus parentes e amigos’” (CHAISE, 2001, p.40).

seu maior alçoz, pois traz riscos perigosos, que devem ser objeto de preocupação constante.

Vive-se, atualmente, na sociedade do hiperconsumo, hipermaterialismo, em que o consumo ganha a função de mostrar a identidade das pessoas. Quanto mais se consome, mais se quer consumir, na era da comercialização moderna das necessidades, orquestrada por uma lógica emocional. Canclini (2010, p.39) refere que, atualmente, as identidades “configuram-se no consumo, dependem daquilo que se possui, ou daquilo que se pode chegar a possuir”.

Então, a sociedade de consumo atual, em que se acredita na compra da “felicidade”, é caracterizada pela recusa do real, quando, segundo Baudrillard (1981, p. 25), “tudo o que consumimos é a própria tranquilidade selada pela distância ao mundo e que ilude, mais do que compromete, a alusão violenta ao real”.

É a partir da angústia e ansiedade do consumidor que se constitui o sucesso das marcas. Numa época de consumo emocional, o indivíduo tende a procurar consolo no prazer imediato da compra e, assim, o importante não é acumular coisas, mas intensificar o presente vivido. Através do consumo, os adultos se tornam crianças e os velhos se tornam jovens, e cresce a busca da eterna jovialidade.

Ainda, é a era da rápida inovação, em que os consumidores esperam pelos produtos futuros, pelos lançamentos de suas marcas favoritas. A inovação é a regra, o desafio não é mais a produção em massa, mas garantir de forma rápida a entrada de produtos novos no mercado. A publicidade também mudou, já não basta divulgar o produto, é preciso mitificar a marca e fazer o consumidor apaixonar-se por ela. A publicidade é feroz, fragmenta-se em execuções múltiplas e estilos diversificados.<sup>2</sup> Lipovetsky (2007, p. 82) salienta que “à publicidade repetitiva sucede uma publicidade baseada na criatividade e na renovação frequente das campanhas, de modo a captar a atenção do hiperconsumidor”.

Diante desse cenário, o consumidor torna-se vítima facilmente, sofrendo sérios riscos. Nessa sociedade, em que “o consumo é um processo em que os desejos se transformam em demandas e em atos socialmente regulados” (CANCLINI, 2010, p.83), os consumidores – e, repete-se, todos o são em sociedade – querem

---

<sup>2</sup> Lipovetsky (2007, p.82) chama a atenção ao fato de que os anúncios publicitários são renovados todos os seis ou oito meses, exemplificando: a *Coca-Cola* apresentou 1 anúncio em 1986, e 17 em 1997; a *Levi's*, desde 1995, apresenta de 2 a 3 anúncios por ano; e a *Absolut Vodka* possui 500 anúncio que combinam unidade e diferença.

o prazer e a felicidade imediatos: querem a diversão, a beleza, a cura, agora, sem esperar, custe o que custar.

E as empresas fornecedoras – ávidas por lucrar mais e mais – entendem isso, e atendem os desejos dos consumidores (mas, mesmo satisfazendo os prazeres, muitas vezes são seus maiores algozes). E, nesse contexto, os riscos da sociedade de consumo se multiplicam.

Ainda, como destaca Cavalieri (2009, p.3-4), em vista do crescente desenvolvimento tecnológico e científico, que, inegavelmente, trouxe benefícios, por outro lado, aumentou infinitamente os riscos do consumidor. Isso porque na produção em série, um pequeno erro ou um único defeito de concepção pode causar danos sérios e efetivos para um número incontável de consumidores.<sup>3</sup>

Exemplo disso é a catástrofe da Talidomida, ocorrida no ano de 1961. A princípio, era para ser um inofensivo antigripal, depois indicado como calmante e para aliviar os enjoos na gravidez. O medicamento era fabricado pelo laboratório alemão Chemie Gruenthal, e começou a ser comercializado, em 1956, em mais de 50 países (os EUA não permitiram a entrada do medicamento no país). Foi no ano de 1961 que começou o alerta sobre casos de malformações congênitas associadas ao uso da talidomida. No Brasil, a cassação do fármaco foi efetuada com rigor apenas em 1965. Estima-se em torno de 10 a 20 mil vítimas pelo mundo, com diferentes graus de deficiência (OLIVEIRA, 2012). Que mulher grávida imaginaria que, ao tomar um remédio buscando a cura de determinado problema, estaria ingerindo substância capaz de causar uma malformação congênita no seu bebê?

A todos esses riscos da vida na sociedade de consumo as pessoas ficam expostas – e diz-se pessoas, porque todas as pessoas que vivem nessa sociedade são consumidores.

A vida no mercado de consumo é isso: o consumidor confia – e é obrigado a fazê-lo, para poder levar sua vida normalmente – mas, por ocupar essa posição quase passiva, é vulnerável em suas relações de consumo, desde a realização do contrato mais simples – como a compra do pão – até o mais complexo – como a compra do carro.

---

<sup>3</sup> O autor elenca alguns exemplos de tragédias ocorridas na história: “Nos Estados Unidos, entre 1960 e 1962, um medicamento anticolesterol, chamado MER-29, provocou graves defeitos visuais em milhares de pessoas – mais de cinco mil -, inclusive cegueira, pelo que foi retirado do mercado. Todos nos lembramos da vacina Salk, contra poliomielite. Por um defeito de concepção, essa vacina acabou provocando a doença em centenas de crianças na Califórnia. Na França, em 1972, o talco Morhange causou intoxicação em centenas de crianças, levando algumas delas à morte, também em decorrência de um defeito de concepção. São os riscos do desenvolvimento, riscos em massa, riscos coletivos” (CAVALIERI FILHO, 2009, p.3-4).

Sem falar das situações de hiperconsumo, quando não se consome para sobreviver. Testemunha-se uma série de comportamentos desestruturados, de consumo patológico compulsivo. Vive-se em uma época marcada por uma inversão de valores, em que a felicidade imediata tem mais importância e, assim, o consumo ganha elevada posição (LIPOVETSKY, 2007, p. 316-317).

De fato, é de se concordar com a precisa constatação de Baudrillard (1981, p. 25) que diz: “Em última análise, o preço mais elevado da sociedade de consumo é o sentimento de insegurança generalizada que ela engendra”.

E o idoso, enquanto consumidor nessa sociedade de tantos riscos, também sofre a insegurança e perigos por ela gerados. Importante refletir, a essa altura, sobre a posição desse consumidor – que é o foco deste artigo - nessa sociedade de consumo tão perigosa.

Na atual fase do mercado de consumo, o idoso<sup>4</sup> também é um hiperconsumidor e o mercado volta seus olhos a essa categoria, que não está mais em casa, em frente às suas televisões, em meios aos tricôs e jogos de cartas. Os idosos de hoje viajam o mundo com seus smartphones e *tablets*, ocupam salas de aula, buscam a beleza e a juventude em cosméticos.

Também há o outro viés dessa classe de consumidor: é a catividade a certos produtos, como medicamentos e planos de saúde, dos quais dependem para sobreviver. Neste cenário, o consumidor idoso – dada sua maior fragilidade - poderá se tornar mais facilmente vítima do mercado de consumo. E, assim, a doutrina atribui a esse consumidor uma maior vulnerabilidade, se comparado às outras pessoas (SCHMITT, 2004).

Diante desse cenário, resta indagar: como conferir proteção adequada a esse consumidor? É a resposta a essa pergunta que se passa a investigar a partir de agora.

#### **4. DA NOÇÃO DE HIPERVULNERABILIDADE E O TRATAMENTO DO CONSUMIDOR IDOSO**

Como referido, o princípio da vulnerabilidade é uma das premissas básicas do CDC, aliás, chega a ser considerado a razão de sua existência, como pondera Miragem (2010, p. 66): “a existência do direito do consumidor justifica-se pelo reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor”. Cavalieri (2009, p. 38) destaca que vulnerabilidade é o princípio sobre o qual se assenta toda a filosofia de

---

<sup>4</sup> Segundo o artigo 1º do Estatuto do Idoso – Lei 10.741/2003, considera-se idosa a pessoa com idade igual ou superior a 60 anos de idade (BRASIL, 2003).

proteção ao consumidor, reconhecendo a desigualdade existente, objetivando-se atingir a igualdade real entre as partes nas relações de consumo.

Schmitt (2009) constata que reconhecer o consumidor como vulnerável “proporcionou a adoção de instrumentos capazes de garantir a maior paridade possível da posição do consumidor diante do fornecedor”.

Todavia, é de se consignar que essa vulnerabilidade poderá se apresentar de formas diferentes, dependendo de cada consumidor, de acordo com suas características pessoais e suas condições econômicas, sociais ou intelectuais (MIRAGEM, 2010, p. 68).

Marques (2012, p. 161) destaca que há quatro espécies de vulnerabilidade: técnica, jurídica, fática e informacional. Nishiyama e Densa (2010) acompanham esse entendimento. Moraes (1999, p. 141-204) alarga o rol das espécies de vulnerabilidade acrescentando a vulnerabilidade política ou legislativa, a neuropsicológica, a ambiental e a tributária.

Ainda, atualmente, ganha espaço na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que a vulnerabilidade do consumidor pode ser verificada em graus mais avançados em determinadas relações de consumo. Surge, pois, a noção de hipervulnerabilidade. Chega-se no estágio em que a individualidade do consumidor é vista e cuidada em cada relação de consumo específica, para que se alcance uma proteção mais efetiva.

Nesse contexto, se a vulnerabilidade é marca presente em todos os consumidores, a hipervulnerabilidade vai depender de cada relação e das características específicas de cada consumidor. Marques (2012, p. 44) explica que a vulnerabilidade é presumida em toda a relação de consumo, sendo que a hipervulnerabilidade é “inerente e especial à situação pessoal de um consumidor, seja permanente (prodigalidade, incapacidade, deficiência física ou mental) ou temporária (doença, gravidez, analfabetismo, idade)”, ressaltando que necessário o conhecimento dessa situação pela outra parte contratante.

Tem-se, pois, a caracterização da hipervulnerabilidade: para que seja verificada deve ser levada em consideração determinada condição especial do consumidor, seja temporária ou permanente, e esta condição deve ser conhecida pelo fornecedor.

Alhures examinado, o objetivo da lei consumerista é restabelecer o equilíbrio contratual da relação, que já nasce desequilibrada por figurarem em polos opostos as figuras do consumidor e do fornecedor. Quando se fala, pois, em consumidores hipervulneráveis, para os quais o desequilíbrio é maior, há que se intensificar essa proteção.

Para Schmitt (2009), determinada categoria de consumidores pode apresentar um elevado patamar de vulnerabilidade, o que requer um cuidado maior – uma proteção mais intensa - para a manutenção do equilíbrio contratual. Nishiyama e Densa (2010) destacam que “certas pessoas, classe, grupo ou categoria de pessoas podem ser consideradas hipervulneráveis, necessitando de proteção maior do que os consumidores em geral”. Complementam referindo que se inserem nestas categorias as pessoas portadoras de deficiência física, os idosos, as crianças e os adolescentes.

Ademais, Schmitt (2009) salienta que o próprio CDC, além de reconhecer a vulnerabilidade do consumidor no artigo 4º, I, reconhece que alguns consumidores poderão apresentar uma fraqueza ainda maior, diante da previsão do inciso IV do seu artigo 39, que considera prática abusiva o fornecedor “prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 586.316 /MG em 2007, insere na jurisprudência a nomenclatura hipervulnerabilidade dos consumidores (que foi aceita pela doutrina)<sup>5</sup>. Assim, a hipervulnerabilidade é a situação em que se encontram os excluídos da sociedade, os mais fracos em relação a todos os outros. Resumidamente, possível afirmar que a hipervulnerabilidade é um grau excepcional, e juridicamente relevante, da vulnerabilidade geral dos consumidores (MARQUES, 2012, p. 193).

Resta investigar, pois, quem são os sujeitos hipervulneráveis na sociedade de consumo. E, como se viu, tal situação deve ser analisada a partir do caso concreto, de acordo com as condições pessoais do consumidor, sejam elas temporárias ou definitivas, e do próprio fornecedor, que tem que estar ciente da especialidade do consumidor com o qual está contratando.

Por esse motivo, não é possível identificar um rol estanque de consumidores hipervulneráveis, tudo dependerá da situação em concreto. A doutrina, todavia,

---

<sup>5</sup> Lê-se de parte do acórdão: “[...] O Código de Defesa do Consumidor, é desnecessário explicar, protege todos os consumidores, mas não é insensível à realidade da vida e do mercado, vale dizer, não desconhece que há consumidores e consumidores, que existem aqueles que, no vocabulário da disciplina, são denominados hipervulneráveis, como as crianças, os idosos, os portadores de deficiência, os analfabetos e, como não poderia deixar de ser, aqueles que, por razão genética ou não, apresentam enfermidades que possam ser manifestadas ou agravadas pelo consumo de produtos ou serviços livremente comercializados e inofensivos à maioria das pessoas. [...]” (grifo nosso). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 586316**. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: ABIA – Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 04 de junho de 2013. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=586316&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=9>>. Acesso em: 02 jun 2013.

elenca algumas pessoas que, por gozarem de proteção constitucional e características peculiares, são considerados hipervulneráveis no mercado de consumo, como os idosos, crianças e adolescentes e portadores de deficiência (NISHIYAMA; DENSA, 2010).

Verificar-se-á, aqui, a situação do idoso, que é o foco desse estudo.

O idoso foi protegido especificamente pelo legislador constituinte no artigo 230 da Constituição Federal de 1988, que estabelece “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida” (BRASIL, 1988).

Mais tarde, em 2003, a proteção do idoso foi consagrada no Estatuto do Idoso – Lei 10.741/2003, sendo o marco oficial da regulamentação dos direitos assegurados às pessoas de idade igual ou superior a 60 anos. A lei constitucional ganha maior eficácia e os direitos dos idosos complementação.

Além da proteção especial, constitucional e infraconstitucional, o idoso apresenta características que o fazem ocupar uma posição de maior fragilidade no mercado de consumo. Miragem registra que a vulnerabilidade acentuada do consumidor idoso se dá sob dois aspectos: a) a redução de habilidades físicas ou intelectuais, que o faz mais suscetível frente à atuação comercial dos fornecedores; b) a catividade em relação a alguns produtos ou serviços no mercado de consumo (como medicamentos e planos de saúde), que o colocam em posição de dependência para com seus fornecedores (MIRAGEM, 2010, p. 670).

Santos (2008) aduz que os idosos têm uma fragilidade acentuada e que, por isso, seu “entendimento do mercado, das práticas comerciais e das cláusulas contratuais é precário e deve ser objeto de atenção específica, em cumprimento ao Princípio da Igualdade”. Continua referindo que é flagrante a vulnerabilidade extrema do idoso no mercado de consumo, ocupando um lugar desigual na relação de consumo e, por isso, em prestígio ao princípio da igualdade, merece tratamento desigual.

Deve ser levado em consideração, ainda, que o Brasil está ficando mais velho, a expectativa de vida das pessoas aumentou, mas a sociedade não se preparou para receber essa população idosa. Braga (2001) comenta que, frente ao desenvolvimento econômico que vige hoje no Brasil, gerador de graves desigualdades e injustiças sociais, cresce a classe dos excluídos, dentre os quais estão os idosos. Acrescenta que “a sociedade brasileira está despreparada para receber a população crescente de idosos, afinal, o aumento da média de vida do brasileiro ainda não foi assimilado pela própria população”.

Há, pois, de se ter proteção eficaz em nosso ordenamento para estes consumidores em suas relações de consumo. O fato é que os idosos estão em posição de maior desigualdade. Em se tratando especificamente do direito do consumidor, pelo qual se busca o equilíbrio e a igualdade das relações, a proteção deve ser mais intensa, pois, como afirmado anteriormente, deve-se tratar os desiguais como desiguais. Na posição de hipervulneráveis que ocupam, como se viu, sofrendo exclusão social (SANTOS, 2008), os idosos devem ser atendidos de forma especial, para que se garanta a dignidade humana dessas pessoas. Isso porque, como se viu, os consumidores idosos são vítimas potenciais do mercado de consumo.

### **5. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E ESTATUTO DO IDOSO: UM DIÁLOGO EM BUSCA DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR IDOSO**

O diálogo das fontes é um método a ser seguido na aplicação das leis, que, em detrimento à regra de revogação de uma das leis em questão, de acordo com os critérios clássicos<sup>6</sup>, privilegia a coordenação dessas fontes, de modo sistemático, na busca da melhor solução ao conflito. Marques (2012, p. 20-21) bem pondera que, atualmente, quando o direito positivado não está mais concentrado em macrocódigos, do que é exemplo o Código Civil, mas em microcodificações, como o CDC, e em leis especiais, como o ECA e o Estatuto do Idoso, tem-se a necessidade de coordenação de tais legislações em todas as áreas do direito.

E, em se tratando de direito do consumidor, esfera na qual as relações são marcadas pelo desequilíbrio inicial e toda a ação tende ao restabelecimento do equilíbrio contratual, o diálogo das fontes se mostra extremamente adequado, tendo em vista que o intérprete poderá reunir e coordenar as fontes mais benéficas ao consumidor e, assim, atender ao mandamento constitucional de proteção.

Esclarece-se que o método do diálogo das fontes tem como base os direitos humanos, devendo ser aplicado sempre para promover-se os direitos do mais fraco e seus direitos fundamentais. Nesse contexto, é de se alertar que o método deverá ser usado sempre em favor do sujeito vulnerável. Nunca poderá, portanto, ser aplicado para se retirar direito do consumidor. O resultado dessa construção sempre deverá ser favorável ao consumidor, de modo a atender-se o mandamento constitucional (MARQUES, 2012, p. 27).

---

<sup>6</sup> A solução de conflitos de lei se resolve através da revogação de uma delas, em observância aos seguintes critérios: 1) anterioridade (*lex posterior derogat priori*); 2) especialidade (*lex specialis derogat generali*); 3) hierarquia (*lex superior derogat inferiori*) (CAVALIERI FILHO, 2009, p.3-4).

Veja-se que o próprio artigo 7º do CDC abre a proteção do consumidor para todas as fontes de direito, justamente para se preservar a ordem constitucional de se proteger o consumidor. Portanto, jamais outra lei poderá ser utilizada para contrariar este dever de proteção.

É de se referir, ainda, que a jurisprudência brasileira aceitou bem a aplicação dessa doutrina, na esfera do direito do consumidor, que – pode-se afirmar – está consolidada desde as primeiras instâncias até as Cortes Superiores.<sup>7</sup>

A partir dessa breve análise da teoria do diálogo das fontes, parte-se para seu estudo em cotejo à realidade dos idosos no mercado de consumo, para se verificar de que maneira, com base nessa teoria, será possível buscar no ordenamento jurídico brasileiro – através de uma coordenação adequada de suas normas – a tutela especial da qual necessita esse consumidor, e assim lhe garantir uma proteção eficaz. Resta analisar: o direito brasileiro possui mecanismos suficientes a proteger os consumidores idosos?

Analisando a teoria do diálogo das fontes, conjugando-a com a necessidade de se manter a eficácia do CDC na proteção eficaz dos consumidores hipervulneráveis, tem-se que o microsistema, no mais das vezes, deverá ser conjugado com outra fonte normativa do ordenamento jurídico brasileiro (DUQUE, 2009). Nesse contexto, à evidência das considerações expostas, percebe-se que o CDC não é visto isoladamente no que se refere à proteção dos consumidores idosos. É de se fazer a interpretação sistemática e dialógica dos mecanismos de proteção existentes no direito brasileiro para se chegar à proteção efetiva dessa classe de consumidores.

Com relação aos idosos, ganha relevo o diálogo entre CDC e o Estatuto do Consumidor.

<sup>7</sup> Exemplos são os seguintes julgados do STJ:

Sobre negócios jurídicos bancários: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1216673**. Recorrente: Unibanco Companhia de Capitalização S/A. Recorrido: Associação Nacional de Defesa da Cidadania e do Consumidor - ANADEC. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, DF, 02 de junho de 2011. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=15875520&num\\_registro=201001842739&data=20110609&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=15875520&num_registro=201001842739&data=20110609&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 09jul. 2013.

Sobre prescrição em ação indenizatória: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1009591**. Recorrente: Souza Cruz S/A. Recorrido: Narciso dos Santos Dias. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 13 de abril de 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=5251419&num\\_registro=200702787248&data=20100823&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=5251419&num_registro=200702787248&data=20100823&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 09jul. 2013.

Sobre direito de criança consumidora à indenização por danos morais: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1037759**. Recorrente: LCTA DE S. Recorrido: GEAP Fundação de Seguridade Social. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=8491685&num\\_registro=200800510315&data=20100305&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=8491685&num_registro=200800510315&data=20100305&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 09jul. 2013.

O Estatuto do Idoso traz importantes garantias que visam a mitigar as desigualdades no trato com as pessoas de idade mais avançada, mormente quando inseridas no mercado de consumo. Schmitt (2009) salienta que o Estatuto visa “permitir a inclusão social dos idosos no Brasil, garantindo-lhes tratamento igualitário”, impedindo que eles fiquem “à margem da sociedade como se fossem cidadãos de segunda classe”.

Para Santos (2008), todos os direitos previstos no Estatuto “têm relação direta com o Código de Defesa do Consumidor, uma vez mais, demonstrando que a vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor idoso é dupla e exarcebada, merecendo especial atenção”.

Pois bem, com vistas a efetivar a proteção do idoso e a garantia da sua dignidade humana, o Estatuto prevê, dentre outras medidas: 1) atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos serviços públicos; 2) garantia de acesso à rede de serviço de saúde e de assistência; 3) o direito à pensão alimentícia, fornecida pelo Poder Público, em caso de dificuldade financeira da família; 4) concessão de estímulos à contratação de idosos pelas empresas privadas, mediante a redução de tributos; 5) transporte coletivo gratuito aos maiores de sessenta e cinco anos; 6) prioridade de tramitação judicial e administrativa de processos; 7) impossibilidade de cobranças diferentes e elevadas para o indivíduo idoso; 8) atendimento preferencial no Sistema Único de Saúde; 9) dever de todo o cidadão de comunicar qualquer ato contra o idoso às autoridades; 10) prioridade para a aquisição da moradia própria nos programas habitacionais, mediante reserva de 3% das anuidades; 11) adequação de concursos e processos de seleção para que empresas prestadoras de serviços públicos tenham em seus quadros pelo menos 20% de trabalhadores com mais de 45 anos de idade (SANTOS, 2008).

O CDC traz, em seu artigo 39, IV (BRASIL, 1990), proteção ao consumidor contra práticas abusivas, destacando as que se preveçam da idade da pessoa. Aliás, é na seara contratual que ressalta a fragilidade extrema do idoso, surgindo, pois, uma situação de hipervulnerabilidade (SCHMITT, 2009).

Registra-se, nesse contexto, que práticas comerciais que podem ser consideradas lícitas para outros consumidores, podem ser abusivas com relação ao idoso. Assim, deve-se atentar para o maior detalhamento da informação, cuidando para que o consumidor entenda todos os efeitos da contratação (SANTOS, 2008).

No que se refere à informação, por exemplo, é certo que ela, no caso de pessoas idosas, deverá ser muito mais esmiuçada, passando inclusive pela conduta do fornecedor que deverá ter mais paciência e consciência de que está tratando com

um consumidor que precisa e merece mais atenção. Além de um problema legal, a proteção do idoso trata-se, é certo, de questão de cultura e educação social.<sup>8</sup>

É assim que tais normas devem ser aplicadas conjuntamente com vistas ao alcance da efetiva proteção do consumidor idoso no mercado de consumo. A jurisprudência já vem reconhecendo essa fragilidade exacerbada, e já se pode encontrar decisões que coordenam o Estatuto do Idoso e o CDC para a proteção desses consumidores<sup>9</sup>.

Schmitt (SCHMITT, 2009) pondera, com relação aos consumidores idosos, que existem meios para se proteger essa categoria e conter certos abusos contratuais, sendo o caso de “interpretação adequada dos meios legais já colocados à disposição do intérprete”.

Toma-se, como exemplo, para concluir este estudo, os contratos de plano de saúde, muito utilizados pelos idosos. Nestes contratos, está em jogo a integridade física e psíquica dos idosos, pois, se houver descumprimento contratual por parte do fornecedor, o consumidor correrá sérios riscos em sua saúde. Também não é de se olvidar o sofrimento psicológico que sofre uma pessoa idosa ao se deparar com a negativa de prestação de um serviço o qual pagou quase toda uma vida, como ocorre na maioria dos casos.

Marques (2001), ao tratar dos idosos frente aos contratos de planos de saúde, constatou que sua vulnerabilidade é agravada pela sua condição especial de

<sup>8</sup> Aborda o tema, o julgamento da Apelação Cível nº 70018029249, 6ª Câmara Cível do TJRS. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70018029249/** Horizontina. Apelante: Itaú Seguros S/A. Apelado: Senaide Prestes Ribeiro. Relator: Osvaldo Stefanello. Porto Alegre, 12 de julho de 2007. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?as\\_q=&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&sort=date%3AD%3A%3Ad1&btnG=Buscar&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.NumProcesso%3A70018029249.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=>](http://www.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?as_q=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&sort=date%3AD%3A%3Ad1&btnG=Buscar&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.NumProcesso%3A70018029249.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=>)>. Acesso em: 06 ago 2013.

<sup>9</sup> Nesse sentido, decisão em demanda que versava sobre inscrição indevida em cadastro de inadimplentes. O Tribunal entendeu por majorar a indenização arbitrada a título de danos morais em razão da vulnerabilidade agravada do consumidor idoso. Veja acórdão na íntegra: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70030928535/** Caxias do Sul. Apelante: Praticard Administradora de Cartões de Crédito S/A. Apelado: Ivo Antonio Poletto. Relator: Marilene Bonzanini Bernardi. Porto Alegre, 19 de agosto de 2009. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?as\\_q=&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&sort=date%3AD%3A%3Ad1&btnG=Buscar&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.NumProcesso%3A70030928535.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=>](http://www.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?as_q=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&sort=date%3AD%3A%3Ad1&btnG=Buscar&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.NumProcesso%3A70030928535.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=>)>. Acesso em: 13 jul 2013.

Outro exemplo: RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 0011437-47.2007.8.19.0209/**Rio de Janeiro. Apelante: Bradesco Saúde S/A. Apelado: Rosalina Cabral Ribeiro. Relator: Marcos Bento de Souza. Rio de Janeiro, 11 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200900137497>>. Acesso em: 13 jul 2013.

necessitar “de forma premente dos serviços, frente à doença ou à morte iminente, um leigo que não entende a complexa técnica atual dos contratos cativos de longa duração denominados ‘planos’ de serviços de assistência à saúde”.

Casos envolvendo tentativa de exclusão de pessoas idosas de planos de saúde, ou mesmo o aumento do valor do seguro quando chegada a terceira idade, são numerosos. É que a partir desse momento, o indivíduo – que pagou por toda uma vida um plano de saúde – se torna motivo de despesa não conveniente às empresas fornecedoras, em razão do natural aumento da frequência com que passam a utilizar o serviço.

E esse problema não é desconhecido da legislação.

A Lei 9.656/1998 – que regula os contratos de planos e seguros privados de assistência à saúde – com a alteração imposta pela Medida Provisória 2.177-44/2001, traça regras para evitar a discriminação e regular os reajustes de prestações em razão da idade, vedando a variação dos preços para maiores de 60 anos que sejam contratantes há mais de 10 anos.<sup>10</sup> Ainda, o artigo 35-E da mesma lei refere que os aumentos proibidos pelo artigo 15, para os contratos firmados antes da vigência da lei, deverão ser submetidos à autorização da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). O artigo teve a eficácia suspensa, em liminar decidida em 21 de agosto de 2003, e aguarda manifestação sobre sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 1931 MC/DF), proposta pela Confederação Nacional de Saúde, sob a alegação de ofensa ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito.<sup>11</sup>

Schmitt (2009) pondera, sobre o caso, que visando a restauração dos direitos que tiveram sua eficácia suspensa, conforme se analisou, foi inserido no Estatuto do Idoso o §3º no artigo 15<sup>12</sup>, que veda a cobrança de valores diferenciados

<sup>10</sup> Art. 15, Lei 9656/1998: A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e §1º do art. 1º desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvado o disposto no art. 35-E. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Parágrafo único. É vedada a variação a que alude o caput para consumidores com mais de sessenta anos de idade, que participarem dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores, há mais de dez anos. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) (BRASIL, 1998).

<sup>11</sup> O processo aguarda definição. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1931**. Requerente: Confederação Nacional de Saúde – Hospitais Estabelecimentos e Serviços - CNS. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 10 de dezembro de 1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1741189>>. Acesso em: 12abr. 2015.

<sup>12</sup> Art. 15, §3º. É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade. (BRASIL, 2003)

ao idoso em razão de sua idade, considerando a conduta como discriminatória. Diante da redação do Estatuto, é proibido o aumento das mensalidades dos planos de saúde para consumidores que atinjam 60 anos de idade, seja em contratos anteriores ou posteriores à sua vigência.

Veja-se que, considerando o diálogo do Estatuto do Idoso com o CDC, a cláusula que preveja eventual aumento de preço será abusiva - artigo 51 do CDC - e não gerará efeitos para com o consumidor (MIRAGEM, 2010, p.72).

Inúmeros casos que tais começaram a ganhar espaço nos tribunais, sendo que jurisprudência começou a tomar seu posicionamento.<sup>13</sup>

Há entendimento, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no sentido de aceitar o aumento, desde que claramente previsto no contrato, mas delimitando-o a patamar razoável, conforme a decisão do Juiz Eugênio Facchini Neto, que reduz o aumento de 100% para 30%. Pondera-se, com esse entendimento, que o aumento, por si só, não pode ser considerado abusivo, mas a abusividade será reconhecida quando o aumento servir de barreira à manutenção do vínculo contratual.<sup>14</sup>

Aliás, no mesmo Tribunal do Rio Grande do Sul, pode-se encontrar decisões que só aceitam o aumento previsto contratualmente, desde que com detalhamen-

<sup>13</sup> Veja exemplos em que se considerou abusiva a cláusula de aumento pela faixa etária: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70005890710**/ Porto Alegre. Apelante: Golden Cross Assistência Internacional de Saúde LTDA. Apelado: Walter Miguel Elesbao. Relator: Desembargador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre, 03 de março de 2003. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?pesq=ementario&as\\_q=&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&btnG=Buscar&tb=proc&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.NumProcesso%3A70005890710.TipoDecisao%3Anull&requiredfields=>](http://www.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?pesq=ementario&as_q=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&btnG=Buscar&tb=proc&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.NumProcesso%3A70005890710.TipoDecisao%3Anull&requiredfields=>)> Acesso em: 05 ago 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 0117307-34.2007.8.26.0000**/ São Caetano do Sul. Apelante: Sul América Companhia de Seguro Saúde. Apelado: Osmar Gianello. Relator: Desembargador Ramon Mateo Júnior. São Paulo, 03 de julho de 2013. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6852473&v1Captcha=v1euf>> Acesso em: 05 ago 2013. Plano de Saúde Reajuste em decorrência mudança de faixa etária Aplicação das disposições da Lei 9.656/98 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 0102829-36.2012.8.26.0100**/ São Paulo. Apelante: Alfredo Leal da Costa e outro. Apelado: Amil Assistência Médica Internacional e outro. Relator: Desembargador Eduardo Sá Pinto Sandeville. São Paulo, 06 de dezembro de 2012. Disponível em: < <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6517527>> Acesso em: 05 ago 2013.

<sup>14</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso inominado nº 71001452606**/ Porto Alegre. Recorrente: José Harry John. Recorrido: UNIMED Porto Alegre LTDA. Relator: Juiz Eugênio Facchini Neto. Porto Alegre, 30 de outubro de 2007. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?pesq=ementario&as\\_q=&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&btnG=Buscar&tb=proc&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.NumProcesso%3A71001452606.TipoDecisao%3Anull&requiredfields=>](http://www.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?pesq=ementario&as_q=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&btnG=Buscar&tb=proc&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.NumProcesso%3A71001452606.TipoDecisao%3Anull&requiredfields=>)>. Acesso em: 05 ago 2013.

to do seu percentual e que este não seja desarrazoado<sup>15</sup>, assim como decisões que rechaçam qualquer aumento quando for única e exclusivamente baseado na faixa etária<sup>16</sup>.

No Superior Tribunal de Justiça encontram-se a primeira<sup>17</sup> e a segunda<sup>18</sup> linha de entendimento, sendo que a segunda pode ser considerada a dominante<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Veja RIO GRANDE DO SUL.Tribunal de Justiça. **Apelação nº70054737739**/Caxias do Sul. Apelante: UNIMED Nordeste - Soc Coop Serv Médicos LTDA Apelado: Maria de Lourdes Vidor Pasquali. Relator: Desembargador Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre, 31 de julho de 2013. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?as\\_q=&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&btnG=Buscar&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.NumProcesso%3A70054737739.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=>](http://www.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?as_q=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&btnG=Buscar&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.NumProcesso%3A70054737739.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=>)> Acesso em: 04 ago 2013.

<sup>16</sup> Veja RIO GRANDE DO SUL.Tribunal de Justiça. **Apelação nº70054997242**/Farroupilha. Apelante: UNIMED Nordeste - Soc Coop Serv Médicos LTDA Apelado: Iracema Maria De Cezaro. Relator: Desembargadora Isabel Dias Almeida. Porto Alegre, 31 de julho de 2013. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?pesq=ementario&as\\_q=&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&btnG=Buscar&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.NumProcesso%3A70054997242.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=>](http://www.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?pesq=ementario&as_q=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&btnG=Buscar&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.NumProcesso%3A70054997242.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=>)> Acesso em: 04 ago 2013.

<sup>17</sup> Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº866.840**. Recorrente: Bradesco Saúde S/A. Recorrido: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 07 de junho de 2011. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=15942240&num\\_registro=200601290563&data=20110817&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=15942240&num_registro=200601290563&data=20110817&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 04 ago. 2013.

<sup>18</sup> Ilustra esse entendimento: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº809.329**. Recorrente: AMIL Assistência Médica Internacional LTDA. Recorrido: Oracy Pinheiro Soares da Rocha. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 25 de março de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200600037836&pv=0100000000&tp=51>>. Acesso em: 04 ago. 2013.

<sup>19</sup> Veja: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº1228904**. Recorrente: Neuza Nelli Padilha. Recorrido: Sul América Companhia de Seguros Saúde. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 5 de março de 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=27350314&num\\_registro=201002207740&data=20130308&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=27350314&num_registro=201002207740&data=20130308&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 06 ago. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº1324344**. Recorrente: Jacinta Cardoso de Florio. Recorrido: AMIL Assistência Médica Internacional LTDA. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, DF, 25 de fevereiro de 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=MON&sequencial=27204493&formato=PDF>>. Acesso em: 06 ago. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental nº1310015**. Agravante: UNIMED Macapá - Cooperativa de Trabalho Médico. Agravado: Ministério Público do Estado do Amapá. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 11 de dezembro de 2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=26215022&num\\_registro=201200322581&data=20121217&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=26215022&num_registro=201200322581&data=20121217&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 06 ago. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental nº1391405**. Agravante: UNIMED Cooperativa de Serviços de Saúde dos Vales do Taquari e Rio Pardo LTDA. Agravado: Maria Alaíde Heineck. Relatora: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente>>

Pode-se concluir, nesse cenário, que a jurisprudência majoritária, privilegiando o diálogo do Estatuto do Idoso com o CDC, tem considerado abusiva a cláusula que prevê eventual aumento de preço quando for única e exclusivamente baseado na faixa etária.

Diante do exposto, mormente frente ao apanhado jurisprudencial verificado, conclui-se que o diálogo entre o CDC e o Estatuto do Idoso é inevitável, para solucionar questões atinentes às relações de consumo com pessoas idosas. E, dessa forma, é possível extrair, do ordenamento jurídico brasileiro, mecanismos suficientes à proteção do consumidor idoso, considerado hipervulnerável no mercado de consumo. Assim, com proteção mais intensa ao idoso, acredita-se também possível resguardar o princípio da igualdade nas relações consumeristas, e assegurar a higidez da sua dignidade, valor central e maior da nossa Constituição Federal.

### CONCLUSÃO

Como se analisou, o CDC é compreendido como o regramento destinado a resgatar o equilíbrio das relações de consumo, pois os consumidores estão em posição de vulnerabilidade e, em nome da consagração do princípio da igualdade, necessário dispensar a eles tratamento que reduza essa dessemelhança.

É, ainda, elemento essencial à concretização da dignidade da pessoa humana nas relações consumeristas, premissa que se encontra no ápice da hierarquia dos valores previstos constitucionalmente.

Toda essa proteção, da qual o CDC é garantidor, se torna ainda mais relevante à medida que a sociedade de consumo evolui. Isso porque, inevitavelmente, o progresso não vem sozinho, traz também riscos. Assim, na medida em que todas as pessoas (porque todas são consumidores) querem o prazer e a felicidade imediatos nos bens de consumo, e as empresas fornecedoras entendem isso e aten-

---

=ATC&sequencial=19859213&num\_registro=201100291826&data=20120301&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 06 ago. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental nº325593**. Agravante: AMIL Assistência Médica Internacional LTDA. Agravado: Luiz Eider Eifler Ribeiro. Relator: Desembargador Convocado Vasco Della Giustina. Brasília, DF, 07 de dezembro de 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=13156635&num\\_registro=200100577698&data=20101216&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=13156635&num_registro=200100577698&data=20101216&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 06 ago. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº1106557**. Recorrente: Vinício Paride Conte e Outros. Recorrido: Associação Paulista de Medicina. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 16 de setembro de 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=7839783&num\\_registro=200802625536&data=20101021&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=7839783&num_registro=200802625536&data=20101021&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 06 ago. 2013.

dem seus desejos, os riscos da sociedade de consumo se multiplicam. E é nesse cenário que o consumidor é vulnerável em suas relações de consumo, desde a realização do contrato mais simples até o mais complexo. Por isso, a sociedade de consumo é a causa de um sentimento de insegurança generalizada.

Confirma-se, assim, a vulnerabilidade do consumidor, já trazida no CDC, em sua base principiológica, delineada no seu artigo 4º, I. Todo o consumidor é vulnerável, mas em razão da complexidade da sociedade e das próprias relações de consumo, a doutrina apresenta algumas distinções na verificação dessa vulnerabilidade. Em certos casos, inclusive, sua vulnerabilidade se agrava, o que exige do ordenamento jurídico – e de seus operadores – atenção maior para a concretização da efetiva proteção aos consumidores.

Como se viu no decorrer da pesquisa perpetrada, essa vulnerabilidade agravada é chamada hoje na doutrina e jurisprudência de hipervulnerabilidade. Ao passo que a vulnerabilidade é presumida de todos os consumidores, a hipervulnerabilidade será verificada em casos especiais, dependendo de cada relação. Pode, pois, ser considerada como um grau excepcional, e juridicamente relevante, da vulnerabilidade geral dos consumidores.

Os idosos – que gozam de proteção constitucional – são considerados hipervulneráveis pela doutrina e jurisprudência, em razão da posição de maior fragilidade que apresentam na relação contratual de consumo, seja por sua maior fragilidade física, seja pela catividade e dependência a certos contratos, como os de planos de saúde.

Assim, buscou-se analisar formas de conferir a proteção adequada a esse consumidor.

Nesse cenário, verificou-se o papel fundamental da teoria dos diálogos das fontes (método a ser seguido na aplicação das leis, que privilegia a coordenação das fontes, de modo sistemático, na busca da melhor solução ao conflito) para a proteção do consumidor idoso.

Portanto, conclui-se que utilizando-se a adequada coordenação das normas já existentes, o ordenamento jurídico brasileiro é capaz de fornecer a proteção mais intensa exigida pelos consumidores hipervulneráveis, em especial o idoso. Além do CDC, o consumidor idoso conta com proteção constitucional no artigo 230 da Constituição Federal de 1988, e infraconstitucional no Estatuto do Idoso. Tais normas devem ser coordenadas na busca da efetiva proteção desse consumidor.

A jurisprudência já vem seguindo esse caminho há algum tempo, e anda bem (fácil encontrar decisões que coordenam o CDC com outras normas para a

proteção dos hipervulneráveis). Na seara dos contratos de planos de saúde, como se viu, vem sendo utilizada a coordenação de tais legislações, com vistas a coibir abusos das seguradoras frente aos consumidores.

Diante de todo o exposto, percebe-se que a jurisprudência e a doutrina já caminham em direção à proteção mais intensa do consumidor idoso, através da doutrina do diálogo das fontes, na busca incansável da manutenção da eficácia do CDC, e, assim, da concretização do mandamento constitucional de proteção do consumidor, preservando a dignidade dos idosos das relações de consumo. Essa, sem dúvida alguma, é uma obrigação da sociedade, pois “garantir os direitos dos que estão envelhecendo agora é um dever que não podemos passar para as gerações futuras” (BRAGA, 2001).

### REFERÊNCIAS

- BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Tradução de Artur Mourão. São Paulo: Edições 70, 1981.
- BRAGA, Pérola Melissa Viana. Envelhecimento, ética e cidadania. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 52, 01 nov. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2389>>. Acesso em: 14 jul. 2013.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 11 abr. 2013.
- BRASIL. *Decreto n. 7.963 de 15 de março de 2013*. Institui o Plano Nacional de Consumo e Cidadania e cria a Câmara Nacional das Relações de Consumo. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7963.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7963.htm)>. Acesso em: 05 ago.2013.
- BRASIL. *Lei n. 10.741 de 1º de outubro de 2003*. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm)>. Acesso em: 13 jul.2013.
- BRASIL. *Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 13 ago.2012.
- BRASIL. *Lei n. 9.656 de 03 de junho de 1998*. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm)>. Acesso em: 10 ago.2012.
- CANCLINI, Néstor García. *Consumidores cidadãos: conflitos multiculturais da globalização*. Tradução de Maurício Santana Dias. 8ª ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2010.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CHAISE, Valéria Falcão. *A publicidade em face do código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CICCO, Maris Cirstina De. A Pessoa e o Mercado. In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008.
- DUQUE, Marcelo Schenk. A proteção do consumidor como dever de proteção estatal de hierarquia constitucional. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 71, p. 142-167, jul./set. 2009.

GRAU, Eros Roberto. Interpretando o código de defesa do consumidor: algumas notas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 05, p. 181-189, jan./mar. 1993.

GREGORI, Maria Stella. O novo paradigma para um capitalismo de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 75, p. 247-258, jul./set. 2010.

LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

MARQUES, Claudia Lima. Algumas perguntas e respostas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 75, p. 9-42, jul./set. 2010.

\_\_\_\_\_. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima. (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de ações afirmativas em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. *Revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, v. 8, p.3-44, out./dez. 2001.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*: arts. 1º ao 74: aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberto. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 76, p. 13-45, out./dez. 2010.

OLIVEIRA, Fátima. A minha solidariedade às vítimas da talidomida pelo mundo afora. *OTEMPO*, Belo Horizonte, 04 set. 2012. Disponível em: <<http://www.otempo.com.br/opini%C3%A3o/f%C3%A1tima-oliveira/a-minha-solidariedade-%C3%A0s-v%C3%ADtimas-da-talidomida-pelo-mundo-afora-1.201534>>. Acesso em: 08 jul. 2013.

SANTOS, Fabíola Meira de. Reflexões acerca do consumidor-idoso e a necessidade de efetivação dos direitos desta categoria especial de indivíduos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, nº36, p. 119-140, out.-dez. 2008.

SCHMITT, Cristiano Heineck. A ‘hipervulnerabilidade’ do consumidor idoso. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.70, p. 139-169, abr./jun. 2009.

\_\_\_\_\_. Indenização por dano moral do consumidor idoso no âmbito dos contratos de planos e de seguros privados de assistência à saúde. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.51, p.130-153, jul./set. 2004.

\_\_\_\_\_. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. O princípio da igualdade e o código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 08, p. 146-156, out./dez. 1993.

## TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: STATUS NORMATIVO, IMPLICAÇÕES E CONTROVÉRSIAS

### *INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES: STATUS, IMPLICATIONS AND CONTROVERSIES*

Vinícius Gonzaga Ferreira

Advogado, bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe

**Submissão em 13.04.2015**

**Aprovação em 23.04.2016**

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v1i2.748>

**Resumo:** O presente trabalho busca compreender o *status* jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos, celebrados e ratificados pela República Federativa do Brasil, frente ao ordenamento jurídico pátrio. A incorporação destes tratados suscita enorme dissidência junto aos operadores do direito, levando-os a posicionamentos contrastantes que colocam estes acordos em diferentes categorias hierárquicas, implicando em supressão ou ampliação de direitos, de acordo com posicionamento adotado. O trabalho busca, neste sentido, compreender o papel desempenhado pelos tratados internacionais de direitos humanos, no ordenamento brasileiro, observando a legislação de regência, em cotejo com a teoria da hierarquia de normas. O estudo analisa, igualmente, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal frente ao tema, com especial ênfase às mudanças paradigmáticas operadas ao longo dos anos e exame de alguns de seus votos dissidentes. O trabalho apresenta, por fim, os reflexos das principais teorias acerca da hierarquia destes tratados, em cotejo com os ditames constitucionais.

**Palavras-Chave:** Tratados Internacionais; Direitos Humanos; Recepção; *Status* Normativo.

**Abstract:** *This article intends to comprehend the juridical status of the international human rights treaties, celebrated and ratified by the Federative Republic of Brazil, according to the Brazilian legal system. The incorporation of these treaties produces a great discussion among the juridical community, leading their members to different points of view. As a consequence of these dissimilar conceptions, international human rights treaties are placed in different positions in the legal system, increasing or reducing rights, according to their set position. In this way, this essay intends to comprehend the role played by the international human rights treaties in the Brazilian legal system, observing the pertinent laws and also the Kelsen's theory of legal order. This article equally analyses the decisions of the Brazilian Supreme Court, emphasizing the paradigm changes across the years and, also, some of their*

*divergent votes. Finally, this essay presents the consequences of the different hierarchical theories, relating to the Constitution's rules.*

**Keywords:** *International Treaties; Human Rights; Reception; Nature.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. O Ordenamento Jurídico; 3. A natureza dos tratados internacionais de direitos humanos à luz da jurisprudência do STF; 3.1 Breves comentários; 3.2 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; 4. Uma breve incursão nos direitos fundamentais; 4.1 Terminologia; 4.2 Conceito; 5. Os direitos fundamentais e a Constituição Federal; 5.1 Reconhecimento e identificação: o papel desempenhado pelo art. 5º, § 2º; 5.2 Aplicabilidade imediata e seus reflexos: o papel desempenhado pelo art. 5º, § 1º; 5.3 Contexto, inovações e reflexos: o art. 5º, § 3º; 6. O *status* normativo dos tratados internacionais de direitos humanos e seus respectivos reflexos; 6.1 O *status* infraconstitucional; 6.2 O *status* supralegal; 6.3 O *status* constitucional; Conclusão; Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por finalidade analisar o *status* normativo atribuído aos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Estes tratados, que têm se tornado cada vez mais frequentes, possuem lógica de funcionamento própria e conteúdo especial: eles trazem dispositivos voltados para proteção do ser humano e não do Estado, diferenciando-se, assim, dos tratados internacionais ordinários. Representam, portanto, documentos normativos de conteúdo privilegiado, que atuam na construção gradativa de prerrogativas, impulsionando e promovendo novos paradigmas de dignidade aos indivíduos.

A introdução deste novo conteúdo ao ordenamento pode resultar em eventuais antinomias. Por vezes, normas internas e externas contrastam, ensejando intervenção estatal para a resolução de ocasionais conflitos normativos, por meio do Poder Judiciário. Sob este prisma, serão analisados alguns julgados emblemáticos do Supremo Tribunal Federal, que versam sobre o conflito estabelecido entre normas internas e tratados internacionais de direitos humanos. Serão realçadas, notadamente, as mudanças que marcam a evolução do posicionamento firmado pela Suprema Corte destacando-se, igualmente, alguns dos votos dissidentes.

Da mesma maneira, lançar-se-á um olhar sobre o ordenamento jurídico e sua estrutura, à luz da teoria piramidal kelseniana. A edificação deste panorama propiciará a visualização das possíveis nuances de inserção das normas

advindas destes acordos, fornecendo, assim, ferramentas para a compreensão e problematização das principais correntes apontadas pela doutrina e jurisprudência.

Finalmente, na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos atuam na proteção daquilo que há de mais precioso ao ser humano, a identidade dos direitos fundamentais elencados pelo poder constituinte, observar-se-á o tratamento disposto pela Constituição Brasileira sobre o tema, buscando-se, nesta perspectiva, traçar similitudes entre estes dois conjuntos normativos e investigar a dinâmica existente entre eles. Serão destacadas, em especial, as particularidades instituídas pela Constituição Federal de 1988 acerca da incorporação dos tratados de direitos humanos, sua entrada em vigor e produção de efeitos.

Em apertada síntese, busca-se, com este trabalho, compreender o procedimento de incorporação dos tratados de direitos humanos e em que condições esta sua inserção se dá. Mais que mero tecnicismo, a imputação de determinado *status* normativo às normas recepcionadas implica em perda ou ganha de direitos por parte do indivíduo, face à existente hierarquia normativa. O estudo destas categorias permite, portanto, compreender conceitos diretamente ligados à dignidade humana e aos elementos materiais da Constituição, possibilitando-se, assim, uma intervenção jurídica positiva frente a eventuais ameaças a estas garantias.

## 2. O ORDENAMENTO JURÍDICO

Inicialmente, faz-se mister adentrar, brevemente, na teoria kelseniana do escalonamento de normas jurídicas. Objetiva-se, neste passo, situar a posição dos tratados internacionais de direitos humanos, objeto deste estudo, no ordenamento jurídico brasileiro. Esta breve incursão permitirá a delimitação de espaços, tornando possível a visualização dos referidos tratados em meio às demais normas do sistema jurídico brasileiro.

Segundo a teoria desenvolvida por Hans Kelsen, em sua obra *Teoria Pura do Direito*, o ordenamento jurídico é composto por um conjunto de normas jurídicas sistematizadas. Este agrupamento possui configuração específica, de maneira que, a reunião de normas, bem como a lógica que as une, formam um verdadeiro sistema. É o que aduz o notável jurista austríaco: “A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas” (KELSEN, 2006, p. 247).

As normas, que compõem este conjunto escalonado, fundamentam umas às outras, seguindo uma lógica em que a norma inferior busca sua validade na norma imediatamente superior. Este movimento, conforme expõe o autor em sua obra, levaria a um “perder-se no interminável”, uma busca ao infinito, de maneira que fragilizaria e invalidaria o sistema.

Kelsen propõe, então, a norma fundamental (*Grundnorm*) como fundamento último do sistema a fim de superar a descontinuidade descrita. Compete à referida norma fundamental conferir validade a todo o sistema. Esta não é posta, e sim, pressuposta, ou seja, não emana de nenhuma autoridade, não busca validade em nenhuma outra norma, de maneira que a sua existência constitui pressuposto lógico-teórico que fundamenta o sistema. Nas palavras do autor: “É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa” (KELSEN, 2006, p. 217).

Dentro dessa lógica do escalonamento, Constituição, leis complementares, leis ordinárias, e diversos outros atos normativos, organizam-se numa estrutura que se assemelha a uma pirâmide, conferindo validade uns aos outros, e possuindo como fundamento último a norma fundamental pressuposta.

Ressalte-se que a Constituição, lei fundamental de um Estado, não se confunde com a norma fundamental e ocupa posição de destaque no topo da figura geométrica, logo abaixo da supracitada *Grundnorm*. Neste passo, elucidativa a lição de Eduardo Carlos Bianca Bittar e Guilherme Assis de Almeida (2008, p. 371):

Onde há hierarquia, há interdependência entre normas, onde há interdependência, a validade da norma inferior é extraída da norma superior, e assim até uma última norma, a norma fundamental. Essa não é a norma constitucional de um Estado (Constituição da Argentina, Constituição da França, Constituição do Brasil...), mas um pressuposto lógico do sistema, o cume da pirâmide escalonada de normas jurídicas. Ela não existe historicamente, e nem fisicamente, mas é pressuposta logicamente.

Aplicando-se a teoria piramidal, ora analisada, leis complementares e ordinárias, seguidas pelos decretos, compõem, respectivamente, os níveis hierarquicamente inferiores da pirâmide, tendo por base as portarias, ato normativo de posição hierárquica mais baixa.

Servindo-se dos elementos por esta teoria propostos, estas são as camadas que compõem o ordenamento e estes são os possíveis espaços de inserção a serem ocupados pelos tratados internacionais de direitos humanos, dos quais o Brasil faça parte.

### **3. A NATUREZA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF**

#### **3.1 BREVES COMENTÁRIOS**

Tendo visto a maneira pela qual o ordenamento jurídico se estrutura, passa-se à análise do posicionamento do Supremo Tribunal Federal frente ao tema. Destaque-se que a posição atualmente adotada, postula pela natureza supralegal destes tratados, isto é, os tratados internacionais de direitos humanos, dos quais o Brasil faça parte, estão alocados acima da legislação infraconstitucional, abaixo, contudo, da Constituição Federal. Este foi o paradigma adotado pela Corte em 2008, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-SP. Passa-se, agora, a uma breve análise do posicionamento da Suprema Corte Brasileira no decorrer dos anos<sup>1</sup>.

#### **3.2 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Quando da análise da hierarquia dos tratados internacionais, parte significativa da doutrina destaca o ano de 1977 como marco referencial. Neste ano, houve o julgamento do Recurso Extraordinário 80.004-SE pela Corte Suprema, o qual representou, para alguns, uma mudança paradigmática, “divisor de águas” jurisprudencial.

Entre os que advogam pela mudança, destacam-se Flávia Piovesan (2011) e Valerio de Oliveira Mazzuoli (2001). Segundo estes autores, o Supremo Tribunal Federal posicionava-se pelo primado do Direito Internacional em face do Direito Interno no período que antecede o julgamento do referido recurso extraordinário. Neste passo, exemplificativo é o acórdão proferido em julgado de 1951, que envolvia a então União Federal e a Cia. Rádio Internacional do Brasil:

TRATADO INTERNACIONAL. SUA FORÇA QUANTO AS LEIS QUE REGULAM OS CASOS NELE ESTABELECIDOS. SÓ POR LEIS QUE A ELE SE REFIRAM EXPRESSAMENTE, PODE SER REVOGADO. IMPOSTO. COMO DEVE SER COBRADO. (ACi 9587, Relator(a): Min. LAFAYETTE DE ANDRAEDA, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/08/1951, DJ 18-10-1951 PP-\*\*\*\*\* EMENT VOL-00060-01 PP-00028 ADJ DATA 06-07-1953 PP-01870)

Destaca-se, neste julgado, o seguinte excerto:

<sup>1</sup> Alguns dos julgados transcritos dizem respeito a tratados internacionais ordinários. Estes foram igualmente analisados uma vez que a mesma fundamentação, adotada pelo STF, foi revisitada em outras ações envolvendo tratados internacionais de direitos humanos, conforme se expõe nesta seção.

Portanto, as leis posteriores que alteram a vigorante naquela oportunidade ficam sem aplicação nos produtos importados nos países (sic) signatários dessa convenção. [...] Já sustentei ao proferir voto nos embargos na apelação cível 9.583 de 22 de junho de 1950 que os tratados constituem leis especiais e por isso não ficam sujeitos às leis gerais de cada país (sic), porque, em regra, visam justamente a exclusão dessas mesmas leis (BRASIL, 1951, p. 36).

Da análise do trecho em destaque, percebe-se a prevalência do tratado em detrimento da legislação interna. Amparada no julgado transcrito e, ainda, na Apelação Cível nº 7.872 de 1943 e no Pedido de Extradicação nº 07 de 1913, Flávia Piovesan (2011, p. 114) tem por clara a prevalência dos tratados internacionais na jurisprudência do STF anterior a 1977.

Luís Roberto Barroso (2009, p. 18), por sua vez, em referência ao período em espeque e em franca oposição à opinião apresentada, relata que havia, em realidade, uma profunda crença no primado do Direito Internacional sobre o direito interno entre os doutrinadores. Segundo o autor, esta crença, quando quebrada em 1977, causou estranheza e imensa reação. Ressalta, neste toar, que o posicionamento firmado pelos autores à época, seria, em verdade, fruto de seus posicionamentos pessoais:

A verdade é que, em exame detido da jurisprudência, Jacob Dolinger constatou que a leitura que a maioria dos autores fazia das decisões do Supremo Tribunal Federal era antes reflexo de sua própria crença no primado do direito internacional do que expressão da realidade dos julgados. Ao contrário do sugerido, a orientação da mais alta Corte é a do monismo moderado, em que o tratado se incorpora ao direito interno no mesmo nível hierárquico da lei ordinária, sujeitando-se ao princípio consolidado: em caso de conflito, não se colocando a questão em termos de regra geral e regra particular, prevalece a norma posterior sobre a anterior (2009, p. 19).

Este posicionamento é compartilhado por Jacob Dolinger. Segundo o autor, o Supremo possuía postura constante e coerente, sendo a crença da prevalência do direito internacional sobre o direito interno, fruto de interpretação equivocada de alguns autores:

Nossa conclusão é que, excetuadas as hipóteses de tratado-contrato, nada havia na jurisprudência brasileira quanto à prevalência de tratados sobre lei promulgada posteriormente, e, portanto, equivocados todos os ilustres autores acima citados que lamentaram a alegada mudança na posição da Suprema Corte. A posição do STF através dos tempos é de coerência e resume-se em dar o mesmo tratamento a lei e a tratado,

sempre prevalecendo diploma posterior, excepcionados os tratados fiscais e de extradição, que, por sua natureza contratual, exigem denúncia formal para deixarem de ser cumpridos (DOLINGER, 1993 apud BARROSO, 2009, p. 20).

Em que pesem os argumentos apresentados, em vista do excerto da Apelação Cível n. 9.587, nesta seção transcrita, acredita-se assistir razão à corrente que defende a prevalência dos tratados internacionais na jurisprudência do STF, anterior ao ano de 1977. Este posicionamento é corroborado pelo Ministro Gilmar Mendes, em voto proferido nos autos do Recurso Extraordinário nº 466.343:

É preciso lembrar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, por longo tempo, adotou a tese do primado do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional. Cito, a título exemplificativo, os julgamentos das Apelações Cíveis nº 9.587, de 1951, Rel. Min. Orozimbo Nonato, e 7.872, de 1943, Rel. Min. Philadelpho Azevedo (BRASIL, 2014, p. 1156).

Em 1º de junho 1977, por meio do julgamento do emblemático Recurso Extraordinário nº 80.004, a Corte Constitucional brasileira firmou entendimento no sentido da paridade normativa entre os tratados internacionais e as leis ordinárias editadas pelo Estado Brasileiro. Neste passo, em havendo conflito normativo entre lei brasileira e tratado internacional devidamente internalizado, decidiu-se, à época, pela prevalência daquele que por último veio ao ordenamento, ou seja, definiu a Corte Suprema que quando da colisão entre os elementos citados, aplicar-se-ia o critério *lex posterior derogat priori*. Eis a ementa da decisão sob análise:

CONVENÇÃO DE GENEVRA, LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CÂMBIO E NOTAS PROMISSÓRIAS - AVAL APOSTO A NOTA PROMISSÓRIA NÃO REGISTRADA NO PRAZO LEGAL - IMPOSSIBILIDADE DE SER O AVALISTA ACIONADO, MESMO PELAS VIAS ORDINÁRIAS. VALIDADE DO DECRETO-LEI Nº 427, DE 22.01.1969. EMBORA A CONVENÇÃO DE GENEVRA QUE PREVIU UMA LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CÂMBIO E NOTAS PROMISSÓRIAS TENHA APLICABILIDADE NO DIREITO INTERNO BRASILEIRO, NÃO SE SOBREPÕE ELA ÀS LEIS DO PAÍS, DISSO DECORRENDO A CONSTITUCIONALIDADE E CONSEQUENTE VALIDADE DO DEC-LEI Nº 427/69, QUE INSTITUI O REGISTRO OBRIGATÓRIO DA NOTA PROMISSÓRIA EM REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA, SOB PENA DE NULIDADE DO TÍTULO. (...) RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. (RE 80004, Relator(a): Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/1977, DJ 29-12-1977 PP-09433 EMENT VOL-01083-04 PP-00915 RTJ VOL-00083-03 PP-00809).

Ressalte-se que a decisão não foi unânime, tendo o Ministro relator se pronunciado pelo primado da norma alienígena. Entretanto, vencida a tese do Mi-

nistro relator Xavier de Albuquerque, estabeleceu-se a paridade normativa entre tratados e lei ordinária, despertando severas críticas. Nas palavras de Celso de Albuquerque Mello (1979 apud PIOVESAN, 2011, p. 114) a decisão representou um “verdadeiro retrocesso na matéria”. Flávia Piovesan (2011, p. 114-115), igualmente, rechaçou o julgado e pôs em relevo o descumprimento de preceitos basilares do direito internacional:

Acredita-se que o entendimento firmado a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004 enseja, de fato, um aspecto crítico, que é a sua indiferença diante das consequências do descumprimento do tratado no plano internacional, na medida em que autoriza o Estado-parte a violar dispositivos da ordem internacional – os quais se comprometeu a cumprir de boa-fé. Essa posição afronta, ademais, o disposto pelo art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que determina não poder o Estado-parte invocar posteriormente disposições de direito interno como justificativa para o não cumprimento de tratado. Tal dispositivo reitera a importância, na esfera internacional, do princípio da boa-fé, pelo qual cabe ao Estado conferir cumprimento às disposições de tratado, com o qual livremente consentiu. Ora, se o Estado, no livre e pleno exercício de sua soberania, ratifica um tratado, não pode posteriormente obstar seu cumprimento.

Posteriormente, no ano de 1995 e sob nova ordem constitucional, o STF viria a reiterar alguns dos argumentos utilizados em seu julgado de 18 anos atrás, em interessante julgado envolvendo a prisão civil por dívidas e a aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos. Por meio do Habeas Corpus nº 72.131-RJ, o tribunal reafirmou, em votação não unânime, seu posicionamento pela paridade entre leis ordinárias e tratados internacionais. Neste sentido, ilustrativo o voto do Ministro Moreira Alves:

Por fim, nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária a Convenção de San José da Costa Rica, por estabelecer, no § 7º que: ‘Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar’. Com efeito, é pacífico na jurisprudência desta Corte que os tratados internacionais ingressam em nosso ordenamento jurídico tão somente com força de lei ordinária (o que ficou ainda mais evidente em face do artigo 105, III, da Constituição que capitula, como caso de recurso especial a ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça como ocorre com relação a lei infraconstitucional, a negativa de vigência de tratado ou a contrariedade a ele), não se lhes aplicando, quando tendo eles integrado nossa ordem jurídica posteriormente à Constituição de 1988,

o disposto no artigo 5º, § 2º, pela singela razão de que não se admite emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado (BRASIL, 1995, p. 8685-8686).

Neste mesmo julgado, adotando entendimento oposto, o Ministro Carlos Velloso posicionou-se pela aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos ressaltando seu caráter de direito fundamental material:

Uma palavra a respeito da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada na Conferência Interamericana sobre Direitos Humanos, de São José da Costa Rica, em 22.11.1969, que teve depositada sua ratificação em 25.09.1992. No art. 7º, item 7, da citada Convenção, está escrito: 'Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.' São três as vertentes na Constituição de 1988, dos direitos e garantias: a) direitos e garantias expressos na Constituição; b) direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição; c) direitos e garantias inscritos nos tratados firmados pelo Brasil (C.F., art. 5º, § 2º). Se é certo que, na visualização dos direitos e garantias, é preciso distinguir, mediante o estudo da teoria geral dos direitos fundamentais, os direitos materiais dos direitos puramente formais, conforme deixei expresso em voto que proferi nesta corte, na ADI 1.497/DF [...] – se é certo que é preciso distinguir os direitos fundamentais materiais dos direitos fundamentais puramente formais, não é menos certo, entretanto, que no caso, estamos diante de direito fundamental material, que diz respeito à liberdade. Assim, a Convenção de São José da Costa Rica, no ponto, é vertente de direito fundamental. É dizer, o direito assegurado no art. 7º, item 7, da citada Convenção, é um direito fundamental, em pé de igualdade com os direitos fundamentais expressos na Constituição (BRASIL, 1995, p. 8719-8720).

Em razão do conteúdo neste trabalho exposto, acredita-se que o posicionamento defendido pelo Ministro Carlos Velloso é o entendimento correto acerca da matéria. Infelizmente, apesar dos argumentos ventilados, não foi o posicionamento que prevaleceu:

EMENTA: "Habeas corpus". Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária.

ria o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. “Habeas corpus” indeferido, cassada a liminar concedida. (HC 72131, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/1995, DJ 01-08-2003 PP-00103 EMENT VOL-02117-40 PP-08650)

Por fim, consolidando o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal sobre o status normativo dos tratados internacionais de direitos humanos, julgou-se o Recurso Extraordinário nº 466.343-SP em 03 de dezembro de 2008. Na ocasião, o Supremo enfrentou a matéria com as modificações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45 (o atual art. 5º, § 3º) e firmou entendimento pela supralegalidade destes tratados, em razão de seu conteúdo. Eis a ementa do julgado:

PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (STF - RE: 466343 SP, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165)

O novo posicionamento do STF, sustentando a supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, tese vencedora, pode ser consubstanciado no voto do Ministro Gilmar Mendes:

Em conclusão, entendo que, desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos do ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela

anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002) (BRASIL, 2008, p. 1191).

Registre-se, entretanto, alguns dos elementos trazidos pelo Ministro Celso de Mello neste julgado. Apesar de sua tese não ter sido vencedora, o Ministro traz argumentos divergentes que dão margem a uma futura mudança de postura, por parte da Corte Suprema:

As razões invocadas neste julgamento, no entanto, Senhora Presidente, convencem-me da necessidade de se distinguir, para efeito de definição de sua posição hierárquica em face do ordenamento positivo interno, entre convenções internacionais sobre direitos humanos (revestidas de “supralegalidade”, como sustenta o eminente Ministro Gilmar Mendes, ou impregnadas de natureza constitucional, como me inclino a reconhecer), e tratados internacionais sobre as demais matérias (compreendidos estes numa estrita perspectiva de paridade normativa com as leis ordinárias). [...] Reconheço, no entanto, Senhora Presidente, que há expressivas lições doutrinárias [...] que sustentam, com sólida fundamentação teórica, que os tratados internacionais de direitos humanos assumem, na ordem positiva interna brasileira, qualificação constitucional, acentuando, ainda, que as convenções internacionais em matéria de direitos humanos, celebrados pelo Brasil antes do advento da EC nº 45/2004, como ocorre com o Pacto de São José da Costa Rica, revestem-se de caráter materialmente constitucional, compondo, sob tal perspectiva, a noção conceitual de bloco de constitucionalidade (BRASIL, 2008, p. 1230).

Em face do conteúdo explorado neste trabalho, acredita-se assistir inteira razão ao posicionamento adotado pelo Ministro Celso de Mello. Tendo em vista o conteúdo do art. 5º, da Constituição Federal e, em especial, seus §§ 1º e 2º, tem-se por evidente a caracterização dos tratados internacionais de direitos humanos devidamente ratificados pelo Brasil enquanto norma constitucional, em completa sintonia com a cláusula de abertura instituída pelo Constituinte Originário em 1988. Neste passo, destaca-se, por fim, as conclusões oferecidas em seu voto:

Após muita reflexão sobre este tema, e não obstante anteriores julgamentos desta Corte de que participei como Relator (RTJ 174/463-465 – RTJ 179/493-496), inclino-me a acolher essa orientação, que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos, reconhecendo, para efeito de outorga dessa especial qualificação jurídica, tal como observa Celso Lafer, a existência de três distintas situ-

ações concernentes a referidos tratados internacionais: 1) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da Constituição de 1988 (tais convenções internacionais revestem-se de índole constitucional, porque formalmente recebidas nessa condição, pelo § 2º do art. 5º da Constituição); 2) tratados internacionais de direitos humanos que venham a ser celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC nº 45/2004 (essas convenções internacionais, para se impregnarem de natureza constitucional, deverão observar o *'iter'* procedimental estabelecido pelo § 3º do art. 5º da Constituição); e 3) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o País aderiu) entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC nº 45/2004 (referidos tratados assumem caráter materialmente constitucional, porque essa qualificada hierarquia jurídica lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade, que é a *'somatória'* daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados') (BRASIL, 2008, p. 1237-1238).

## 4. UMA BREVE INCURSÃO NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 4.1 TERMINOLOGIA

Após analisar o posicionamento adotado pelo STF, faz-se necessário analisar o campo dos direitos fundamentais, a fim de traçar similitudes com os tratados, objeto deste estudo. Em relação à nomenclatura utilizada não há consenso junto à doutrina e aos operadores. Existe uma miríade de termos, dentre os quais se destacam direitos humanos, direitos fundamentais, direitos individuais, direitos do homem (BOBBIO, 2004), direitos fundamentais do homem (SILVA, 2009, p. 149), direitos humanos fundamentais (FERREIRA FILHO, 2011), que, por vezes, são usados como sinônimos, enquanto que, para outros autores, são termos distintos com significação semântica própria. Neste passo, pertinente é a observação de Paulo Bonavides (2010, p. 560): “[...] podem as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais ser usadas indiferentemente? Temos visto nesse tocante o uso promíscuo de tais denominações [...]”

Em breve enfrentamento da questão terminológica, André Ramos Tavares (2009, p. 460) destaca: “Não há que se olvidar, ainda, que os direitos humanos possuam forte carga emotiva, o que favorece enormemente a ambiguidade e con-

tradições na própria determinação do conteúdo que se aloja em cada um desses designativos”<sup>2</sup>.

Em meio à diversidade de argumentos trazidos pelos doutos doutrinadores, parece assistir razão ao entendimento esposado por Ingo Wolfgang Sarlet (2011), o qual defende a utilização do termo “direitos fundamentais”.

Segundo o referido autor, o termo “direitos fundamentais” revela-se mais apropriado, inicialmente, pois está em sintonia com o direito positivo pátrio, conforme epígrafe do Título II: Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Acrescenta, ainda, o professor gaúcho, que a categoria direitos humanos está mais próxima do conteúdo emanado de tratados e acordos internacionais, enquanto que os direitos fundamentais corresponderiam àquelas garantias reconhecidas pelo direito positivo. Neste toar, destaca:

À luz das digressões tecidas, cumpre repisar, que se torna difícil sustentar que direitos humanos e direitos fundamentais (pelo menos do que diz com a sua fundamentação jurídico-positiva constitucional ou internacional, já que evidentes as diferenças apontadas) sejam a mesma coisa, a não ser, é claro, que se parta de um acordo semântico (de que direitos humanos e fundamentais são expressões sinônimas), com as devidas distinções em se tratando da dimensão internacional e nacional, quando e se for o caso. Os direitos fundamentais, convém repetir, nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados [...] (SARLET, 2011, p. 35).

O posicionamento, que neste trabalho é seguido, é corroborado por Manoel Jorge e Silva Neto (2009, p. 623):

Com efeito, não se poderá encontrar absoluta identidade entre “direitos fundamentais”, “direitos do homem” ou “direitos humanos”, porquanto a designação de “fundamentais” é dedicada àquele conjunto de direitos assim considerados por específico sistema normativo-constitucional, ao passo que “direitos do homem” ou “direitos humanos” são terminologias recorrentemente empregadas nos tratados e convenções internacionais.

Desta feita, adota-se a terminologia “direitos fundamentais” no presente trabalho, vez que, pelos argumentos supracitados, se tem por mais apropriada, pois condizente com o direito positivo pátrio. Além disso, acredita-se assistir razão à tese de que direitos fundamentais têm por base e referência as Constituições e seus respectivos ordenamentos jurídicos.

<sup>2</sup> Registre-se que o referido autor, no capítulo “Evolução e Teoria Geral dos Direitos Humanos” (p. 453-511), de sua obra Curso de Direito Constitucional, aqui citada, utiliza como sinônimos, por vezes, os termos direitos fundamentais e direitos humanos, apesar de apresentar uma breve distinção teórica.

## 4.2 CONCEITO

Apresentar um conceito fixo de direitos fundamentais constitui tarefa improfícua. Dada a sua historicidade, sua construção progressiva no tempo, a apresentação de um conceito bem delimitado resultaria em um produto anacrônico, engessado. Ademais, “a classe dos direitos que são considerados fundamentais não tende à homogeneidade, o que dificulta uma conceituação material ampla e vantajosa que alcance todos eles” (MENDES; BRANCO, 2011, p. 158).

Ressalte-se, ainda, que há uma certa relatividade no que tange ao conteúdo e expressão destes direitos. Explica-se: conforme outrora afirmado neste trabalho, os direitos fundamentais têm por referência sua respectiva ordem jurídica, pela qual foram positivados. Por conseguinte, há direitos que são fundamentais para um determinado Estado, e podem não ser para um outro. Neste passo, a apresentação de um conceito abrangente e universalmente válido tornar-se-ia ineficaz, passível de imprecisão e caducidade. A respeito do tema, elucidativas as observações de Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 76):

Qualquer conceituação – e são inúmeras as definições que aqui poderiam ser citadas – de direitos fundamentais que almeje abranger de forma definitiva, completa e abstrata (isto é, com validade universal) o conteúdo material (a Fundamentalidade material) dos direitos fundamentais está fadada, no mínimo, a um certo grau de dissociação da realidade de cada ordem constitucional individualmente considerada.

Em que pese a impossibilidade de consubstanciação em uma máxima estante, pode-se dizer que os direitos fundamentais correspondem ao conjunto de direitos e garantias que, pautados pelo princípio da dignidade humana, subsidiam, em cada momento histórico, uma existência plena, digna e igualitária ao ser humano<sup>3</sup>.

Neste passo, os direitos fundamentais, em uma amorfa acepção material, correspondem àqueles valores mais preciosos de todo o ordenamento jurídico que lhe conferem legitimidade e, ao mesmo tempo, constituem seus pilares e estrutura<sup>4</sup>. É este o posicionamento defendido por Canotilho. Segundo o eminente jurista português, o caráter de fundamentalidade material emanado destes direi-

<sup>3</sup> Sob a alcunha direitos humanos, Pérez Luño (1979 apud SILVA, 2009, p. 178) propõe: “conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”.

<sup>4</sup> “Como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático” (MENDES, 2009, p. 300).

tos reflete decisivamente na constituição das estruturas básicas do Estado e da sociedade (CANOTILHO, 2003, p. 379).

## **5. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Composta por duzentos e cinquenta artigos e cem atos de disposição transitória, a Constituição Federal brasileira, promulgada em 1988, encontra-se entre o grupo de constituições classificadas como analíticas, do qual também fazem parte a Constituição da República Portuguesa de 1976 (296 artigos) e a Constituição da Índia de 1949 (395 artigos).

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 64), a extensa matéria disposta seria fruto da pluralidade de anseios que pôde enfim manifestar-se após o longo período ditatorial que antecedeu a ordem constitucional vigente. Além disso, acrescenta o autor, a extensão do conteúdo tratado denota uma certa desconfiança do legislador constituinte em face do legislador ordinário.

Em relação aos direitos fundamentais, apoiando-se nos ensinamentos de José Afonso da Silva (2009, p. 182-183), pode-se dizer que a Constituição Federal tratou-os em três grupos: direitos fundamentais expressos, direitos fundamentais implícitos (art. 5º, §2º) e direitos fundamentais provenientes de tratados internacionais dos quais o Brasil faça parte.

Cumprе ressaltar que, de acordo com a sistemática estabelecida pela Magna Carta pátria, os direitos fundamentais desfrutam de proteção especial, no que tange à eventual supressão em reforma constitucional. Por meio do art. 60, § 4º, IV, que dispõe que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias fundamentais” o legislador constituinte blindou-os, impossibilitando inclusive a apreciação de eventual matéria que os extinga. Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 1): “O constituinte reconheceu ainda que os direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição, considerando, por isso, ilegítima qualquer reforma tendente a suprimi-los (art. 60, § 4º)”.

### **5.1 RECONHECIMENTO E IDENTIFICAÇÃO: O PAPEL DESEMPENHADO PELO ART. 5º, §2º**

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil faça parte” (art. 5º, §2º). Esta é a chamada cláusula de abertura, que permite a aferição de novos direitos a partir

do contato estabelecido entre a ordem estatal soberana e a ordem internacional. Dispositivos similares também estão presentes em outras constituições, como a Constituição da República Portuguesa (art. 16, 1)<sup>5</sup>, a Constituição Peruana (art. 3º)<sup>6</sup> e a Constituição da República de Guiné-Bissau (art. 29)<sup>7</sup>.

Conforme outrora referido, o rol de direitos fundamentais trazido pelo constituinte de 1988 não é exaustivo. Pode-se dizer, amparando-se mais uma vez nas lições de José Afonso da Silva (2009, p. 182-183), que a Constituição Federal trouxe, por meio de seu § 2º, uma cláusula de abertura, a “*fattispecie* aberta” adotada por J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 379-380), que permite a aferição de direitos fundamentais provenientes do regime e dos princípios adotados, bem como dos tratados internacionais que o Brasil faça parte.

Desta maneira, compõem o conjunto de garantias constitucionais os direitos fundamentais expressos, os decorrentes do regime e princípios, assim como os direitos decorrentes dos tratados que o Brasil regularmente faça parte. Este posicionamento, que não é unânime, parece o mais acertado, frente ao dispositivo constitucional em destaque.

Há, ainda, vozes na doutrina que apontam o artigo 5º, § 2º, da CF, como norma dispensável. É o que pontua Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p. 122): “Em face de documentos prolixos como a Constituição de 1988 parece inútil uma regra como essa”. Conclui, por fim, o autor:

Direitos implícitos igualmente podem ser deduzidos dos tratados internacionais. Isto advém de uma inovação da Constituição em vigor. Trata-se, porém, de uma previsão desnecessária, pois, se o direito fundamental implícito o é por sua natureza (projeção da eminente dignidade humana), já o seria mesmo que não fosse possível de deduzir de tratado internacional (FERREIRA FILHO, 2011, p. 122-123).

Em que pesem os argumentos ventilados, acredita-se que esta posição não deve prosperar. O artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, conforme se vem explicitando no decorrer desta seção, desempenha importante função no ordenamento brasileiro, ao permitir, por meio deste, a identificação de determinado conteúdo enquanto direito fundamental. *In casu*, o referido dispositivo legitima

<sup>5</sup> “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional” (CRP, 1976, art. 16º, 1).

<sup>6</sup> “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno” (CPP, 1993, art. 3º).

<sup>7</sup> “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das demais leis da República e das regras aplicáveis de direito internacional” (CRGB, 1996, art. 29º, 1).

o reconhecimento de um determinado conteúdo, proveniente de norma exógena, enquanto direito fundamental, habilitando-o a compor o rol de direitos constitucionalmente protegidos, após passar pelo procedimento de incorporação à ordem jurídica doméstica.

## **5.2 APLICABILIDADE IMEDIATA E SEUS REFLEXOS: O PAPEL DESEMPENHADO PELO ARTIGO 5º, § 1º**

Após apontar a importância do § 2º, o qual possibilita a identificação e ampliação dos direitos fundamentais, mister refletir acerca do artigo 5º, § 1º e sua influência na dinâmica do ordenamento. Reforçando o poder dos direitos fundamentais, a referida norma constitucional enuncia o seguinte mandamento: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Em face da característica apontada, autores como Valerio de Oliveira Mazzuoli (2001, p. 178) pugnam pela entrada em vigor e aplicação imediata dos tratados que versem sobre direitos humanos, independentemente de sua promulgação por decreto do Chefe de Estado brasileiro. Sustenta o autor:

Frise-se mais uma vez que, o que foi dito acima, no sentido de que depois de devidamente ratificado, o tratado internacional precisa ser promulgado pelo Presidente da República para só então se incorporará nossa legislação interna, não vigora quando o tratado ratificado é de proteção dos direitos humanos. Neste caso especial, basta a ratificação para que o tratado internacional (protetivo dos direitos da pessoa humana – repita-se) passe a produzir seus efeitos tanto no plano interno como no plano internacional, dispensando-se a edição de decreto executivo para tal (art. 5º §§ 1º e 2º, CF) (MAZZUOLI, 2001, p. 182).

Este mesmo posicionamento é defendido por Flávia Piovesan (2011, p. 145):

Para que o tratado ratificado produza efeitos no ordenamento jurídico interno, faz-se necessária a edição de um ato normativo nacional – no caso brasileiro, esse ato tem sido um decreto de execução, expedido pelo Presidente da República, com a finalidade de conferir execução e cumprimento ao tratado ratificado no âmbito interno. Embora seja essa a doutrina predominante, este trabalho sustenta que tal interpretação não se aplica aos tratados de direitos humanos, que, por força do art. 5º, § 1º, têm aplicação imediata. Isto é, diante do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, os tratados de direitos humanos, assim que ratificados, devem irradiar efeitos na ordem jurídica internacional e interna, dispensando a edição de decreto de execução.

Nesta linha, acrescenta a supracitada autora que o ordenamento jurídico brasileiro teria adotado um sistema jurídico misto: a incorporação dos tratados de direitos humanos obedeceria à teoria monista enquanto que, para os tratados de conteúdo ordinário, a recepção seguiria a teoria dualista (PIOVESAN, 2011, p. 144-145).

Valerio de Oliveira Mazzuoli e Flávia Piovesan defendem, portanto, na seara dos direitos humanos e como consequência da aplicabilidade imediata, a produção de efeitos e exigibilidade das normas advindas dos tratados internacionais independentemente de decreto do Executivo.

Este posicionamento, contudo, não é unânime. Para Mariângela F. Ariosi ([2004]) o ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria dualista independentemente do conteúdo do tratado. Para a autora, portanto, o decreto do Executivo é indispensável.

Malgrado a discussão doutrinária que existe em relação ao *status* que os tratados internacionais que contenham direitos humanos possuem, para adquirirem vigência no ordenamento jurídico interno brasileiro, independentemente do seu conteúdo material, os tratados internacionais devem passar pelo processo de internalização para que se transformem em Decretos e passem, então, a gerar efeitos jurídicos (ARIOSI, [2004]).

Em que pesem os argumentos apresentados, parece mais acertada a posição adotada pela primeira corrente, sob pena de macular-se a referida aplicabilidade imediata. Igualmente, parece ser esta a interpretação que mais se encontra em sintonia com a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF).

### 5.3 CONTEXTO, INOVAÇÕES E REFLEXOS: O ARTIGO 5º, § 3º

Por fim, resta analisar o papel desempenhado pelo art. 5º, § 3º, da Constituição. Insta ressaltar, inicialmente, que o dispositivo em apreço não foi produto do constituinte originário, tendo sido introduzido no ordenamento brasileiro em dezembro de 2004, por meio da Emenda Constitucional nº 45.

Este parágrafo veio como uma tentativa de pôr fim aos calorosos debates, que povoavam a doutrina e os operadores do direito, em relação à hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos, ratificados e incorporados pelo Brasil. Acerca do contexto em que esta norma foi gerada, ilustrativos são os apontamentos de André Ramos Tavares (2009, p. 528):

Ao que tudo indica, a finalidade deste preceptivo era a de integrar o País no arcabouço internacional de direitos humanos. Contudo, no Brasil,

notou-se uma resistência, quase que insuperável em assimilar internamente os efeitos dos direitos humanos internacionais. Francisco Rezek, tecendo crítica à posição do Supremo Tribunal Federal, apontou que “alguém estava ali raciocinando como se a Convenção de São José da Costa Rica fosse um produto que por obra nefanda de alienígenas desabasse sobre nossas cabeças, à nossa revelia, como se aquilo não fosse um pleno exercício de legislação ordinária, como se pudesse o texto de São José valer para nós se o Congresso Nacional não o tivesse aprovado, e se o Presidente da República não o tivesse ratificado. Parece que não se sabe ainda, aqui ou ali, que o Direito Internacional Público não é uma imposição de criaturas exóticas a nossa brasilidade”. Ou seja, havia um descompasso entre os compromissos assumidos internacionalmente pelo País e a sua postura de internalização destes. Mais do que isso, havia franca guerra doutrinária entre os que defendiam a equiparação dos tratados sobre direitos humanos às normas constitucionais e aqueles que, encabeçados pelo S.T.F., ao contrário, submetiam-nos à Constituição brasileira, encartando-os no mesmo patamar hierárquico da legislação ordinária.

O então novel dispositivo estabeleceu requisitos de apreciação que, se atendidos, conferem expressamente o status de norma constitucional às normas a partir de então aprovadas. Eis o conteúdo do parágrafo em apreço:

Art. 5º, § 3º, CF: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

A respeito deste procedimento, encontra-se interessante observação acerca do novo rito estabelecido, nas lições de André Ramos Tavares. Defende o autor que o rito de apreciação trazido pela Emenda Constitucional nº 45 é vinculante e obrigatório, de maneira que, conclui o autor, os tratados de direitos humanos que não obtiverem o *quorum* de três quintos, ter-se-ão por rejeitados:

Quer-se dizer, a não aprovação do tratado internacional, pelo Congresso Nacional, nos termos do art. 5º, § 3º, não apenas descaracteriza a hierarquia constitucional desse tratado, especial em razão de seu conteúdo, como também impede que o Brasil o internalize como norma. Isto, é claro, nos tratados internacionais celebrados posteriormente ao advento desta mudança constitucional. Estas medidas, a saber, a exigência da aprovação pelo procedimento do art. 5º, § 3º, e a vedação à adesão ao tratado, no caso de o Congresso Nacional não aprová-lo, por três quintos de seus membros, têm como finalidade última dotar o Brasil de seriedade na seara internacional e, ainda, na interna (TAVARES, 2009, p. 529).

*Data maxima venia*, parece carecer de sustentação a solução apontada. Tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do ordenamento jurídico brasileiro (art. 1º, III, CF) e, igualmente, o princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (art. 4º, II, CF), a não recepção dos tratados por não ter sido atingido o quórum qualificado, ainda que tenha sido aprovado pela maioria simples, não parece ser o desfecho mais adequado com os mandamentos da Constituição Federal.

Antônio Augusto Cançado Trindade ([2006]), por sua vez, desfere contundentes críticas à modificação legislativa em espeque, classificando-a como produto mal formulado, estatocêntrico e anacrônico. Na avaliação do ilustre autor, um verdadeiro retrocesso:

Sem falar da decepcionante regulamentação no direito interno brasileiro do crime de tortura [...]e, ainda há pouco, da bisonha e patética emenda constitucional n. 45, de 08.12.2004. [...] Mal concebida, mal redigida e mal formulada, representa um lamentável retrocesso em relação ao modelo aberto consagrado pelo artigo 5(2) da Constituição Federal de 1988. No tocante aos tratados anteriormente aprovados, cria um imbróglio tão a gosto de nossos publicistas estatocêntricos, insensíveis às necessidades de proteção do ser humano (TRINDADE, [2006], p. 410-411).

## **6. O STATUS NORMATIVO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E SEUS RESPECTIVOS REFLEXOS**

Após conferir um breve panorama do disciplinamento dado por diferentes ordenamentos aos tratados internacionais de direitos humanos e, após lançar um olhar sobre o contexto no qual a cláusula de abertura brasileira foi gestada, passa-se, por fim, a uma sucinta apreciação das teorias que regem o tema, com seus respectivos reflexos.

### **6.1 O STATUS INFRACONSTITUCIONAL**

Tendo por pressuposto a supremacia da Constituição e a soberania estatal, esta corrente postula a entrada dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio com o *status* de lei ordinária. Neste sentido, em caso de conflito normativo entre os tratados celebrados e a legislação interna, há de se aplicar a regra *lex posterior derogat lex priori*.

Como consequência direta de sua aplicação, é ameaçada a proteção à dignidade humana, assim como os princípios da boa-fé e *pacta sunt servanda*, presen-

tes nos artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre os direitos dos tratados, da qual o Brasil é signatário.

## 6.2 O *STATUS SUPRALEGAL*

Por meio desta teoria os tratados internacionais de direitos humanos situam-se em lugar intermediário do ordenamento: abaixo da Constituição e acima das leis infraconstitucionais. Este lugar privilegiado – infraconstitucional, porém supralegal – é reservado apenas aos tratados internacionais de direitos humanos em virtude do seu conteúdo especial.

Desta feita, os aludidos tratados, celebrados e ratificados pelo Brasil, têm, segundo esta corrente, o efeito de tornar inoperante toda a legislação infraconstitucional que vá de encontro ao seu conteúdo<sup>1</sup>.

## 6.3 O *STATUS CONSTITUCIONAL*

Amparada na cláusula de abertura trazida pelo artigo 5º, § 2º, esta corrente defende a atribuição do *status* normativo constitucional aos tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil faça parte.

Autores, como Flávia Piovesan (2011, p. 132), operam uma divisão, em virtude da introdução do § 3º ao artigo 5º, por meio da EC nº 45/2004, classificando os direitos provenientes destes tratados em dois grupos: a) formalmente constitucionais; b) materialmente constitucionais. Ressalte-se que, ambos, são materialmente constitucionais por força de seu conteúdo. Opera-se uma diferenciação, entretanto, em virtude do procedimento de recepção e seu respectivo *quorum* de votação.

Como reflexo de sua natureza constitucional, os direitos provenientes dos tratados internacionais de direitos humanos sobrepõem-se a toda a legislação infraconstitucional, retirando a base de sustentação de tudo aquilo que não esteja de acordo com o seu conteúdo.

Ademais, os direitos provenientes de tratados de direitos humanos ratificados são internalizados, passando, por conseguinte, a integrar o rol de direitos fundamentais. Desta maneira, estes direitos, por serem fundamentais, recebem a blindagem do artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, compondo cláusula pétreia. Consequentemente, estes direitos não podem ser suprimidos por eventual atividade legislativa e, até mesmo, emenda constitucional.

<sup>1</sup> Neste passo, destaca-se o julgamento do RE 466.343-SP.

Uma vez que a ordem instaurada pela Constituição Federal de 1988 possui por núcleo e fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e, tendo a República Federativa do Brasil adotado a prevalência dos direitos humanos como princípio norteador, parece ser esta, a corrente que advoga o *status* normativo constitucional, a que melhor atende a estes elementos e, portanto, a mais adequada.

### CONCLUSÃO

Em face de todo o conteúdo exposto, tem-se por evidente a natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Por meio da cláusula de abertura, instituída no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, pelo constituinte originário, no ano de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro previu expressamente a possibilidade de ampliação do rol de direitos e garantias originalmente elencados, através da participação da República Federativa do Brasil em tratados internacionais desta natureza.

O dissídio jurisprudencial instaurado, em torno da natureza, efeitos e reflexos destes tratados, desvela a existência de diferentes percepções entre os operadores do direito. A ampliação do rol de garantias, alçadas a nível constitucional, que para alguns era claro, para outros era incabível. Em meio à miríade de argumentos apresentados, a defesa de uma soberania estatal absoluta foi confrontada com sua flexibilização e limitação em prol da defesa do ser humano.

Tendo em vista a defesa da dignidade humana, valor essencial à ordem jurídica e fundamento basilar da República Federativa Brasileira (art. 1º, III, CF) e, igualmente, levando-se em conta a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (art. 4º, II, CF) tem-se por mais coerente o reconhecimento do *status* normativo constitucional aos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil faça parte.

Alçar estes tratados a nível constitucional, através do mecanismo da cláusula de abertura, implica, diretamente, em ampliar o leque de promoção da dignidade da pessoa humana, permitindo, ainda, a blindagem destes direitos por meio de sua consubstanciação em cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, CF). Salvaguarda-se, desta maneira, estes valores tão preciosos e essenciais ao ordenamento, impedindo sua eventual supressão ou eliminação por meio da atividade legislativa, inclusive, emendas constitucionais.

Vê-se com pesar as modificações trazidas pelo legislador constituinte derivado, quando da edição da Emenda Constitucional nº 45/2005. Por meio da introdução do § 3º ao artigo 5º, da Constituição Federal, o Estado Brasileiro re-

grediu na proteção da dignidade humana, valor basilar instituído por sua própria Lei Fundamental, adotando, aparentemente, uma concepção de soberania estatal absoluta e anacrônica, cunhada séculos atrás.

Mesmo com a edição desta norma, que aparentemente desvirtuou a finalidade com a qual a cláusula de abertura fora criada, defende-se a natureza constitucional dos tratados ratificados tendo em vista que, em virtude do conteúdo destes tratados, sempre serão materialmente constitucionais.

Neste toar, espera-se que o posicionamento não unânime, adotado pelo Supremo Tribunal Federal em 2008, reconhecendo a suprallegalidade dos direitos provenientes destes tratados, em função de seu conteúdo especial, seja novamente revisitado.

Espera-se que, quando da reapreciação da matéria, o STF reconheça a natureza constitucional ínsita a estes tratados, realocando-os, então, a sua devida posição hierárquica no ordenamento jurídico. Desta feita, garantir-se-á a ampliação e proteção de direitos, assim como a sua manutenção frente a um eventual conflito normativo. Este posicionamento, que amplia direitos e promove a proteção da dignidade humana, parece ser o posicionamento que melhor atende à principiologia e aos ditames trazidos pela Constituição Federal de 1988.

## REFERÊNCIAS

- ARIOSI, Mariângela de F. *Os efeitos das convenções e recomendações da OIT no Brasil*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21955-21956-1-PB.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. nova ed. 10 tir. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 07 abr. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Apelação Cível nº 9.587*, Brasília, DF, 21 de agosto de 1951. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=25026>>. Acesso em: 31 ago. 2014.
- \_\_\_\_\_. *Habeas Corpus 72.131-RJ*, Brasília, DF, 23 de novembro de 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em: 31 ago. 2014.
- \_\_\_\_\_. *Recurso Extraordinário nº 80.004-SE*, Brasília, DF, 1 de junho de 1977. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 31 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. *Recurso Extraordinário nº 466.343-SP*, Brasília, DF, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 31 ago. 2014.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do Século XXI*. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cançado%20trindade%200EA%20CJI%20%20.def.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUINÉ-BISSAU. *Constituição da República, 1996*. Disponível em: <<http://www.didinho.org/ConstituicaoDaRepublicaDaGuineBissau.htm>>. Acesso em: 17 ago. 2014.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Hierarquia Constitucional e Incorporação Automática dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Ordenamento Brasileiro*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/rev\\_21/artigos/art\\_valerio.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_21/artigos/art_valerio.htm)>. Acesso em: 21 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. *Tratados Internacionais*. 1 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

PERU. *Constitución Política del Peru de 1993*. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/constitucion.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa de 1976*. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

**INDÍGENA E DIFERENÇA CULTURAL, UMA RELAÇÃO DE  
DESRESPEITO NO CÁRCERE BRASILEIRO**  
***INDIGENOUS AND CULTURAL DIFERENCE, DISRESPECT  
RELATIONSHIP IN THE BRAZILIAN PRISION***

Ederson Nadir Pires Dornelles  
Mestre em Direito pela Universidade Regional  
Integrada do Alto Uruguai e das Missões.

**Submissão em 20.05.2016**

**Aprovação em 25.06.2016**

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v1i2.1785>

**Resumo:** O presente artigo versa sobre os indígenas, o cárcere e a diferença cultural existente. Por possuir uma cultura própria com características ímpares e diferente da cultura hegemônica europeia trazida pelos colonizadores e implementada no território brasileiro, esses ao adentrarem no sistema prisional enfrentam um processo de invisibilidade, primeiramente pelo Estado e seus representantes e posteriormente pela massa carcerária. Sua condição cultural diferenciada não é levada em conta num processo de individualização no cumprimento da pena, os colocando em meio a uma cultura carcerária não indígena danosa, correndo o risco de contaminação cultural, quando sua individualidade não é respeitada. A Lei de Execuções Penais brasileira expressa e garante um processo de individualização no cumprimento da pena, mas esse processo não tem ocorrido efetivamente nos estabelecimentos prisionais brasileiros. Para essa pesquisa utilizou-se o método de abordagem hipotético-dedutivo e de abordagem histórica.

**Palavras-Chave:** Indígenas; Minorias; Diferença cultural; Cárcere.

**Abstract:** This article deals with the Indians, the jail and the existing cultural difference. By owning its own culture with unique and different characteristics of European hegemonic culture brought by the colonizers and implemented in Brazil, those to step into the prison system face a process of invisibility, first by the state and its representatives and later the mass prison. Its distinctive cultural condition is not taken into account in the process of individuation in the sentence, placing them in the middle of a prison culture harmful non-indigenous, at the risk of cultural contamination when your individuality is not respected. The Brazilian Penal Executions Act expressly and ensures a process of individualization in the sentence, but this process has not actually occurred

in Brazilian prisons. For this research we used the method of hypothetical-deductive approach and historical approach.

**Keywords:** Indigenous; minorities; cultural difference; Prison.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. O que é cultura? 3. O multiculturalismo; 4. O discurso colonial e seus estereótipos; 5. As minorias e os limites da tolerância; 6. Os indígenas, Humanos, mas desiguais; 7. Um histórico de desrespeito ao indígena; 8. O cárcere e a criminalização do índio; Conclusão; Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Quando se fala do tema índios, está se tratando automaticamente de vários assuntos a ele relacionados, pois os indígenas carregam marcas e representações das mais diversas. A diferença cultural, a sua classificação no rol de minorias, a invisibilidade sofrida, dentre outros temas, são sempre pertinentes a essa parcela da população brasileira.

Ocorre que quando o índio acaba cometendo um crime e adentra no sistema prisional, este continua a sofrer um processo de invisibilidade, que consequentemente o coloca em uma vala comum, em meio a criminosos profissionais e integrantes de uma cultura criminosa já conhecida pela sociedade. Ponto chave nessa questão é a condição cultural apresentada. O índio pertence a uma cultura própria, milenar e diferenciada da europeia colonizadora, e suas peculiaridades culturais devem ser protegidas, respeitadas e até em certo ponto cultivadas. Não se pode conceber o índio encarcerado no sistema prisional brasileiro sem possuir uma individualização no processo de cumprimento da sua pena.

Em todo o território brasileiro existe um descontrole a respeito dos dados estatísticos relacionados ao cárcere dos indígenas, bem como, falta interesse pelas autoridades governamentais, administrativas e judiciárias quanto a essa problemática.

Esse artigo traz, primeiramente, uma visão e um debate quanto à palavra cultura, visto que ela é o ponto principal relacionado aos indígenas encarcerados no Brasil. Expõe o seu surgimento, os diversos pontos de vista quanto ao significado da palavra, e um histórico das modificações existentes no decorrer da história até os dias atuais. Posteriormente, debate sobre o multiculturalismo, as relações entre as diferentes culturas, o contexto multicultural existente no mundo, e a diferença entre o multiculturalismo e a multiculturalidade. Num terceiro momento cita o discurso colonial e seus estereótipos, discutindo sobre os estereótipos definidos pelos colonizadores europeus, onde o diferente e inferior era

tudo o que não se tinha como europeu, formando assim uma cultura vivenciada até os dias atuais, onde o negro, o índio, o amarelo etc. são tidos como não ideais diante dos estereótipos europeus. Após traz a discussão entre a relação das minorias e os limites da tolerância existente, expondo assim, uma discussão sobre os tipos de minorias, suas culturas e a posição contrária a respeito da tentativa de homogeneização cultural por parte de governantes na história. Posteriormente trata do indígena e a questão da desigualdade econômica em que o mesmo está inserido no contexto social, agravado ainda mais pelo processo tecnológico e a globalização presente no mundo, bem como expõe a realidade passada pelo índio enquanto minoria social. Traz ainda um histórico de desrespeito vivido pelo indígena em toda a história da colonização, e nos dias atuais. Por fim, apresenta o tema do cárcere e a criminalização do indígena, tratando da atual realidade do índio no sistema prisional brasileiro, os dados existentes, a falta de individualização das suas penas, bem como o processo de invisibilidade existente.

## 2. O QUE É CULTURA?

Embora atualmente no mundo que se vive, as diferenças culturais tenham diminuído em relação a tempos passados, devido a diversos aspectos contemporâneos encontrados, como o surgimento de inúmeras tecnologias e a consequente globalização da informação, o mundo ainda apresenta características distintas e particulares em determinadas regiões e territórios. Essas culturas diferenciadas encontradas por todo o globo são partes de características locais e construídas por muitos séculos, o que acabou resultando em diferentes formas de viver, agir, pensar, sentir, enfim, de vislumbrar o mundo. Essas diferenças encontradas em culturas diversas acabam demonstrando a necessária compreensão da diferença existente entre os homens, que os tornam, ao mesmo tempo, iguais e tão diferentes.

Muito se fala em cultura, mas o que realmente ela é e o que significa? Em 1952, dois antropólogos, Alfred Kroeber e Clyde K. Klukhohn, conseguiram em uma única obra trazer mais de 300 conceitos para a palavra cultura. Já no ano de 2001, Melvin J. Laski acabou publicando um trabalho com 57 usos diferentes do termo cultura. Na verdade, não se pode dizer que existe somente um conceito correto ou uma única definição para a palavra, o que realmente ocorre são conceitos diversos, divididos nas mais distintas áreas, que acabam se entrelaçando de uma forma circular (CANCLINI, 2009, p.35).

A palavra cultura é uma das mais complexas da língua sendo derivada da palavra natureza, tendo como origem primitiva a ideia de cultivo agrícola (lavoura). Posteriormente a questão processual material referente à lavoura acabou evo-

luindo para uma visão relacionada a questões do espírito, o que mostra a história e a evolução da humanidade que acabou passando de uma estrutura rural para uma estrutura urbana. Buscou-se separar a natureza da cultura, e distinguir o biológico ou genético do cultural, tendo uma concepção de cultura como sendo tudo aquilo que foi criado pelos homens nas sociedades em todos os tempos. Então, segundo esse pensamento toda a sociedade teria cultura e assim toda sociedade teria direito de se organizar de diferentes formas e de estilos de vida (EAGLETON, 2005, p.10).

Terry Eagleton com relação à cultura expõe que, se somos seres culturais, também somos parte da natureza, “porém algumas coisas são demasiadamente mundanas e outras são muito específicas para serem culturais.” Assim, se cultura significa tudo que é humanamente construído ao invés de naturalmente dado, isso deveria logicamente incluir “a indústria, a mídia, formas de fazer patos de borracha, estilos de penteado etc.” Para Eagleton a palavra cultura é ampla demais e ao mesmo tempo restrita, abrangendo “tudo” (CANCLINI, 2009, p.38). Néstor García Canclini traz outro contraponto, é o da sociedade cultural. Para ele a cultura abarca o conjunto de processos sociais de produção, circulação e consumo da significação na vida social, mas o autor acaba reconhecendo as dificuldades encontradas nesse conceito (2009, p.39).

A palavra cultura acaba tendo uma complexa história. Num primeiro momento se relacionava com o trabalho rural, já no século XVIII tornou-se sinônimo de civilização em um sentido de progresso intelectual, espiritual e material, e num terceiro momento foi associada a um padrão de perfeição. Para Eagleton existem quatro significados de cultura, um primeiro relacionado com uma disposição mental individual, o segundo com o estado de desenvolvimento intelectual de toda uma sociedade, o terceiro relacionado com as artes, e um quarto significado que coloca a cultura como o modo de vida total de um grupo de pessoas (EAGLETON, 2005, p.12).

Para Zygmunt Bauman, o conceito de cultura sempre esteve em “crise”, pois comporta muita ambiguidade. Segundo o autor a palavra cultura tem a qualidade da inconclusibilidade e para defini-la não se pode fugir da questão da identidade e da diferença (BAUMAN, 2012, p.16-17).

Desde a década de 1960 a palavra cultura foi girando sobre o seu próprio eixo até significar quase exatamente o oposto. Agora ela é a afirmação de uma identidade específica, nacional, sexual, étnica e regional. Nas palavras de Edward Tylor ela é “aquele todo complexo que inclui conhecimento, crença, arte, moral, lei e costume, adquiridos pelo ser humano como membro da sociedade.” A cultura é então simplesmente tudo o que não é geneticamente transmissível. Os seres

humanos são o que lhes é ensinado, e a cultura está sempre mudando, “pois ela não será a mesma por muito tempo” (MADERS; DUARTE, 2012, p.36-37).

Bauman traz uma definição adequada para a época atual. Para o autor cultura significa a soma de saberes, costumes, comportamentos, regras, símbolos e modos de vida que são compartilhados por pessoas em grupos, que se diferem por sua vez daqueles de outras coletividades, mas que acabam os identificando em suas pertenças e a essas comunidades (BAUMAN, 2012, p.18).

O pensamento humano em um primeiro momento pensou ser o homem o centro do universo, posteriormente chegou-se à conclusão de que este homem não era tão especial assim como se pensava e não estava nesse centro. Com isso, passou-se a ter a real dimensão das coisas e do verdadeiro lugar que o homem ocupava. Surgiu então um novo padrão de visão para a cultura, uma cultura universalista e mundializada, não homogênea e sim respeitando as diferenças e as particularidades existentes. Claro que essas diferenças atualmente são bem menores do que a tempos atrás, isto devido à velocidade das informações e da globalização existente no mundo moderno.

Existe claramente uma relação entre as palavras cultura e multiculturalismo, pois estão interligadas. A seguir se analisará o multiculturalismo e suas diversas características.

### 3. O MULTICULTURALISMO

A palavra cultura acaba remetendo a outra, que a ela está relacionada, o multiculturalismo. Mas o que ele é, qual a sua definição e a relação com a cultura? Pois bem, primeiramente antes de uma definição, é fundamental fazer a diferenciação existente entre o multiculturalismo e a multiculturalidade, pois, embora parecidas, elas possuem algumas diferenças fundamentais.

Nestor Garcia Canclini se refere com relação à multiculturalidade como sendo uma “abundância de opções simbólicas que propicia enriquecimentos e fusões, inovações estilísticas mediante empréstimos tomados de muitas partes”, sendo essa mais ampla que o multiculturalismo, pois inclui inclusive o meio ambiente (CANCLINI, 2009, p.57-58). Com relação ao multiculturalismo Alain Touraine destaca como sendo uma mescla de culturas, de visões de mundo e de valores. Não é a fragmentação em espaços culturais, nacionais, regionais, estranhos uns aos outros, mas é a combinação da diversidade de muitas experiências culturais diferentes, que geram a produção e a difusão de bens culturais. O multiculturalismo é considerado pluralista e democrático, pois combate o pensamento único, além de prezar pela coexistência das diferenças de forma pacífica. Apesar

de existirem diversos conceitos com relação à palavra multiculturalismo, devido a certa incerteza conceitual, existem autores que falam da existência de dois tipos (TOURAINÉ, 1999. p. 215-216).

Em um primeiro conceito, o termo exige o reconhecimento igualitário entre as diferenças culturais, essas diferenças devem ser eliminadas, sendo valorizado o pluralismo cultural e o direito individual de todos poderem participar livremente de sua cultura. Já um segundo conceito apresenta-se mais apegado ao relativismo cultural, pois propõe o reconhecimento e a proteção dos diferentes grupos culturais como sujeitos próprios de direito coletivo, e reclama a manutenção das entidades culturais como realidades que possuem direito em si mesmas, pela importância determinante que tem na definição da identidade de seus integrantes.

Na história, o multiculturalismo como processo de reivindicação identitária teve início no ano de 1960 com o movimento popular negro “Panteras Negras”, surgido nos Estados Unidos. Este movimento tinha como objetivo o reconhecimento das minorias afrodescendentes naquele país. Após esse movimento, outros seguiram o seu exemplo, como os movimentos feministas e os movimentos relacionados aos homossexuais. Após a queda do muro de Berlim e o fim da União Soviética, os movimentos multiculturalistas e as lutas de reconhecimento pelo mundo tiveram um aumento significativo.

Com relação ao multiculturalismo, pode-se dizer ainda que ele acaba visando à inclusão dos excluídos e das minorias oprimidas, objetivando o respeito às diferenças e conseqüentemente o reconhecimento do outro. Da mesma forma o multiculturalismo se apresenta vinculado a diversos termos como a diversidade étnica e racial, o hibridismo, a identidade política e cultural e as questões de origem sexual.

Duas teorias a ele estão relacionadas que acabam diferenciando as formas existentes. Primeiramente o multiculturalismo universal, que permite a propagação e o convívio de diferentes teorias e ideias como o diálogo, e a segunda teoria que fala de um multiculturalismo relativista, onde não são estabelecidos critérios para o diálogo entre culturas, já que cada cultura estabelece seus próprios valores (esta teoria é criticada por não englobar direitos de caráter universal como os direitos humanos). Embora existam diversas tentativas de conceituação, dificuldades com relação à definição precisa do termo multiculturalismo são evidentes (MADERS; DUARTE, 2012, p.33-37).

A única verdade que se pode encontrar com relação a um conceito é a da incerteza e da ambigüidade existente nesta busca. Esses conceitos devem ser lidos como respostas temporárias, visto que podem ser modificados com o passar

dos tempos. Na verdade uma resposta exata não é possível ser dada, por isso a questão continua em aberto.

No universo multicultural, algumas culturas mais desenvolvidas acabaram por dominar outras mais atrasadas. Nesse aspecto dominador a sobreposição cultural de uma cultura sobre outra é inevitável, fazendo com que se estabeleçam critérios positivos quanto à cultura dominadora e negativos aos dominados, são os estereótipos que acabam surgindo. A esse respeito se tratará a seguir.

#### 4. O DISCURSO COLONIAL E SEUS ESTEREÓTIPOS

A colonização europeia empregada nas Américas trouxe consigo a forte carga cultural dos imigrantes em um novo espaço onde a alteridade e a relação com o outro “europeu” foi tido como hierarquicamente inferior dentro de um contexto de diferenças e discriminações com práticas discursivas e políticas de classes raciais e culturais. O não europeu passou a ser o diferente, o estrangeiro repleto de misturas e impurezas e tratado como transgressor e corrupto. O discurso colonial como aparato de poder se apoiou, desde o princípio, no reconhecimento e repúdio de diferenças raciais, culturais e históricas. Esse discurso colonial, advindo de uma cultura europeia, ao tomar o poder demonstrou toda a sua agressividade quanto aos diferentes, assumindo uma forma de governabilidade onde passou a se apropriar, a dirigir e a dominar o outro (diferente), em suas várias esferas de atividades (DERRIDA, 2013, p.123-125).

Sob um olhar do colonizador, marcado fortemente por uma impregnada cultura europeia, a recusa da aceitação da diferença em vários dos seus sentidos (raça, cor e cultura) colocou o sujeito colonizado como um ser “desajustado,” onde tudo o que não entrasse no perfil do colonizador era tido como desconfiável, não digno de respeito.

Quanto à cultura trazida, criada ou desenvolvida do racismo, o título “Pele negra, Máscaras brancas” de Frantz Fanon, demonstra em uma das suas cenas “o fato da negrura” como poderia demonstrar com relação ao índio, por exemplo: “Olha, um negro ... Mamãe, olha o negro! Estou com medo.” Os estereótipos desenvolvidos em uma cultura marcada pela europeização colocaram em divulgação e diante disso alastrou-se a ideia de cor como sendo do bem ou do mal. Na obra de Fanon, sublinha-se um momento primário em que a criança se defronta com os estereótipos raciais e culturais nas histórias infantis, onde heróis brancos e demônios negros são apresentados como pontos de identificação ideológica e psíquica. Como diz Fanon, “dramas como esse são encenados diariamente em sociedades coloniais, empregando uma metáfora teatral” (DERRIDA, 2013, p.127).

O drama que subjaz a essas dramáticas cenas coloniais “cotidianas” não é difícil de discernir. Em cada uma delas o sujeito gira em torno do pivô do “estereótipo” para retornar a um ponto de total identificação. O olhar da menina retorna a sua mãe no reconhecimento e recusa do tipo negroide; a criança negra afasta-se de si própria, de sua raça, em sua total identificação com a positividade da brancura que é ao mesmo tempo cor e ausência de cor (DERRIDA, 2013, p.129).

A cor da pele tem um significado profundo no contexto do estereótipo, é o mais visível dentro de um contexto, e acaba representando um papel público no drama racial que é encenado todos os dias nas sociedades coloniais.

O discurso colonial se coloca com posições estrategicamente postadas de colocar o outro em seu devido lugar, empregando de forma violenta uma cultura europeia dominadora e massacrante em desfavor de uma cultura local pré-existente e fadada ao desaparecimento. A cultura anteriormente viva e aberta para o futuro torna-se fechada, fixada no estatuto colonial, “presa no jugo da opressão”. Presente ou mumificada, ela acaba testemunhando contra os seus próprios membros. Essa mumificação cultural leva a mumificação do pensamento individual, como se fosse possível a outro homem desenvolver-se de outro modo senão dentro da moldura que o reconhece e que ele decide assumir (DERRIDA, 2013, p.130).

## **5. AS MINORIAS E OS LIMITES DA TOLERÂNCIA**

O ser humano na sua essência busca o respeito, o reconhecimento pelos demais como integrante de uma sociedade, livre de preconceitos e discriminações. Quando da ausência desse reconhecimento, e da presença de atos discriminatórios, movimentos acabam surgindo visando justamente que essas categorias inferiorizadas sejam reconhecidas de forma igualitária no contexto social. As mulheres, as minorias étnicas e culturais, as nações e culturas, todas se defendem da opressão, marginalização e do desprezo, e assim acabam buscando o reconhecimento de identidades coletivas, seja no contexto de uma cultura majoritária, seja em meio à comunidade dos povos.

Essas culturas minoritárias devem ser respeitadas com as particularidades que cada uma possui. As diferenças existentes entre culturas exigem a aceitação do diferente e das suas individualidades, e a ideia de uma cultura única não deve ser buscada, pois nesse percurso, culturas minoritárias seriam violentamente obrigadas a esquecer de suas origens, vindas a ser engolidas e desprezadas frente a culturas majoritárias. Nesse contexto, quando da existência de poderes extremamente autoritários, a possibilidade de unificação cultural de uma sociedade

torna-se latente, pois o autoritarismo não tem interesse em indivíduos ou grupos que tenham opiniões e crenças diversas, pois essa diversidade de opiniões surge como uma ameaça para o poder dominador. Quanto mais se identificam com um princípio cultural unificador, quer seja a razão, a raça ou a religião, mais depressa arrastam a sociedade que dirigem para o “inferno totalitário” (TOURAINÉ, 1999, p. 214).

Foi o que se tentou fazer com os índios na história. Os povos indígenas eram considerados pelos governantes como uma única categoria, sendo gerado o termo único “índio” em contraposição ao nome de cada uma das nações indígenas existentes. “A linguagem geral” que foi criada, pela qual os missionários queriam que todos os povos os entendessem e se entendessem entre si, fruto de uma religião única e universal, é outro exemplo de imposição autoritária que tentou uma uniformização linguística, formando assim uma homogeneização cultural. A dimensão do preconceito, discriminação e etnocentrismo está clara nesta tentativa de unificar a religião, a língua, a cultura e o direito, negando assim a diversidade. De outra forma existem também tentativas mais suaves de homogeneização cultural, onde acabam levando em conta a educação e os efeitos da ciência e não uma “racionalização autoritária” marcada pela imposição.

O certo é que a multiplicidade cultural está aí, em certos países com maior intensidade, em outros de forma mais amena, mas o respeito por essas diversidades por parte dos detentores do poder passa a ser fundamental para que exista o reconhecimento do outro, e conseqüentemente sejam respeitadas as suas individualidades enquanto indivíduo ou coletividade. Este respeito ao diferente e às minorias, ao contrário do totalitarismo, mantém uma íntima ligação com o processo democrático, que procura estabelecer a aceitação das respectivas minorias e categorias, dentro de um sistema social. O reconhecimento das minorias é um dos grandes objetivos da democracia, que acaba incluindo essas classes no convívio da respectiva sociedade. Embora esse objetivo esteja sendo buscado, ainda o reconhecimento das minorias está muito distante, mas embora estando longe, deve ser sem sombra de dúvidas um dos fins do processo democrático de uma sociedade, para que realmente a democracia seja alcançada realmente em todos os seus sentidos (TOURAINÉ, 1999, p. 218-219).

A luta pela libertação das minorias culturais pode levar a um processo de “comunitarização” e à subordinação ao poder político autoritário. De outra forma, o reconhecimento da diversidade pode levar a uma auto segregação, com o fechamento de cada uma das culturas em um território, tendo como agressor qualquer tentativa de comunicação vinda do exterior. Esses dois exemplos de-

mostram algumas dificuldades quanto ao processo de libertação das minorias na busca do reconhecimento. Então, tendo eles como exemplos negativos, nota-se a necessidade de não haver o isolamento dessas minorias, e sim a implementação de um processo de comunicação cultural, que pressupõe simultaneamente a aceitação da diversidade entre os diferentes, expondo as suas particularidades, mas respeitando e sendo respeitada cada respectiva cultura a fim de um convívio harmonioso (TOURAINÉ, 1999 p. 265).

Os índios brasileiros por possuírem culturas diferenciadas da cultura prevalente hegemônica brasileira, influenciada pelos europeus colonizadores, enfrentam a desigualdade e a discriminação. Por serem culturalmente diferentes sofrem as agruras da diferenciação existente, onde a aceitação da diferença é uma realidade pouco encontrada na sociedade brasileira.

## **6. OS INDÍGENAS, HUMANOS, MAS DESIGUAIS**

Diversas são as minorias presentes em sociedades atuais, e dentre os problemas encontrados por elas, estão as imensas desigualdades existentes entre essas minorias e os demais entes sociais. Pode-se citar variados tipos de minorias, mulheres, negros, homossexuais etc.. Trata-se nesse artigo de um tipo de minoria que merece como as demais a atenção por parte das sociedades, *os indígenas*.

As Américas Central e Latina apresentam a questão do indígena como grande problema encontrado quando se fala em minorias, primeiramente por apresentarem em seus territórios grande número de índios e entre esses, uma ampla diversidade de etnias, apresentando assim, características distintas e bem particulares entre esses povos. A cor da pele, a linguagem, o território, a religiosidade, não servem para formar um único conjunto, vistas as diferenças existentes entre si. Embora existam diferenças entre os indígenas americanos, algumas condições comuns entre os mesmos podem ser encontradas, como as perspectivas geradas pela descolonização e pelos processos atuais de luta social e cultural. De fato, embora existam alguns pontos comuns entre a grande maioria dos indígenas, as grandes particularidades das etnias e suas diferenças existentes frente a outras se mostram latentes em diversos aspectos. As desigualdades sociais existentes de forma diferenciada entre os povos indígenas, bem como as diferenças culturais encontradas entre esses povos, não são as mesmas, apesar de serem todos índios. (CANCLINI, 2009, p.56). Por exemplo, o indígena brasileiro da etnia Mbyá guarani do Rio Grande do Sul apresenta uma cultura diferenciada do indígena da Etnia Chimel da Guatemala, cada qual, apesar de ser índio, possui características próprias e peculiares.

Em alguns países como a Bolívia, a indianidade apresenta-se de forma muito intensa, não só no meio rural, mas até mesmo nos meios urbanos, desta forma o índio é quase sinônimo de nação naquele país. Já em outros países, como por exemplo, o México, a sociedade em geral apresenta além dos indígenas, uma ampla e complexa mestiçagem. Mas embora existam diferenças encontradas em diferentes lugares, podem-se considerar certas semelhanças entre diversas etnias indígenas. Os relatos existentes, os mitos, as festas, o modo de cultivar a terra, de como se relacionam com a natureza, e a forma como acabam se organizando como famílias e povos, demonstram exemplos resultantes de uma cultura pré-colonial e que são comuns entre esses povos. Mesmo tendo a cultura pré-colonial influenciado quase que de uma forma geral entre as etnias, a herança deixada pelos espanhóis e portugueses também acabou marcando certa similaridade entre os povos, na medida em que as suas culturas acabaram sendo impostas aos indígenas, modificando culturas originárias com a presença de manifestações culturais europeias (CANCLINI, 2009, p.61).

Diversos tipos de desigualdades podem ser encontradas com relação aos indígenas, dentre elas a desigualdade socioeconômica, responsável por grandes preocupações relacionados a esses povos. Outro aspecto que chama a atenção é o relacionado com a diferença, ponto esse visível principalmente nas práticas culturais, vindas de um processo histórico de configuração social. A língua e os costumes que foram herdados e preservados por esses índios são vistos como imutáveis e muitas vezes não sofreram a interferência dos “brancos,” sendo também um dos responsáveis pelas enormes diferenças encontradas, e que acabam distanciando índios de não índios (CANCLINI, 2009, p.58)

O problema da diferença e da desigualdade não deve ser discutido apenas sob um prisma de diferenças culturais étnicas ou do pensamento indianista, mas sim em uma demanda étnico-política dos povos indígenas, que tem no índio o desejo de ser reconhecido nas suas diferenças, e viver em condições menos desiguais aos “brancos”. Neste contexto, nota-se que os indígenas não são diferentes apenas pela sua condição étnica, mas existem diversos fatores, incluindo políticos e sociais, que associados os colocam na situação de vulnerabilidade tão conhecida. Outro ponto que deve ser levado em conta nos últimos anos é a reestruturação dos mercados mundiais e a concorrência presentes nesses mercados, bem como a economia globalizada existente atualmente no mundo, que acaba criando uma cultura que coloca o indígena cada vez mais em uma condição de exclusão diante dessas novas realidades econômicas e políticas. Indígenas desempregados, pobres, migrantes sem documentos, dentre tantas outras características, passam a ocupar, ou continuam a ocupar uma condição de um ser “*desconectado*”. “Para milhões, o problema não é manter campos sociais alternativos,

mas ser incluídos, chegar a se conectarem, sem que isto atropale sua diferença nem os condene à desigualdade. Em suma, ser cidadão em sentido intercultural” (CANCLINI, 2009, p.58).

Ao examinar o sentido das políticas integradoras e discriminadoras em vários países (Brasil, Bolívia, Guatemala e México), observou-se que os avanços dos povos indígenas haviam ocorrido quase unicamente em áreas culturais (educação bilíngue, legitimação de comportamentos simbólicos), mas quanto a territórios e bens materiais, o que mais se acumulou foram perdas (CANCLINI, 2009, p.60).

Diante dessa histórica situação encontrada, a luta por inclusão social deve continuar, com mobilizações e movimentações políticas, a fim de que os índios tenham suas condições de cidadania atendidas pela sociedade.

## **7. UM HISTÓRICO DE DESRESPEITO AO INDÍGENA**

Devido à colonização europeia que ocorreu no continente americano, a América acabou importando uma teoria racista europeia, que, entre outras coisas, afirmava que a raça branca, com todos os seus defeitos, era superior à raça amarela e à raça negra. Mesmo estando essa teoria na época em declínio na Europa segundo tendências da elite intelectual, no Brasil ela foi implementada de forma concreta com o uso orientador dessas práticas discriminatórias e com a prevalência de uma escala hierárquica social que insistia que o índio e o negro eram considerados inferiores aos brancos descendentes de europeus.

O indígena desde o descobrimento do Brasil foi vítima de uma leitura histórica europeia unilateral, escrita e contada sob uma visão de europeus, que influenciaram toda uma cultura. O registro existente é a concepção de que a vida em nosso continente e a história começa com o descobrimento das Américas, ou seja, a partir da vinda dos europeus para essas terras, como se antes disso nada houvesse e os povos indígenas aqui existentes em nada representassem para a história.

Na verdade, o que se sabe sobre o descobrimento é a história conforme a visão dos europeus conquistadores que aqui aportaram e posteriormente aqui se fixaram, fazendo com que as suas experiências fossem ditadas e registradas unilateralmente, influenciando todo um contexto cultural com relação à realidade dos indígenas aqui existentes (WOLKMER, 1998, p.12-13).

Nas regiões da Mesoamérica e dos Andes, se desenvolveram culturas indígenas próprias, como os Astecas, os Maias e os Incas, que acabaram por edificar be-

líssimas cidades, com sociedades próprias tendo como características uma organização jurídica e social, além de uma divisão de classes sociais, pontos marcantes existentes nessas sociedades pré-colombianas. Essas civilizações, portanto, se mostravam desenvolvidas em muitos aspectos, fato este diferente da América do Norte e na quase totalidade da América do Sul, que tinham características opostas e bem primitivas de sobrevivência.

Nos séculos XV e XVI, a população indígena nas Américas era estimada em mais de cem milhões de pessoas concentradas principalmente nos Andes e no México. No Brasil, essa população era de aproximadamente cinco milhões, dividida em 900 povos, com 2.000 línguas diferentes. Contudo, essa população sofreu uma redução de 95% devido a fatores historicamente conhecidos como as guerras, expropriações de terras e enfrentamentos com os exploradores e colonizadores, doenças, exploração agrária e mineira, até mesmo o suicídio coletivo por repúdio ao domínio dos conquistadores ou invasores.

No século XV, a fisionomia do planeta tinha a Europa como sendo o centro, que por tal condição passou a impor a sua superioridade aos outros mundos, que acabaram sendo vistos como periferia pelos europeus. Além disso, o ameríndio foi subjugado pelo regime da cristandade europeia e o homem latino americano transformado em um ser negado pela totalidade do centro europeu (OLIVEIRA, 2007, p. 26).

Historicamente os índios foram vítimas de discriminações e injustiças de todo o gênero, sua história está marcada por desastres, humilhações e desrespeitos quanto a sua condição de ser humano, tanto que eram tidos como animais selvagens, sem alma, pelos exploradores que aqui aportaram. Um dos principais temas, senão o principal, que relaciona o índio com os históricos de massacres, genocídios e desrespeitos quanto à condição de seres humanos, diz respeito à terra e às riquezas nela existentes, que, sem sombra de dúvidas, no passado, foi o principal motivo de tantas barbáries, e atualmente vem sendo o motivo de tantas discussões e enfrentamentos de grupos contrários aos índios e aos seus interesses. Cabe citar grupos como: agricultores, posseiros, extrativistas, garimpeiros, além de criadores de gado, empresários e até mesmo o poder público (CASTRO, 1996, p. 80).

Diante de um conhecido histórico de desrespeito à sua condição como seres humanos e a vitimização sofrida desde o descobrimento das Américas, e conseqüentemente do Brasil, atualmente os indígenas continuam sendo vítimas de um processo econômico e cultural existente e que reproduz em tempos atuais as práticas antigas. Diversos relatórios nacionais e internacionais têm divulgados dados estatísticos recentes quanto às violações de direitos enfrentados pelos in-

dígenas, trazendo à tona e ao conhecimento da opinião pública acontecimentos envolvendo índios e comunidades indígenas que sofrem violações de direitos das mais variadas formas, como a fome, a falta de acesso à educação, dentre outros.

Apesar das mais diversas exemplificações de desrespeito aos povos indígenas, atualmente existe uma legislação que de certa forma tenta proteger o indígena brasileiro. Essas leis reservam garantias e proteções a esses povos, mesmo que na prática deixem muito a desejar quanto à efetivação desses direitos. Além de órgãos governamentais, organizações não governamentais atuam visando a proteção e os direitos dos povos indígenas, auxiliando e trabalhando com o propósito de defendê-los, em possíveis violações por eles sofridas (SARMENTO, D; PIOVESAN, F; 2008, p. 497).

Mesmo com a “proteção existente” quanto ao indígena em nossa sociedade, quando esse acaba adentrando no sistema prisional devido a crimes cometidos, dentro do cárcere não se vislumbra a mesma “proteção existente” fora dele, ficando o índio a mercê da sorte diante de um mundo totalmente diferente que é o universo carcerário e sofrendo um processo de invisibilidade das autoridades e do contexto prisional. É o que se tratará no próximo título.

## **8. O CÁRCERE E A CRIMINALIZAÇÃO DO ÍNDIO**

O tema da criminalização de indígenas no Brasil e sua situação prisional traz uma grande amplitude em diversos aspectos a serem analisados, demonstrando um grande campo multidisciplinar velado, que carece de pesquisas e análises a serem discutidas, vindo assim a construir inúmeras hipóteses existentes quanto ao tema que é muito pouco discutido atualmente.

Existe claramente uma descaracterização étnica dos indígenas pelos operadores do direito, bem como uma imprecisão das estatísticas oficiais relativas ao contingente de indígenas presos. Essa descaracterização étnica dos indígenas nos processos legais tem acarretado uma invisibilidade jurídica na qualidade de sujeitos de direito, e ao não reconhecer o *status* diferenciado dos índios, desde a abertura do inquérito policial até o seu aprisionamento, retira desse a proteção necessária. Nesse sentido as pesquisas levantam dados primários e questionam a fragilidade dos dados oficiais pertinentes à criminalização e ao encarceramento de indígenas no Brasil, recomendando o desenvolvimento e o aprofundamento de estudos sistemáticos de caráter demográfico, sociológico e jurídico dos dramas e processos sociais e legais que têm destinado homens e mulheres indígenas às prisões de brancos a despeito de toda legislação em vigor de proteção aos direitos dos povos indígenas. Além do mais, o despreparo e o descaso do órgão

indigenista (FUNAI), e demais instâncias, governamentais, policiais, judiciais e penais acerca dos direitos dos índios presos e da sua situação prisional em seus respectivos estados tem acarretado o seu abandono no cárcere (CIMI, 2014).

Quando se falou anteriormente em culturas e minorias, tratou-se de enfatizar o respeito que cada uma merece quanto as suas particularidades, repudiando assim a homogeneização cultural. Pois com os indígenas aprisionados, a questão cultural é um dos pontos cruciais que compromete o processo de cumprimento da pena. A diferença cultural em questão deve ser respeitada, pois encontra o índio no cárcere um mundo totalmente desconectado das suas origens culturais.

A problemática que envolve os indígenas encarcerados no sistema prisional, além de não respeitar a sua cultura e não proporcionar a ele uma individualização da pena, coloca-o em um sistema punitivo onde não se reconhece a sua “existência” como indivíduo culturalmente diferenciado, nem dispõe o sistema de um aparato e de um preparo para tratar com essa situação. A invisibilidade quanto aos índios está presente em todo o sistema prisional brasileiro, colocando-os em uma vala comum, sujeitos a toda e qualquer interferência cultural prisional.

O índio sempre foi invisível nesse sistema, em vista disso e objetivando um controle e dados da população indígena nas prisões acabaram surgindo propostas de controle quanto à presença desses no sistema carcerário brasileiro. Foi o que ocorreu por iniciativa da Pastoral Carcerária e do Conselho Indigenista Missionário – Cimi, atuantes em todo o país. Estes acabaram observando a ausência de informações oficiais sobre esta população carcerária na base de dados do *Infopen*, que é o software criado no ano de 2004 pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), vinculado ao Ministério da Justiça. Com isso propuseram a inclusão de indígenas nas estatísticas oficiais no sistema Infopen do Departamento Penitenciário Nacional, o que veio a ocorrer, mas de forma muito superficial (CIMI, 2014).

Ocorre que os dados oficiais do Infopen, no momento do cadastramento realizado pelos funcionários dos presídios, com relação aos índios, usam somente como diferenciação dos demais apenados a cor da pele ou como consta no Infopen a “cútiis indiática” obtendo assim dados não específicos e superficiais, subjetivos e orientados pelo senso comum, mas que acabam entrando nas estatísticas oficiais do Departamento Penitenciário Nacional. Os estados brasileiros têm apresentado registros frágeis e condições institucionais próprias para o provimento de informações, sendo assim, da forma como os cadastramentos vêm sendo realizados, os mesmos têm prejudicado a análise desses dados oficiais (LACERDA, 2014).

Outra questão é que não existe o interesse por parte das autoridades e consequentemente dos responsáveis pela administração penitenciária no país quando se trata de indígenas. Aqueles colocam a questão em um segundo plano ou simplesmente ignoram o assunto. Um exemplo do que pensa a maioria das autoridades responsáveis pelo sistema prisional é o que foi dito pelo secretário executivo da Secretaria de Estado de Justiça e Direitos Humanos do Estado do Amazonas, onde afirmou que: “não considera a identidade indígena do preso uma justificativa para tratamento diferenciado na execução da pena. O indígena preso seria um sujeito aculturado que não mereceria tratamento diferenciado.” Esses posicionamentos acabam por dificultar possíveis mobilizações e ações efetivas por parte das autoridades a respeito do encarceramento de indígenas no Brasil e sem sombra de dúvidas refletem a cultura existente em meio aos organismos governamentais (ABA, 2008).

Várias questões relacionadas à criminalização de indígenas devem ser levantadas. Por exemplo, no Estado do Mato Grosso está havendo um desrespeito aos direitos humanos desde a fase de inquérito policial. Algumas aldeias indígenas naquele estado não dominam a língua portuguesa, o que acaba dificultando a compreensão das acusações e do processo de defesa, desconhecendo a sua situação processual. Já na prisão, estes apresentam dificuldade no entendimento das regras do sistema prisional.

No estado do Mato Grosso, os casos de criminalização de indígenas mais evidentes em um histórico recente, são os casos que envolvem o aprisionamento de lideranças indígenas em contextos de conflitos fundiários, conflitos esses bastante comuns naquele estado atualmente, a exemplo do que sempre ocorreu na história da colonização brasileira. Mas o que falar do alto índice de índios aprisionados em outros estados da federação como Amazonas (AM), Bahia (BA), Pará (PA), Rio Grande do Sul (RS) e Roraima (RR)? Estariam ocorrendo nesses estados um problema similar ao que ocorre no Mato Grosso? Historicamente o índio foi um empecilho para a conquista do território americano, tendo sido tomadas atitudes por parte das autoridades, militares e particulares a fim de exterminá-los, pois representavam um entrave para a conquista dessas terras. Estaria ocorrendo uma nova mobilização por parte do “estado” (polícias, sistema de justiça criminal e sistema penitenciário) para desmobilizar a organização política e a resistência indígena em áreas de disputa fundiária ou por recursos naturais? (SILVA, 2014).

Poucos são os dados encontrados com relação à realidade prisional dos indígenas brasileiros, mas em uma pesquisa realizada pela ABA-PGR no ano de 2007 sobre a população carcerária indígena existente nos estados citados acima, demonstrou-se diversos apontamentos a respeito dessa realidade prisional.

Segundo o sistema Infopen do Departamento Penitenciário Nacional, em 2007, foram 169 presos identificados como indígenas nos quatro estados. Em um comparativo entre os estados do Amazonas e Rio Grande do Sul, chama a atenção o número de indígenas presos se considerarmos o contexto em ambos os estados. No Rio Grande do Sul em 2007 existiam 77 presos índios, numa população indígena de aproximadamente 13.500 índios, enquanto no estado do Amazonas existiam 45 índios encarcerados numa população total no estado de 183.000 índios. Os dados foram informados oficialmente pelo sistema Infopen, mas acabam não passando total credibilidade, tendo em vista a forma realizada de cadastramento desses indígenas (ABA, 2008).

Uma das grandes questões que esse tema trata é relacionada à cultura diferenciada que esses povos possuem, e a busca da proteção desses indivíduos culturalmente diferenciados. Sabe-se que os indígenas possuem uma cultura própria, com características bem peculiares, diferenciada da cultura europeia que foi a responsável pela colonização das terras americanas. Possuem eles características culturais ímpares e que devem ser respeitadas, levando em conta as enormes diferenças existentes da cultura europeizada. A Constituição de 1988 dedicou um capítulo aos indígenas e que acabou sendo um dos mais recentes avanços em termos de legislação nacional relacionada aos índios existente até o momento. A Constituição inovou em muitas questões, dentre elas, trouxe o reconhecimento à capacidade processual dos indígenas, suas comunidades e organizações para a defesa dos seus próprios direitos e interesses, atribuindo ao Ministério Público Federal o dever de garanti-los e de intervir em todos os processos judiciais que digam respeito a tais direitos e interesses (KAKU; DORNELLES, 2011, p. 237).

Tendo o índio essa cultura própria e diferenciada em vários aspectos, quando esse adentra no sistema carcerário brasileiro, toda a proteção do índio defendida pelos mais variados organismos e a preocupação com a sua cultura acaba sendo esquecida. Esse índio encarcerado não recebe uma individualização da sua pena, levando em conta a sua diferença cultural existente, sendo tratado de forma igualitária como os demais condenados, sem o amparo e a preocupação existente quanto a sua condição de índio. A condição cultural diferenciada acaba não fazendo diferença no cumprimento da pena perante a população carcerária, causando assim, enormes prejuízos quanto à contaminação cultural existente.

## CONCLUSÃO

Sob uma visão multicultural, tem-se que os diferentes tipos de cultura e as suas particularidades devem ser respeitadas, de forma a não haver o risco da homogeneização cultural. Esta homogeneização expõe um lado antidemocrático

que não suporta a diversidade existente.

Baseado nisso, não se pode conceber indivíduos com culturas diferenciadas e bem particulares estarem juntos no cárcere com criminosos profissionais que estão inseridos na cultura do crime e da violência. O índio deve ser protegido do perigo da contaminação cultural prisional, com a implementação nas casas prisionais de um processo de individualização das penas, onde a cultura indígena seja realmente respeitada e protegida.

Faz-se necessária uma mobilização nacional por parte dos defensores dos direitos indígenas, a fim de que, surja uma nova visão quanto ao índio aprisionado, entendendo com isso a real necessidade de se implementar ações efetivas e concretas que visem proteger o índio quando da sua presença no cárcere.

As autoridades governamentais, administrativas e prisionais, bem como o poder judiciário e o Ministério Público, dispõem de forças fundamentais para a implementação dessa individualização prisional. Cabe serem provocadas e colocadas a par da realidade enfrentada pelos índios encarcerados, para assim virem a efetivar de forma concreta essa individualização penal.

## REFERÊNCIAS

- ABA - Associação Brasileira de Antropologia; PGR - Procuradoria Geral da República. *Criminalização e situação Prisional de Índios no Brasil*. Brasília ABA, 2008. <[http://www.abant.org.br/conteudo/001DOCUMENTOS/Relatorios/relatorio\\_final\\_2007.pdf](http://www.abant.org.br/conteudo/001DOCUMENTOS/Relatorios/relatorio_final_2007.pdf)> Acesso em: 11 de nov. 2014.
- BAUMAN, Zygmunt. *Ensaio sobre o conceito de cultura*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.
- CANCLINI, Néstor García. *Diferentes, Desiguais e desconectados: mapas da interculturalidade*. Tradução de Luiz Sérgio Henriques. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2009.
- CIMI – Conselho Indigenista Missionário. *Relatórios de violência contra os povos indígenas*. Disponível em: <<http://www.cimi.org.br>> Acesso em: 20 de dez. 2014.
- DERRIDA, Jacques. *A Outra Questão*. O estereótipo, a discriminação e o discurso do colonialismo. O local da cultura. In: Homi K. Bhabha. Tradução Myrian Ávila, Eliana Lourenço de Lima Reis. Belo Horizonte: UFMG, 2013. p. 125-151.
- EAGLETON, Terry. *A idéia de cultura*. Tradução Sandra Castello Branco; revisão técnica Cesar Mortari. São Paulo: Editora UNESP, 2005.
- KAKU, W. S.; DORNELLES, E. N. P. *Os índios brasileiros e os direitos humanos*. In: Florisbal de Souza Del Olmo; Willian Smith Kaku; Liana Maria Feix Suski. (Org). *Cidadania e Direitos Humanos: Tutela e Efetividade Internacional e Nacional*. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p. 224-254.
- LACERDA, Rosane. Responsabilidade penal e situação carcerária dos indígenas no Brasil. Uma realidade a ser desvelada. In: CIMI. *Violência contra os povos indígenas no Brasil*. Disponível em: <<http://www.cimi.org.br/site/ptbr/?>>. Acesso em: 22 de dez. 2014.
- MADERS, A. M.; DUARTE, I. C. B. *O que é isto – o Multiculturalismo?* In: Angelita Maria Maders; Lilliana Locatelli; Rosângela Angelin. (Org). *Multiculturalismo e direito*. Santo Ângelo: Edi URI, 2012. p. 13-42.

OLIVEIRA, Jose Roberto. *Pedido de perdão: ao triunfo da humanidade*. Porto Alegre: Martins Livreiro, 2007.

SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Org). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SILVA, Cristhian Teófilo. *O índio, pardo e o invisível: Primeiras Impressões sobre a criminalização e o aprisionamento de indígenas no Brasil*. Disponível <<http://www.revistas.uff.br>>. Acesso em: 15 de nov. 2014.

TOURAINE, Alain. *Poderemos viver juntos? Iguais e diferentes*. Petrópolis: Vozes, 1999.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Direito e justiça na América indígena: Da conquista à colonização*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998.



## A TERCEIRIZAÇÃO BANCÁRIA: UMA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

### *THE BANKING'S OUTSOURCING: A VIOLATION OF HUMANS RIGHTS*

Rogério Burkot Pietroski

Licenciado em Filosofia pela Pontifícia Universidade  
Católica do Paraná – PUC – PR;

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Internacional – UNINTER;  
Pós-Graduando em Direito Aplicado pela Escola da  
Magistratura do Paraná – EMAP – PR

**Submissão em 09.04.2015**

**Aprovação em 23.04.2016**

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v1i2.734>

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo analisar o fenômeno da terceirização dos serviços no setor bancário. Com esse propósito, buscou-se na Teoria Crítica de Joaquín Herrera Flores um referencial teórico que possibilitasse a investigação desse fenômeno terceirizante. A partir da perspectiva crítica desse filósofo, visualizou-se que os direitos humanos são universais e indivisíveis e, em razão disso, englobam os direitos sociais, por conseguinte, os direitos trabalhistas. Em seguida, observa-se que a terceirização ilícita é uma prática comum no cenário brasileiro, mais usualmente, manifestando-se pelo exercício da atividade-fim da empresa, prestado pelo empregado terceirizado. Outrossim, identifica-se, uma crescente atividade legiferante por parte do Banco Central, que, além de ser inconstitucional, tem contribuindo para a precarização das relações de trabalho, ao ampliar, deliberadamente, as hipóteses restritas de terceirização bancária. Nesse contexto, as jurisprudências têm reconhecido o vínculo empregatício entre os empregados terceirizados e as tomadoras de serviço, quando não cumprido os requisitos da Súmula 331, do TST. Por fim, apresenta-se que a precarização das relações trabalhistas, provocada pela terceirização bancária, configura uma violação dos direitos trabalhistas, haja vista a tutela internacional sobre esse assunto.

**Palavras-Chave:** terceirização bancária; direitos humanos; atividade-fim; vínculo empregatício.

**Abstract:** This article aims to analyze the outsourcing phenomenon in the banking sector. To this end, he sought the Critical Theory of Joaquín Herrera Flores a theoretical framework that would enable the investigation of this phenomenon outsourcing. From the critical perspective of this phi-

losopher, it visualized that human rights are universal and indivisible and, as a result, include social rights, therefore, labor rights. Then, it is observed that the illegal outsourcing is a common practice in the Brazilian scenario, more usually, manifesting the exercise of the core business of the company, provided by third party employee. Furthermore, it identifies a growing legislating activity by the Central Bank, which, besides being unconstitutional, is contributing to the precariousness of labor relations, to expand deliberately restricted chances of bank outsourcing. In this context, the case law has recognized the employment relationship between the outsourced employees and service takers, if not met the Precedent 331 requirements, the TST. Finally, it appears that the casualization of labor relations caused by the banking outsourcing is a violation of labor rights, due to the international trusteeship on this subject.

**KEYWORDS:** banking's outsourcing; human rights; core activity; employment relationship.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Da Teoria Crítica dos Direitos Humanos; 3. Do Fenômeno da Terceirização; 3.1 A regulação jurídica-legal da terceirização; 3.1.1 Perspectivas para a regulação legislativa da terceirização; 3.2 A terceirização ilícita e lícita; 3.3 A empresa prestadora e a empresa tomadora de serviço; 4. Da Terceirização Bancária; 4.1 A ilegitimidade legiferante do Banco Central; 4.2 A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o princípio da dignidade humana; 4.3 O tratamento discriminatório da terceirização; 4.4 O desafio do sindicato bancário; 5. Do entendimento jurisprudencial majoritário; 5.1 O reconhecimento jurisprudencial do vínculo empregatício; Conclusão; Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar a terceirização, sendo que, para isso, utilizar-se-á da perspectiva oferecida pela Teoria Crítica dos Direitos Humanos de Joaquín Herrera Flores. Essa abordagem crítica pretende colaborar, a seu modo, para o desvelamento da “ideologia-mundo”, revelando, assim, ante ao fracasso do liberalismo, o projeto de reestruturação econômica do modelo capitalista, cujo fundamento principal se dá a partir de um discurso falacioso de modernização dos meios de produção.

A fim de cumprir com o que se promete acima, adotou-se uma análise “qualitativa-descritiva” como metodologia de pesquisa, na qual será utilizada algumas referências bibliográficas pertinentes ao assunto. Entende-se por análise “qualitativa-descritiva”, uma investigação que tem por foco estudar algumas vertentes doutrinárias, no presente caso, com um relativo nível de profundidade, haja vista que um exame mais detalhado escaparia ao propósito de um artigo, caso contrário, exigiria, para isso, uma pesquisa com a densidade de uma dissertação de mestrado.

Outrossim, cumpre esclarecer a disposição estrutural desse estudo, que se organiza de forma a favorecer uma maior inteligibilidade. Para tanto, no primeiro

momento, exporemos os fundamentos da Teoria Crítica de Joaquín Herrera Flores, destacando o caráter universal e indivisível dos direitos humanos.

Em posse desse embasamento teórico, analisaremos o fenômeno da terceirização, apresentando um breve histórico, a regulamentação jurídico-legal, a definição de terceirização lícita e ilícita, o conceito de tomador de serviço e de prestadora de serviço.

Na sequência, adentraremos no tema terceirização bancária, apontando as ilegalidades praticadas pelo Banco Central, a importância da Corte Interamericana de Direitos Humanos para a defesa do princípio da dignidade humana, o tratamento discriminatório da terceirização e o desafio da entidade sindical bancária.

Ainda, será apresentado o entendimento jurisprudencial majoritário dos Tribunais sobre o vínculo empregatício dos terceirizados em relação às empresas bancárias.

Ao final, cumpre-se com o propósito ora assumido pela ocasião desse artigo, se ao menos o presente estudo suscitar uma reflexão sobre as irregularidades praticadas pelos bancos contra os empregados terceirizados. De modo mais específico, identificar uma tendência bancária para descaracterizar o vínculo empregatício dos prestadores de serviço, frisando-se que esses, de fato, em muitos casos, trabalham diretamente com a “atividade-fim” da empresa.

## 2. DA TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS

Estudar a terceirização, a partir da Teoria Crítica de Joaquín Herrera Flores, envolve realizar uma análise crítica desse fenômeno terceirizante. Pretende-se investigar os fundamentos dessa modalidade de prestação de serviço, tendo como instrumento de estudo um olhar universal e indivisível dos direitos humanos. Contudo, primeiramente, é necessário introduzir as bases desse pensamento, a fim de se visualizar com maior clareza o referencial teórico adotada, aplicado no presente artigo como pano de fundo.

Segundo Grijalbo Fernandes Coutinho (2011, p. 27), Joaquín Herrera Flores concebe os Direitos humanos como “produtos culturais”. Isso porque, nesse raciocínio, o autor continua, os direitos humanos se formam com base em perspectivas distintas, as quais, essas últimas, não são limitadas por uma única fonte jurídica, mas concebidas pela diversidade intersubjetiva de experiências. Tal concepção acerca dos direitos humanos de Joaquín Herrera Flores diverge, como assinala Grijalbo Fernandes Coutinho (2011, p. 27), do pensamento “jus naturalista”, como o de Norberto Bobbio, e do “idealismo”, como o de Hannah Arendt, os quais desconsideram o aspecto prático e reivindicatório.

Nas palavras do próprio pensador, Joaquín Herrera Flores (2009, p.34) entende que “os direitos humanos, mais que direitos ‘propriamente ditos’, são processos, ou seja, o resultado sempre provisório das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens necessários à vida”.

Em outro trecho, Joaquín Herrera Flores (2009, p. 37), de forma mais incisiva, trata do aspecto imanente dos direitos humanos.

Desse modo, os direitos humanos seriam os resultados sempre provisórios de lutas sociais pela dignidade. Entenda-se por dignidade não o simples acesso aos bens, mas que tal acesso seja igualitário e não esteja hierarquizado *a priori* por processos de divisão do fazer que coloquem alguns, na hora de ter acesso aos bens, em posições privilegiadas, e outros em situação de opressão e subordinação. Mas cuidado! Falar de dignidade humana não implica fazê-lo a partir de um conceito ideal ou abstrato. **A dignidade é um fim material.** Trata-se de um objetivo que concretiza no acesso igualitário e generalizado aos bens que fazem a vida digna de ser vivida (GRIFO NOSSO).

Para Flávia Piovesan (2010), Joaquín Herrera Flores entende os direitos humanos como uma luta contínua em defesa da dignidade da pessoa humana. Em razão disso, os direitos humanos não surgem como fruto de um determinismo histórico ou de uma conquista política, mas de um constante embate reivindicatório por dignidade.

Em face desse posicionamento reivindicatório pelos direitos humanos, Joaquín Herrera Flores (2009, p. 42) critica o aspecto ideológico e filosófico da Declaração dos Direitos Humanos. Segundo esse pensador, o fundamento político-econômico da dominação capitalista, proposto pelo neoliberalismo, dificulta a aplicação prática dos direitos humanos. Na leitura desse filósofo, esse fundamento neoliberal, denominado por ele de ideologia-mundo, sustenta uma interpretação distorcida da redação da presente Declaração dos Direitos Humanos. Isso ocorre devido à presença de um discurso autoritário, que de acordo com Joaquín Herrera Flores, citando Clarissa Pinkola Estés, identifica como um depredador cultural (FLORES, 2010).<sup>1</sup> Assim, vejamos:

A Declaração Universal constitui, ainda hoje, um marco muito importante na luta pelo processo de humanização da humanidade. **Porém, não podemos ocultar que seus fundamentos ideológicos e filosóficos – quer dizer, culturais – são puramente ocidentais.** Essa constatação não retira nem um pouco a importância do texto, mas nos ajuda a colo-

<sup>1</sup> Sobre o assunto, ver a opinião de Coutinho (2011, p. 29) “A Declaração Universal dos Direitos Humanos [...] está longe de cumprir a tarefa para a qual foi concebida”.

cá-lo em seu contexto concreto, o qual, em momentos posteriores, pode nos servir para explicar algumas das dificuldades que encontramos para sua implementação prática (GRIFO NOSSO).

Na análise de Grijalbo Fernandes Coutinho (2011, p. 29), para a Teoria Crítica de Joaquín Herrera Flores, a efetivação dos direitos humanos envolve elaborar “pensamento sistemático e de concreta ação política”, com o objetivo de se opor à ‘ideologia-mundo’, amplamente difundida pelo modelo hegemônico de economia capitalista.

As dificuldades impostas pelas políticas econômicas e sociais de dominação capitalista contra a efetivação dos direitos humanos são várias, como alerta Joaquín Herrera Flores (2009, p. 42), o qual denuncia:

a concentração do poder econômico, político e cultural nas mãos de organizações públicas e privadas que têm sua sede em países desenvolvidos, representando unicamente um quinto da população mundial que se beneficia do chamado “desenvolvimento”; a destruição sistemática das conquistas sociais, econômicas, políticas e culturais alcançadas a custo de sangue e que agora estão em risco por conta das tendências políticas e econômicas e dirigidas à desregulamentação trabalhista e social; a situação de abandono em que vivem bilhões de pessoas por todo o mundo que não entram nas agendas públicas dos países enriquecidos etc.

Devem-se reconhecer as conquistas advindas por ocasião da Declaração dos Direitos Humanos, contudo, há que se ponderar que a aplicação concreta dos direitos ali previstos é insatisfatória, uma vez que o discurso humanitário se limitou em muito à teoria, como acusa Grijalbo Fernandes Coutinho (2011, p. 30).

Nessa esteira, Grijalbo Fernandes Coutinho (2011, p. 30) chama a atenção para as razões que motivarão a inaplicabilidade das garantias previstas na Declaração dos Direitos Humanos. Segundo ele, o fim do modelo econômico intervencionista proposto por Keynes e a reestruturação do modelo capitalista foram responsáveis para o comprometimento das relações sociais. Assim, continua, os “direitos humanos não se resumem ao conjunto de direitos e garantias individuais da vida civil”. Com isso, esse autor quer ressaltar os direitos chamados de Segunda Geração, ou Direitos Positivos, propositalmente ignorados pelo projeto capitalista da ‘ideologia-mundo’.

A interpretação reducionista e divisível dos direitos humanos é alvo da Teoria Crítica de Joaquín Herrera Flores, em razão de desconsiderar os aspectos sociais, políticos e econômicos. Em suma, a Teoria Crítica dos Direitos Humanos

propõe “investigar a complexidade do tema, com todo o compromisso necessário, fixando os diversos métodos, condições e deveres exigidos para esse fim” (COUTINHO, 2011, p. 31).

Grijalbo Fernandes Coutinho (2011, p. 32) destaca o aspecto realista da Teoria Crítica de Joaquín Herrera Flores, que não se restringe a uma discussão puramente abstrata e que, conseqüentemente, não possui efeitos práticos. Assim descreve, “o sucesso da empreitada demanda não só a consolidação de um pensamento ‘sintomático’ e ‘afirmativo’, como também não nega o caráter de classe da referida luta a ser empreendida”. Acerca da Teoria Crítica, acrescenta-se, ainda, o elemento inovador, quando essa denuncia a concepção restritiva dos direitos humanos (COUTINHO, 2011, p. 33).

De acordo com Elaine Noronha Nassif (2008, p. 7), “os direitos de segunda geração, isto é, os direitos econômico-sociais (direito ao trabalho, à habitação digna e à saúde) foram incorporados aos Estados através do constitucionalismo social e formam a base de efetivação dos direitos de primeira geração”.

Como bem descreve Luciano do Monte Ribas (2008), é necessário integrallizar todas as gerações de direitos a fim de estabelecer uma Plataforma Atualizada dos Direitos Humanos. Com base na classificação em gerações, Luciano do Monte Ribas (2008) comenta a ideia, esclarecendo que:

A partir dessa definição das diferentes gerações de direitos, pode-se compreender que, por sua abrangência, diversidade e ambição, o que se chama de Plataforma Atualizada dos Direitos Humanos constitui o mais completo conjunto de ideias reguladoras e emancipatórias sobre a humanidade. Em princípios já expressos na Declaração de 1948, por exemplo, podemos buscar a legitimação do processo de construção de identidades primárias e, por vezes, “guetizadas”. Essas comunidades, onde o indivíduo busca sua “autoconstrução”, são perfeitamente condizentes com o princípio da antidiscriminação e podem ser, certamente, bastante positivas quando não se transformam em fundamentalismos, como a fúria dos talibãs ou o terrorismo do ETA.

Com isso, busca-se uma leitura ampliada sobre a concepção de direitos humanos, haja vista que, como arremata Grijalbo Fernandes Coutinho (2011, p. 34), não “é apenas o direito a ter direitos, mas possuir condições materiais para sua implementação”.

Tendo em vista essa leitura dicotômica dos direitos humanos, disseminada pela ‘ideologia-mundo’, que busca separar os direitos positivos da noção de direitos humanos, é necessário favorecer um ambiente propício à superação dos desafios que envolvem a relação entre a universalização dos direitos humanos e

as diversas manifestações culturais, como aponta Cristina Câmara (2008). Para essa autora, citando Boaventura de Sousa Santos (2006):

Inicialmente entendemos Direitos Humanos a partir das experiências vividas, dos grupos sociais excluídos e de sua necessária indivisibilidade não sendo, portanto, plausível dicotomizarmos aspectos econômicos e liberdades individuais, por exemplo. Por sua vez, também entendemos que há um desafio inerente à concepção dos Direitos Humanos, qual seja, a questão de sua universalidade e a relação entre dimensões culturais presentes nas políticas, cooperação bi ou multilaterais (governamentais e não governamentais), religiões, costumes, comportamentos e crenças. Neste sentido, parafraseando Boaventura de Souza Santos, “aprender com o sul é uma exigência” e o contexto brasileiro, nossa produção de conhecimentos e o lugar que o País ocupa na geopolítica atual diz muito sobre as potencialidades para a superação de desigualdades e injustiças sociais. **Entretanto, ainda segundo o sociólogo português, aprender com o sul exige a “desfamiliarização em relação ao Sul imperial, ou seja, em relação a tudo o que no Sul é resultado da relação colonial capitalista” (GRIFO NOSSO).**

Como proposta defendida pela Teoria Crítica de Joaquín Herrera Flores, após identificar as manobras conceituais da ideologia-mundo, desmascarando o projeto de dominação econômica do capitalismo, faz-se necessário fixar estratégias com o fito de concretizar uma aplicação universal e indivisível dos direitos humanos, que nas palavras de Grijalbo Fernandes Coutinho (2011, p. 34) define como uma “luta jurídica”. Esse confronto, por sua natureza, não tem a intenção de ser imparcial, isto é, assume um posicionamento a favor dos dominados frente à classe opressora.

### 3. DO FENÔMENO DA TERCEIRIZAÇÃO

Se realizar uma incursão histórica sobre a origem da terceirização, observar-se-á que esse tema é recente na história do Brasil. De acordo Maurício Godinho Delgado (2011, p. 427), a “terceirização é fenômeno relativamente novo no Direito do Trabalho do país, assumindo clareza estrutural e amplitude de dimensão apenas nas últimas três décadas do segundo milênio no Brasil”.

Como toda novidade, o recente fenômeno da terceirização possui uma história curta, contexto esse que dificulta, para os mais desatentos, visualizar com clareza se esse formato dado para as relações trabalhistas é positivo ou negativo, do ponto de vista econômico. Na leitura de Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante (2004, p.405), a terceirização detém aspectos positivos e negativos, vejamos:

Em linhas gerais, o referido fenômeno possui argumentos favoráveis e contrários. Os favoráveis seriam: a modernização da administração empresarial com a redução de custos, aumento da produtividade com a criação de novos métodos de gerenciamento da atividade produtiva. Os contrários seriam: a redução dos direitos globais dos trabalhadores, tais como a promoção, salários, fixação na empresa e vantagens decorrentes de convenções e acordos coletivos (2004, p. 405).

Conforme descrito na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), observam-se apenas duas referências, que mais se aproximam da noção moderna de terceirização, a saber: a 'empreitada' e a 'subempreitada'. Estas duas figuras estão previstas no artigo 455, da CLT.

Essa ausência de uma previsão direta sobre o tema da terceirização na CLT se deve, em muito, a uma presença tímida dos empregados terceirizados nos processos de industrialização, em meados do século XX (DELGADO, 2011, p. 427). Com o crescimento do movimento industrial e a efetivação dos direitos trabalhistas, os grandes empregadores se viram acuados com o aumento das reivindicações de natureza empregatícia, sendo motivados a encontrar alternativas para evitar as eminentes lides trabalhistas. Em razão disso, houve uma procura por formas contratuais que fornecessem uma prestação de serviço alternativo, sem que, com isso, configurasse-se um vínculo de emprego com os empregados e, conseqüentemente, reduzindo os gastos com a mão de obra (DELGADO, 2011, p. 427).

Para Maurício Godinho Delgado (2011, p. 429), somente na década de 1970, o legislador se ateuve, especificamente, ao caso dos terceirizados (cumpre destacar que, na década anterior, existiram previsões legais sobre os terceirizados, como a do Decreto-Lei n.º 200/67 e a da Lei. n.º 5.645/70, no entanto, com o foco estritamente no segmento público, cuja pertinência temática, em decorrência dessa natureza jurídica pública, foge ao interesse desse artigo, razão pela qual optamos apenas por mencionar isso). A partir dos anos 70, "a legislação heterônoma incorporou um diploma normativo que tratava especificamente sobre a terceirização, estendo-a ao campo privado da economia: a Lei do Trabalho Temporário (Lei n. 6.019/74)" (DELGADO, 2011, p. 429). Com a necessidade de se abranger outros ramos, tempos "depois, pela Lei n. 7.102/83, autorizava-se a terceirização do trabalho de vigilância bancária, a ser efetuada em caráter permanente" (DELGADO, 2011, p. 429).

Na perspectiva de Maurício Godinho Delgado (2011, p. 434-436), nos últimos 30 anos, as contribuições mais significativas para o universo dos empregados terceirizados não advieram do poder legislativo, mas sim do poder judicial, por meio das jurisprudências trabalhistas.

## 1. A REGULAÇÃO JURÍDICA-LEGAL DA TERCEIRIZADA

Embora se reconheça que, no cenário brasileiro, o impulso inicial para a regulação legal da terceirização tenha se dado no segmento público, por meio do Decreto-Lei de n.º 200/67 e da Lei de n.º 5.645/70, como já mencionado, a normatização desse fenômeno, com maior relevância para o setor privado, ocorreu tão somente por ocasião da edição da Lei de n.º 6.019/74 (trabalho temporário) e da Lei de n.º 7.102/83 (trabalho de vigilância bancária) (DELGADO, 2011, p. 430-433).

O modelo jurídico da relação de trabalho temporário trouxe contornos diferentes à visão tradicional de empregador e de empregado. Segundo Maurício Godinho Delgado (2011, p. 430), “o modelo terceirizante da Lei de n.º 6.019/74 produziu, indubitavelmente, uma reflexão no sistema trabalhista do país, já que contrapunha à clássica relação bilateral (própria da CLT) uma nova relação trilateral de prestação laborativa, dissociando o fato do trabalho do vínculo jurídico que lhe seria inerente”.

Ainda que, insipidamente, a lei do trabalho temporário tenha buscado respostas para as inovações trazidas pela atividade terceirizada, nesse momento inicial, década de 70, isso se deu apenas enquanto serviço temporário (DELGADO, 2011, p. 431). Todavia, com avanços modestos, surgiram alguns progressos no que se refere a um tratamento para o caso dos empregados com contrato de trabalho por prazo indeterminado. De fato, a Lei 7.102/83 dos vigilantes bancários contribuiu com algumas inovações legais para a regulação do fenômeno dos terceirizados, todavia, preliminarmente, tal contribuição se deu estritamente a uma única categoria profissional. Essa limitação foi ampliada, posteriormente, com as alterações originadas pela Lei de n.º 8.863/94 que, segundo Maurício Godinho Delgado (2011, p. 431), hoje “são consideradas como atividades submetidas à presente modalidade de terceirização a vigilância patrimonial de qualquer instituição e estabelecimento público ou privado”, e continua, “inclusive segurança de pessoas físicas, além do transporte ou garantia de transporte de qualquer tido de carga (art. 10 e seus parágrafos da Lei de n. 7.103/83, com alterações da Lei de n. 8.863/94)”.

De modo mais contundente, a Lei de n.º 8.949/94 motivou uma acentuada procura pelos serviços terceirizados, ao introduzir a figura das cooperativas. Segundo as Nações Unidas, a cooperativa é “uma associação autônoma, de pessoas unidas voluntariamente para alcançar as aspirações de suas necessidades econômicas, sociais e culturais comuns, através de uma ação democraticamente controlada” (ANO INTERNACIONAL DAS COOPERATIVAS, 2012, p. 2). Tal lei criou o parágrafo único do art. 442, da CLT, dispendo sobre o ramo das cooperativas,

seus associados, bem como dos tomadores de serviço. Esse dispositivo ofereceu uma alternativa contratual diferente às relações trabalhistas com vínculo de emprego.

Tendo em vista as novidades decorrentes do formato de trabalho terceirizado, Maurício Godinho Delgado (2011, p. 432-433) chama a atenção para a perplexidade do legislador ao tentar fundir, no art. 15, §§ 1º e 2º, da Lei de n.º 8.036/90, em uma única definição, o modelo bilateral das relações empregatícias (empregador e empregado) e o modelo trilateral (tomador de serviço, empresa prestadora de serviço e empregados terceirizados).

No parágrafo primeiro, do artigo 15, da Lei de n.º 8.036/90, como observa Maurício Godinho Delgado (2011, p. 432-433), houve a manutenção da nomenclatura 'empregador', que conservou a sua configuração tradicional, qual seja, pessoa física ou jurídica. Já no parágrafo segundo, evitou-se a utilização da nomenclatura empregado, sendo essa substituída por trabalhador. A citada alteração insere a figura do empregado como uma espécie do gênero trabalhador, assim, permite-se contemplar a hipótese de outras relações de trabalho que não tem necessariamente o vínculo empregatício, como os trabalhadores eventuais, os autônomos e os servidores públicos civis e militares (DELGADO, 2011, p. 432-433).

Mesmo que a legislação heterônoma tenha fornecido alguns parâmetros para o exercício da atividade terceirizada e que a Constituição da República de 1988 tenha estabelecido alguns limites normativos, sendo esses, na grande maioria, de caráter principiológico, tais como os do art. 1º, caput e art. 3º, caput, art. 170, todos da CF/88, entre outros, a maior contribuição para o fenômeno da terceirização emergiu das jurisprudências trabalhistas (DELGADO, 2011, p. 434-435).

Atento à problemática ocasionada pelo enquadramento legal das relações de trabalho dos empregados terceirizados, o Egrégio Tribunal Superior do Trabalho publicou algumas súmulas sobre o tema, dentre as quais se destacam, por sua importância, as Súmulas de n.º 256 e a de n.º 331.

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis n.ºs 6.019, de 03/01/74 e 7.102, de 20/06/83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços (Enun. n.º 256, TST).

Anterior à publicação do enunciado da Súmula de n.º 256, TST, não havia qualquer impedimento jurisprudencial que controlasse o trabalho dos terceirizados (DELGADO, 2011, p. 434-436). Frente aos abusos praticados pelos empregadores, que exploravam as fragilidades das relações de trabalho com o formato

dados pela terceirização, o Tribunal Superior do Trabalho delimitou as hipóteses de contratação de trabalhadores por empresas prestadoras de serviço, excepcionando-se, exclusivamente, os casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância. Para Jorge Neto e Pessoa Cavalcante (2004, p. 407), as razões pelas quais o TST foi motivado a editar esta súmula são: a) a violação ao direito do trabalhador de ser inserido no desenvolvimento da empresa (art. 165, V, da CF/88); b) a desproporção entre o valor recibo pela empresa interposta e a contraprestação oferecida aos prestadores de serviço; e c) o não cumprimento ao prazo mínimo de 90 dias para os trabalhadores temporários.

A redação oferecida por essa Súmula de n.º 256, do TST, foi alvo de inúmeras críticas. Jorge Neto e Pessoa Cavalcante (2004, p. 407) pontuam alguns desses argumentos contrários ao posicionamento adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho, como, por exemplo, a violação ao direito do “livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização”; a incompetência desse Tribunal “para legislar sobre organização do sistema nacional de emprego”; a ofensa aos dispositivos contratuais do Código Civil Brasileiro; “a ofensa ao art. 5º, XIII, da Constituição Federal, que assegura a liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (JORGE NETO; PESSOA CAVALCANTE, 2004, p. 407).

Nesse sentido, como apontam Jorge Neto e Pessoa Cavalcante (2004, p. 406-408), com vistas a encontrar uma redação mais eficaz e completa, o Tribunal Superior do Trabalho, antevendo as transformações das relações de trabalho e os seus respectivos desdobramentos jurídicos, editou a Súmula de n.º 331, nos seguintes termos:

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n.º 6.019, de 03/01/74).

II – A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos de Administração Pública direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei de n.º 7.102, de 20/06/83), e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador, desde que inexistente e pessoalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públi-

cas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei n.º 8.666/93) (Enun. n.º 331, TST).

Conforme Maurício Godinho Delgado (2011, p. 436), a Súmula de n.º 331, do TST, foi uma resposta às críticas realizadas a sua predecessora, a Súmula de n.º 256. Dentre as alterações trazidas por essa nova redação, a que merece destaque é a distinção entre a **atividade-meio** e a **atividade-fim**. Segundo Maurício Godinho Delgado (2011, p. 436), essa “distinção (atividade-meio versus atividade-fim) marcava um dos critérios de aferição da licitude (ou não) da terceirização perpetrada”. Referente a esse tema, reservou-se adiante um subitem, interpretado e adaptado à intenção do presente artigo, sobre o reconhecimento do vínculo empregatício, em havendo atividade ilícita das funções terceirizadas nas empresas bancárias.

### **3.1.1 PERSPECTIVAS PARA A REGULAÇÃO LEGISLATIVA DA TERCEIRIZAÇÃO**

Por ocasião do Simpósio com o tema “Fim da Terceirização?”, promovido pela Associação Comercial do Paraná, na cidade de Curitiba - PR, no dia 16 de outubro de 2014, o Desembargador Dr. Luiz Eduardo Gunther, ao tratar do tema “A terceirização na Administração Pública sob a Ótica da Justiça do Trabalho”, mencionou, sucintamente, dois Projetos de Lei que já estão em trâmite no Congresso Nacional, a saber: a PL 4.330/2004, de autoria do Deputado Sandro Mabel, e a PL 87/2010, de autoria do Senador Eduardo Azeredo.

Na oportunidade, Luiz Eduardo Gunther disse que atualmente estão em discussão no Supremo Tribunal Federal (STF) algumas ações que discutem a competência do Poder Legislativo para a regulação de assuntos inerentes ao Poder Legislativo, como por exemplo: o AI/RG 713/MG, de relatoria do Min. Barroso; a ADPF 324/PR, de relatoria do Min. Fux, que concede a suspensão dos efeitos da Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho (TST), contra a legiferância do Poder Judiciário; e a RG 791932.

O desembargador do trabalho da 9ª Região ressaltou a importância de se editar uma lei que regule o fenômeno da terceirização, no entanto, frisou a necessidade de se combater a precarização das relações de trabalho, razão pela qual destacou, ainda, a participação da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA) como *amicus curie* na ADPF 324/PR. Informou, também, que tal associação cumpre papel crucial na fiscalização dos abusos praticados pelos empregadores.

## 2. A TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA E LÍCITA

Para o reconhecimento do vínculo empregatício, no caso da terceirização, é importante verificar a ocorrência de licitude ou de ilicitude da atividade terceirizada (DELGADO, 2011, p. 436-439). Obviamente, se houver uma terceirização ilícita, deve-se reconhecer o vínculo de emprego do empregado terceirizado com o tomador de serviço e, caso verificado, conseqüentemente, esse arcará com ônus das verbas rescisórias devidas àquele, sem prejuízo da responsabilidade solidária da empresa interposta.

Como já descrito anteriormente, quando se abordou a regulação jurídico-legal da terceirização, as hipóteses de terceirização lícita são restritas e excepcionais. Em síntese, para fins de terceirização, permitem-se esse formato nos casos de: a) trabalho temporário (Lei de n.º 6.019/74 e Súmula 331, I, do TST); b) atividades de vigilância (Lei de n.º 7.102/83 e Súmula 331, III, primeira parte, do TST); atividades de conservação e limpeza (Súmula 331, III, do TST); e serviço especializado ligado à atividade-meio do tomador.

Embora não haja previsão legal, mas tão somente tutela jurisprudencial, verifica-se que o parágrafo acima elenca duas novas atividades profissionais, que se inserem dentro do formato terceirizado, a saber, a atividade de conservação e limpeza, e o serviço especializado ligado à atividade-meio do tomador. Essa ampliação do rol, contemplada nessa súmula, deu-se pela omissão do Poder Legislativo na regulação do tema terceirização e, por meio do que se reconhece como ativismo judiciário, pela uniformização das divergências de julgamentos sobre as atividades de conservação e limpeza e serviços ligados à atividade-meio.

A atividade de conservação e limpeza possui referência direta no texto do inciso III, dessa Súmula, em virtude de seu destaque entre as atividades terceirizadas mais utilizadas. Por outro lado, há obscuridade no que se entender por serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, dada a omissão aparente no texto sumular. Contudo, nesse último caso, não seria tanto uma omissão, mas uma referência indireta ao tratar do tema atividade-meio, no inciso III, segunda parte, da Súmula 331, do TST. Ou seja, ao se explicitar atividade-meio, expõem-se todos os serviços específicos prestados à tomadora de serviço, desde que não estejam relacionados com o ramo de atuação profissional da empresa contratante.

Em suma, para Maurício Godinho Delgado (2011, p. 437), as “situações-tipo de terceirização lícita estão, hoje, claramente assentadas pelo texto da Súmula 331, TST. Constituem quatro grandes grupos de situações sociojurídicas delimitadas”. E sobre a terceirização ilícita, o autor, ainda, descreve:

Excluídas as quatro situações-tipo acima examinadas, que ensejam a terceirização lítica do Direito brasileiro, não há na ordem jurídica do país preceito legal a dar validade trabalhista a contratos medidos os quais uma pessoa física preste serviços não eventuais, onerosos, pessoais e subordinados a outrem (arts. 2º, *caput*, e 3º, *caput*, CLT), sem que esse tomador responda, juridicamente, pela relação laboral estabelecida (DELGADO, 2011, p. 439).

Em posse dos aspectos históricos, jurídico-legais e de licitude e ilicitude, acima mencionados, é possível analisar alguns indícios que indicam uma noção sobre o que são empregados terceirizados. Evidentemente que esta tentativa de conceituar não pretende esgotar as possibilidades do que se pode entender por empregados terceirizados, mas apenas oferecer uma perspectiva à luz de algumas leituras. Assim sendo, empregados terceirizados são integrantes de uma relação de vínculo de emprego lícita com a empresa prestadora de serviço, relação essa entendida como produto de uma política econômica, social e jurídica-legal, com hipóteses profissionais restritas e excepcionais para esse formato.

### **3.3 A EMPRESA-PRESTADORA E A EMPRESA-TOMADORA DE SERVIÇO**

De modo a seguir com o presente estudo, dar-se-á continuidade com a análise conceitual, foco desse primeiro momento, como mencionado na introdução desse artigo, que na sequência investigará os sujeitos que compõem o polo das empresas contratantes, a saber, a empresa-prestadora e a empresa-tomadora de serviço.

Antes de seguir com a análise das empresas contraentes, convém ressaltar a distinção entre empresa prestadora e empresa interposta. Para Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante (2004, p. 410), a “figura da empresa interposta é própria das situações nas quais se tem a fraude na contratação, justificando-se a existência do vínculo diretamente com o tomador”. Para os autores, não se pode confundir a noção de empresa prestadora de serviço com a de empresa interposta (2004, p. 410). Ambas as noções se diferenciam a partir do critério de contratação lícita e ilícita, sendo a primeira hipótese da prestadora de serviço e, a segunda, da empresa interposta.

Diferentemente do que ocorre com a caracterização de empregado, por meio da identificação dos elementos fático-jurídicos, para se caracterizar o empregador é necessário somente a existência de um contrato de prestação de serviço, cujo respectivo empregado seja pessoa física e exerça sua função com pessoalidade, subordinação, não eventualidade e onerosidade. Segundo Maurício Godinho

Delgado (2011, p. 392), verificado “os cinco elementos fático-jurídicos da relação de emprego, pesquisa-se apenas pelo sujeito jurídico que tomou os serviços empregatícios – este será, em princípio, o empregador”.

Posto a relação de emprego, através do reconhecimento do vínculo empregatício, o ordenamento jus trabalhista prevê para o empregador dois efeitos jurídicos, os quais lhe são inerentes a sua condição: a ‘despersonalização’ e a “assunção dos riscos da atividade empresarial” (DELGADO, 2011, p. 292).

Ao se tratar do elemento a respeito da ‘despersonalização’ do empregador, faz-se um contraponto com o elemento fático-jurídico da personalidade do empregado. Enquanto esse se refere à identidade indissociável do sujeito que presta o serviço, aquele diz respeito à independência do reconhecimento do vínculo empregatício quanto à identidade do empregador, podendo, inclusive, ser transferido tal vínculo a terceiros, mediante o instituto da sucessão trabalhista (DELGADO, 2011, p. 292).

Na leitura de Maurício Godinho Delgado (2011, p. 292-293), o elemento da ‘despersonalização’ do empregador contribui para a efetivação do princípio da continuidade do emprego. Se acaso não houvesse esse elemento caracterizador do empregador, o principal prejudicado seria o empregado, uma vez que o tempo trabalhado reflete diretamente na evolução salarial e nas eventuais verbas rescisórias do trabalhador, sem contar na dificuldade que o ordenamento jurídico teria para preservar o fator social do vínculo trabalhista. Com efeito, a despersonalização permite “a viabilização concreta do princípio da continuidade da relação empregatícia, impedindo que ela se rompa em função da simples substituição do titular do empreendimento empresarial [...]” (DELGADO, 2011, p. 292-293).

Para Maurício Godinho Delgado (2011, p. 392), a “despersonalização” do empregador “consiste na circunstância de autorizar a ordem trabalhista a plena modificação do sujeito passivo da relação de emprego (o empregador), sem prejuízo da preservação completa do contrato empregatício com o novo titular”. Assim, essa característica, própria do empregador, preserva a garantia do princípio da continuidade do contrato trabalhista, fornecendo mais garantias ao empregado (DELGADO, 2011, p. 392-393).

A assunção de riscos (alteridade) “consiste na circunstância de impor a ordem justrabalhista à exclusiva responsabilidade do empregador, em contraponto aos interesses obreiros oriundos do contrato pactuado, os ônus decorrentes de sua atividade empresarial ou até mesmo do contrato empregatício celebrado” (DELGADO, 2011, p. 393). Do contrário, caso o empregador compartilhasse o ônus da atividade empresária com o empregado, por conseguinte, incorreria,

além da desproporcionalidade da obrigação, em violação ao princípio de proteção ao trabalhador.

Pelo exposto acima e pela legislação hodierna, entende-se por empresa prestadora de serviço “[...] a pessoa jurídica de direito privado, legalmente constituída, de natureza comercial, a qual se destina a realizar determinado e específico serviço a outra empresa fora do âmbito das atividades-fim e normais para que se constituiu esta última (artigo 2º, Instrução Normativa MTb/GM n.º 3, de 29/8/97)”. Nesta esteira, entende-se por empresa tomadora de serviço “[...] a pessoa física ou jurídica de direito privado que celebra contrato com empresas de prestação de serviço a terceiros com a finalidade de contratar serviços (artigo 3º, Instrução n.º 3/97)”.

#### 4. DA TERCEIRIZAÇÃO BANCÁRIA

Como descrito no início desse estudo, a Teoria Crítica de Joaquín Herrera Flores não adota uma postura passiva em face da indiferença com os direitos humanos, seja do governo ou de classes sociais dominantes. Nas palavras de Grijalbo Fernandes Coutinho (2011, p. 161), a “desigualdade material entre as pessoas apenas reforça o pouco apreço de grupos e governos com a dignidade humana”.

Diante de um cenário neoliberal, de exploração da classe dominada e de rejeição aos direitos sociais, é interessante notar a denúncia de Joaquín Herrera Flores (2009, p. 52) sobre a classificação dos direitos em gerações. Segundo ele, criou-se uma separação entre os direitos, de forma a legitimar uma ideologia de evolução humana gradativa, a saber:

**a metáfora das gerações de direitos não é algo neutro, inocente, com efeitos meramente retóricos e/ou pedagógicos.** Pelo contrário, ostenta um rol constitutivo e quase ontológico dos direitos como direitos universais, pois tem muito a ver com os objetivos da UNESCO e com a teoria de Arendt de uma condição universal e eterna que se desenvolve geracionalmente, superando continuamente as fases anteriores como se já estivessem definitivamente fundamentadas e efetivadas [...] (GRIFO NOSSO).

Como identifica Grijalbo Fernandes Coutinho (2011, p. 162), a ‘ideologia-mundo’ se limita apenas a uma isonomia formal, sem, com isso, preocupar-se com as repercussões no mundo real. Esse autor adverte, ainda, para um verdadeiro *apartheid* social produzido pela sociedade neoliberal burguesa, uma vulgarização dos direitos humanos.

Esse discurso teórico, difundido pelo sistema econômico neoliberal, tem o fim de justificar uma sociedade desigual e, para isso, faz uso de teóricos reconhecidos e de grande repercussão, como Noberto Bobbio e Hannah Arendt (COUTINHO, 2011, p. 162). Em razão disso, haja vista a influência que tais autores possam exercer nas decisões jurídicas, sem ignorar o papel importante do judiciário na efetivação dos direitos trabalhistas demandados, é fundamental o enfrentamento político, uma vez que, no caso da terceirização, o executivo foi essencial para a precarização dos empregados no setor bancário (2011, p. 163), como será analisado no tópico seguinte.

#### 4.1 A ILEGITIMIDADE LEGIFERANTE DO BANCO CENTRAL

Embora a terceirização seja uma novidade dentro do mercado econômico brasileiro, que entre as hipóteses permitidas, a primeira previsão legal foi instituída no ano de 1967, por meio do Decreto-Lei. 200/1967, nos últimos anos vem ganhando rapidamente espaço dentro do contexto bancário, como se verifica pela tabela abaixo:

Serviços de Impressão	62% (2005) e 76% (2006)
Telecomunicações	68% (2005) e 68% (2006)
Help Desk	48% (2005) e 63% (2006)
Projeto de Des. Aplicativo	52% (2005) e 62% (2006)
Processamento de Dados	53% (2005) e 58% (2006)
Fábrica de Softwares	43% (2005) e 52% (2006)
BackupSite	38% (2005) e 49% (2006)
Infraestrutura de CPD	29% (2005) e 29% (2006)

(DIESE, 2010)

Esse crescimento do número de terceirizados no setor bancário é consequência da reestruturação econômica, promovida pelo neoliberalismo, como indica Nise Jinkings (2004, p. 211-212): “esses movimentos são acompanhados de medidas de reorganização produtiva que mudam as relações e condições de trabalho e significam precarização do emprego para grande contingente dos assalariados bancários”.

A reestruturação econômica do setor bancário ganhou espaço no Brasil por meio de políticas de incentivo, que iniciaram no período da Ditadura Militar, ganharam força no governo de Fernando Henrique Cardoso e se escancararam no governo de Luiz Inácio Lula da Silva (COUTINHO, 2011, p. 144-160).

O principal responsável por esse aumento da terceirização bancária foi o Banco Central, o qual ganhou espaço ao longo dos anos de (des)governo dos militares e dos governos de FHC e de Lula, como aponta Grijalbo Fernandes Coutinho

(2011, p. 144-160). Por meio da edição de normas reguladoras, o “Banco Central tem substituído o Poder Legislativo na função de trazer ao mundo jurídico normas de Direito Material do Trabalho cuidando da terceirização da mão de obra pelo sistema bancário e financeiro” (COUTINHO, 2011, p. 167).

De acordo com Grijalbo Fernandes Coutinho (2011, p. 144), o Banco Central viola a independência funcional dos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), pois na condição de autarquia federal, integrante da Administração Pública Indireta, membro do Poder Executivo, não pode editar leis. Como se isso já não fosse grave, ao se examinar as Leis de n.º 4.595/1964 e de n.º 4.728/1965, não está previsto qualquer menção à competência normativa do Banco Central, “o fato é que não se extrai, das normas transcritas, o poder regulamentador sistematicamente exercido pelo presidente do Banco Central, com maior profundidade, sem qualquer sombra de dúvida, durante as gestões de FHC e Lula” (COUTINHO, 2011, p. 144).

Para Grijalbo Fernandes Coutinho (2011, p. 169), apesar de não haver previsão expressa que conceda a competência de legislar sobre as relações trabalhistas entre os bancários e seus empregadores, a presente autarquia apela para o art. 17, da Lei de n.º 4.595/64, o qual é “sempre invocado pelo Banco Central para imiscuir-se de uma competência jamais lhe atribuída, nem mesmo na época sombria do regime militar”. *In verbis*,

Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

O artigo supracitado serviu e serve de fundamento ao Banco Central para editar a Resolução de n.º 3.110/2003, que como alfineta Grijalbo Fernandes Coutinho, seria a ‘superlei’ da terceirização bancária (COUTINHO, 2011, p. 168). Assim institui seu art. 1º:

Art. 1º Alterar e consolidar, nos termos desta resolução, **as normas que dispõem sobre a contratação**, por parte de bancos múltiplos, de bancos comerciais, da Caixa Econômica Federal, de bancos de investimento, de sociedades de crédito, financiamento e investimento, de sociedades de crédito imobiliário e de associações de poupança e empréstimo, de empresas, integrantes ou não do Sistema Financeiro Nacional, para o desempenho das funções de correspondente no País, com vistas à prestação dos seguintes serviços:

I - recepção e encaminhamento de propostas de abertura de contas de depósitos à vista, a prazo e de poupança;

- II - recebimentos e pagamentos relativos a contas de depósitos à vista, a prazo e de poupança, bem como a aplicações e resgates em fundos de investimento;
- III - recebimentos, pagamentos e outras atividades decorrentes de convênios de prestação de serviços mantidos pelo contratante na forma da regulamentação em vigor;
- IV - execução ativa ou passiva de ordens de pagamento em nome do contratante;
- V - recepção e encaminhamento de pedidos de empréstimos e de financiamentos;
- VI - análise de crédito e cadastro;
- VII - execução de serviços de cobrança;
- VIII - recepção e encaminhamento de propostas de emissão de cartões de crédito;
- IX - outros serviços de controle, inclusive processamento de dados, das operações pactuadas;
- X - outras atividades, a critério do Banco Central do Brasil (GRIFONOSSO).

É flagrante a violação da referida resolução, quando essa dispõe sobre a contratação de terceirizados, pois tal tema, por óbvio, é de natureza trabalhista (COUTINHO, 2011, p. 170). No art. 22, I, da CF/88, observa-se que a União detém a competência privativa para legislar sobre o direito do trabalho e, ainda, de caráter indelegável.

Conforme Grijalbo Fernandes Coutinho (2011, p. 171), essa prática, indevidamente adotada pelo Banco Central, configura usurpação da competência dos parlamentares federais, porém esses últimos, em face dessa irregularidade, não tem demonstrado interesse em reclamar o que é seu por direito. Isso se deve ao fato de que “as autoridades monetárias brasileiras retiram do Congresso Nacional o papel político próprio da discussão relativa ao modelo de relações de trabalho entre trabalhadores bancários e banqueiros, aqui compreendendo também os braços largos de todo o sistema financeiro”.

#### **4.2 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA**

Embora haja resistência no cenário interno, os órgãos internacionais reconhecem o caráter universal e indivisível dos direitos humanos, por meio de documentos como: o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1977, a I Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1968, a II Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1993, a Convenção Americana de

Direitos Humanos de 1978 (mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica) (COUTINHO, 2011, p. 173).

Nesse contexto de reconhecimento internacional da universalidade e da indivisibilidade dos direitos humanos, nota-se que a violação praticada pelo Banco Central não apenas ofende a Constituição Brasileira de 1988, mas colide diretamente com os valores defendidos em âmbito internacional. Assim, na defesa dos interesses dos explorados pelo sistema de terceirização, caso a tutela judicial brasileira não seja suficiente, ainda é possível socorrer-se às cortes internacionais, a fim de fazer cumprir seus direitos (COUTINHO, 2011, p. 175).

Outra violação provocada pelo fenômeno da terceirização se refere ao art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, o qual preceitua, entre os fundamentos da República, a dignidade da pessoa humana. Há quem possa, supostamente, alegar que essa previsão constitucional se insere dentro do grupo das normas de eficácia limitada de cunho programático, apropriando-se da classificação de José Afonso da Silva. Esse argumento tenta justificar um posicionamento político e jurídico indiferente ao tema. Entretanto, como lembra Grijalbo Fernandes Coutinho (2011, p. 175), não “há norma constitucional meramente programática, de conteúdo vazio, sobretudo quando se trata de Princípio Fundamental”.

Outrossim, Joaquín Herrera Flores (2010) destaca a efetivação prática da dignidade humana que “não implica fazê-lo do conceito ideal ou abstrato. A dignidade é um fim material. Um objetivo que se concretiza no acesso igualitário e geral aos bens que fazem a vida ser ‘digna’ de ser vivida”.

Diante desses abusos, a terceirização compromete tanto a aplicação dos direitos de segunda geração (positivos, ou, ainda, sociais), quanto os fundamentos basilares da nossa República Federativa, contribuindo para a precarização das relações trabalhistas (COUTINHO, 2011, p. 177).

#### **4.3 O TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO DA TERCEIRIZAÇÃO**

De modo geral, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) é responsável pela proteção das relações de trabalho. Como se sabe, o Brasil é signatário das Convenções de n.º 100 e 111, desse órgão internacional e, em razão disso, importa ressaltar que o ordenamento jurídico pátrio deve zelar pela proteção e aplicação de seus dispositivos. Nesse diapasão, aplicando-se o método indutivo, violar as disposições desses textos equivale a afrontar os próprios preceitos e princípios constitucionais.

Como se pode acompanhar, ao longo desse tópico, o fenômeno da terceirização provoca inúmeros problemas de ordem trabalhista, seja por ofender a

isonomia ou por ofender a dignidade da pessoa humana. Contudo, de acordo com Grijalbo Fernandes Coutinho (2011, p. 178), referindo-se à 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho de 2007, há que se mencionar o caráter discriminatório da terceirização.

A Organização Internacional do Trabalho editou a Convenção de n.º 111, que trata da Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação, a qual descreve em sua alínea “b” a seguinte redação:

b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser específica pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

Por ocasião desta 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, discutiu-se sobre a importância de um tratamento igual e não discriminatório (COUTINHO, 2011, p. 178). Nesta oportunidade, editou-se o Enunciado de número 16, com a seguinte redação:

#### 16. SALÁRIO.

I – SALÁRIO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. Os estreitos limites das condições para a obtenção da igualdade salarial estipulados pelo art. 461 da CLT e Súmula n. 6 do Colendo TST não esgotam as hipóteses de correção das desigualdades salariais, devendo o intérprete proceder à sua aplicação na conformidade dos arts. 5º, *caput*, e 7º, inc. xxx, da Constituição da República e das Convenções ns. 100 e 111 da OIT.

II – TERCEIRIZAÇÃO. SALÁRIO EQUITATIVO. PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO. Os empregados da empresa prestadora de serviços, em caso de terceirização lícita ou ilícita, terão direito ao mesmo salário dos empregados vinculados à empresa tomadora que exercerem função similar.

No entendimento dos responsáveis pelo referido texto (ANAMATRA, 2014), consideram-se as Normas Internacionais, relativas ao Direito do Trabalho, como direitos fundamentais. Visto que, por estarem previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, nas Convenções de n.º 100 e 111, da OIT, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, e por serem reconhecidos e ratificados pelo Brasil, a partir da inteligência do art. 5º, §3º, da CF/88, os direitos de ordem trabalhista, contemplados nesses textos, são essencialmente de natureza constitucional, inserido dentro dos princípios fundamentais.

Com base na Convenção de n.º 100 e 111, da OIT, e do Enunciado de n.º 16, da mencionada Jornada, observa-se uma preocupação para o problema da discriminação.

minação do trabalho, incentivada pelo fenômeno da terceirização. De fato, essa discriminação é uma realidade presente e que vem se intensificando no setor bancário. Nas palavras de Grijalbo Fernandes Coutinho (2011, p. 180), o “procedimento adotado pelos bancos importa em absoluta discriminação contra os trabalhadores terceirizados, desafiando a imperatividade de normas internacionais sobre direitos humanos adotadas pelo OIT”.

#### 4.4 O DESAFIO DO SINDICATO BANCÁRIO

Nesse cenário desafiador imposto pelo fenômeno da terceirização bancária, cumpre papel importante às entidades sindicais, na representação e na defesa de direitos dos prestadores de serviço. Esse desafio se refere, em síntese, à identificação funcional dos prestadores de serviço diverso dos bancários. De acordo com Grijalbo Fernandes Coutinho (2011, p. 184), os trabalhadores terceirizados “tem identidade, ao menos quanto aos requisitos justificadores do enquadramento sindical, com os empregados e trabalhadores do ramo econômico em que desempenha as suas tarefas”.

O sindicato bancário exerce sua função com eficiência quando reivindica condições favoráveis aos seus sindicalizados, de forma a diminuir as desigualdades impostas pelo empregador. Segundo Plá Rodrigues (1993, p. 25), “as desigualdades somente se corrigem com desigualdades de sentido oposto. Durante certo tempo, conseguiu-se a desigualdade compensatória porque o Estado colocou a favor do trabalhador o peso da lei. Surgiu assim a legislação do trabalho”.

As entidades representativas das categorias profissionais devem lembrar que, entre os princípios norteadores do Direito do Trabalho, destaca-se o da proteção ao trabalhador, previsto no art. 468, da CLT. Por meio desse princípio, tenta-se oferecer ao trabalhador uma predileção na justiça do trabalho, de forma a garantir, haja vista sua condição hipossuficiente, maior equilíbrio de forças em relação ao empregador.

No entanto, com base no caráter protetivo do trabalhador, há tentativas, originárias do movimento terceirizante, com o fim de descaracterizar o empregado terceirizado, “os desvinculando, portanto, da base, sociológica e jurídica, que dá sentido à existência de modelo sindical pautador pelo atributo de categoria profissional” (COUTINHO, 2011, p. 185).

Tendo como base esta tendência de fragmentar a categoria profissional dos bancários e, por conseguinte, fragilizar os movimentos reivindicatórios, espera-se que as entidades sindicais assumam a defesa de um enquadramento sindical

“a partir da atividade preponderantemente exercida pelo segmento econômico em que o empregado trabalha [...]” (COUTINHO, 2011, p. 185).

## 5. DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL MAJORITÁRIO

Por derradeiro, é importante trazer à baila nesse estudo as repercussões jurídicas sobre a terceirização. Inicialmente, de modo geral, elencamos algumas jurisprudências pertinentes ao tema da terceirização, servindo-nos para isso do trabalho efetuado por Maurício Sanchotene de Aguiar (2012, p. 4-8), sob o título “Terceirização: alguns aspectos jurídicos”. Em seguida, finalizaremos com alguns acórdãos relacionados com a terceirização bancária.

Segundo Pedro Alcântara Kalume (1994, p. 284 e 285), “somente podem ser contratados para serviços habituais [...] empregados de outras empresas ou mesmo estas quando alguma lei permitir”. Continua o autor, “qualquer pessoa física que preste, habitualmente, serviços subordinados a outra pessoa, física ou jurídica, é empregada desta e não do terceiro interveniente”.

Assim, se no caso concreto se verificar o elemento-jurídico da subordinação com o tomador de serviço, deve-se reconhecer o vínculo empregatício, conforme explica Pedro Alcântara Kalume (1994, p. 287), pois “se foram ou ainda são contratados para a realização de determinado serviço na condição de empregados, não se poderá entender que, logo depois, percam esta condição e passem a realizar o mesmo serviço, na mesma empresa”. Nesse sentido, complementa, “porém, sob diversa categoria, simulada em outra ‘empresa’, ou em empregados desta e não daquela que, até então, estava recebendo seus serviços”.

**RELAÇÃO DE EMPREGO – CONSTITUIÇÃO DE EMPRESA “DE FACHADA” PARA MASCARAR A RELAÇÃO DE EMPREGO.** [...] Necessitando para o desenvolvimento de suas atividades de vendedores, a reclamada, embora já os tivesse admitido a seus serviços, os orientou ou deles exigiu a constituição de firma, para que em nome dessa continuassem a prestar-lhe os serviços de vendas. Essa providência ou transformação de empregados em sócios de uma sociedade para, sem qualquer alteração no “*modus faciendi*”, continuar a prestação de serviço, é que se constitui na ilegalidade ou fraude que, com perspicácia, foi apanhada em 1º grau. TRT 9ª Reg. RO 2593 – Ac. 3ª T. 4708/91, *unânime*, 19.06.91, Rel. Juiz Euclides Alcides Rocha.

Outro aspecto da relação empregatícia, a ser tutelado pelo judiciário, diz respeito à inexistência do fator temporário da prestação de serviço, que para Alice Monteiro de Barros (1992, p. 12), “a prestação de serviços por tempo indefinida, em trabalho vinculado ao desenvolvimento da atividade normal a que se

destina a tomadora, não se justifica; nesse caso, o trabalho deverá ser obtido pela via comum, que é o contrato de emprego. Isso se explica, porquanto não se pode admitir o simples alugues de mão de obra”. De acordo com esse pensamento, Ives Gandra da Silva Martins Filho (1993, p. 128) completa,

[...] se na prestação do serviço, o componente primordial é a mão-de-obra e não o equipamento [...], e essa mão-de-obra é utilizada quase que exclusivamente pela mesma empresa tomadora de serviço, por vários anos, o que se verifica não é uma verdadeira prestação de serviços, mas o fornecimento de mão-de-obra mais barata.

De relatoria do Ministro Giacomini, reconhece-se o vínculo empregatício em face de locação permanente por parte do tomador de serviço, assim, vejamos:

**ATIVIDADE DE LIMPEZA PARA BANCO ATRAVÉS DE FIRMA PRESTADORA DE SERVIÇO.** Vínculo de emprego que se forma diretamente com o tomador de serviços. [...] Trabalhando a reclamante em atividades de limpeza e prestando serviço exclusivamente ao Banco, este é seu real empregador. A locação permanente de mão-de-obra é vedada por lei. TST. RR 16.530/90.1 – Ac. 1ª T. 2440/91, *unânime*, 05.08.91, Rel. Min. Giacomini.

Embora supramencionado anteriormente, no tópico sobre a regulação jurídica, o Poder Judiciário, especificamente o Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, a fim de oferecer uma direção para o tema da terceirização, editou a Súmula de n.º 256. De acordo com Maurício Sanchotene de Aguiar (2012, p.4), o “Enunciado de n.º 256 tem a finalidade, portanto, de impedir a contratação através de pessoa intermediária, situação em que formalmente o trabalhador estaria sob a responsabilidade da empresa intermediária”. Completa ainda, “mas se considerando configurada materialmente a relação de emprego com a empresa tomadora, a grande beneficiada pelo trabalho realizado”.

**VÍNCULO DE EMPREGO - EMPRESA LOCADORA DE MÃO-DE-OBRA** À exceção dos contratos de trabalho temporário e de vigilância, amparados por lei, não se há de aprovar a interposição de empresa locadora de mão-de-obra entre o patrão e o empregado, devendo o vínculo ser reconhecido entre estes, desde o início da prestação laboral, por força de ser nulo o pacto com a locadora (art. 9º, da CLT). Aplicável à espécie o Enunciado n.º 256 do TST. [...] Somente tenho admitido interpostos empresas entre o prestador e o tomador dos serviços, nas hipóteses, nas hipóteses permitidas pela Lei n.º 6.019/74 (trabalho temporário), e Lei número 7.102/83 (serviços de vigilância). Fora desses parâmetros não posso concordar com a atividade de firmas que não assumem qualquer risco empresarial próprio do universo produtivo, limitando-se a agen-

ciar trabalhadores para alugá-los a terceiros, que os lotam em seus serviços permanentes, desviando-se dos encargos legais de empregadores. TRT 7ª Reg. REX-OFF-RV 1167/89 – Ac. 757/90, unânime, 25.06.90, Rel. Juiz Antônio Ferreira Lopes.

Diferentemente do objetivo pretendido pelo Enunciado de n.º 256, TST, Octavio Bueno Magano (1996, p. 273) entende que, referente a essa súmula, “nega o princípio da licitude do não-proibido e faz apologia do seu contrário, ou seja, da regra de só é lícito o expressamente previsto em lei”, assim, “ninguém pode ser constrangido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Acerca disso, Amauri Mascaro Nascimento (1996, p. 319) acusa que nem o Tribunal Superior do Trabalho adotou o disposto nessa súmula, ao descrever que “o critério taxativo que procurou estabelecer não foi seguido nem mesmo pelo TST, que passou a admitir a terceirização em outras atividades e a coibi-la apenas nos casos em que ficasse manifestada a fraude na contratação”, sendo que tal contratação “forma sem correspondência com a realidade e com o objetivo deliberado de impedir ou frustrar a formação de vínculo de emprego”.

**Contrato de Prestação de Serviços – Legalidade.** Existindo legalmente empresas prestadoras de serviços, é ilegal que lhes negue a qualificação de empregadores, salvo as hipóteses de fraude. A enumeração contida no Enunciado 256 da Súmula desta Colenda Corte há que se considerada de forma exemplificativa, não taxativa, comportando, assim, o reconhecimento da legalidade do vínculo formado entre o empregado e o prestador de serviços em hipóteses outras que não as expressamente elencadas no verbete sumulado. TST. RR 226/89.3 – Ac. 1ª T. 2.608/89.

Ainda sobre a restrição do Enunciado de n.º 256, contra a licitude do não-proibido, Arnaldo Sússekind (1987, p. 283-284) descreve que “cabará verificar-se, em cada caso, se os empregados da firma contratada trabalham, de fato, subordinados ao poder de comando da referida empresa”. O autor continua: “caso afirmativo, haverá nítida simulação em fraude à lei trabalhista (9º da CLT), configura-se o contrato-realidade de trabalho entre a empresa contratante e os trabalhadores formalmente vinculados à firma contratada (art. 422, combinado com os arts. 2º e 3º da CLT)”.

Nesse contexto, Arnaldo Sússekind (1987, p. 283-284): “[...] o *marchandage* nada tem a haver com os contratos de prestação de serviços e de empreitada de obras legitimamente celebrados e executados em conformidade com as normas que os regem”. E o autor conclui:

[...] não se pode sequer admitir que um tribunal do porte do TST tenha pretendido proibir a utilização de tais contratos previstos no Código Civil, quando o objeto foi compatível com esses instrumentos e os respec-

tivos serviços forem executados pela firma contratada, com seus próprios empregados, trabalhando sob seu poder de comando e assumindo ela o risco do empreendimento.

Relatoria do Ministro Heráclito Pena Junior, têm-se o presente julgado:

As empresas denominadas prestadoras de serviços que não confundem com as fornecedoras de trabalho temporário (Lei n.º 6.109/74), desenvolvem atividades ilícitas, já que inexistente no ordenamento jurídico nacional óbice legal ao respectivo fundamento (Constituição Federal, art. 153, § 2º)... Não obstante a finalidade destas empresas constituir a prestação de serviços a terceiros, são elas que contratam, assalariam e dirigem o trabalho realizado por seus empregados, além de assumir os riscos ínsitos à atividade econômica desenvolvida. Dentro deste contexto, depreende-se que o vínculo de emprego entre as prestadoras e seus empregados não comunica com a tomadora dos serviços, que tão somente realiza contrato de natureza civil com a prestadora, nos parâmetros legais. TRT 12ª Reg. RO 2.922/85 – Ac. 1ª T., 22.09.86, Rel. Juiz Heráclito Pena Jr.

Em resposta aos contratamentos provocados pela Súmula de n.º 256, o Egrégio Tribunal Superior do Trabalho editou o Enunciado de n.º 331, o qual inovou com as hipóteses de “atividade-meio” e “atividade-fim” (inciso IV). Em relação a isso, Amauri Mascaro Nascimento (1996, p. 320) entende que “a regra passou a ser não mais a proibição, com exceções, mas, ao contrário, a autorização geral, desde que preenchido um requisito, a finalidade da atividade terceirizada, qualquer que fosse a sua natureza, e não mais a natureza da mesma”.

Ao contrário do que se tem apregoadado, o Em. 331-TST não abriu a possibilidade de “terceirização” de mão-de-obra. Apenas explicitou, com objetividade, as exceções estabelecidas na lei e para as atividades de limpeza, conservação e de natureza técnica, vinculadas à atividade-meio, onde permitida a contratação da prestação de serviço junto a terceiros, deixando clara a necessidade de tais serviços estarem totalmente desvinculados do comando direto do tomadora. Contrário sensu, sempre que contratados terceiros para a execução de serviços vinculados à atividade-fim, o entendimento é de afronta à lei (verbete I do EN.331). TRT 4ª Reg. RO 94.019924-6 – Ac. Turma Especial, maioria, 30.05.96, Rel. Juíza Carmen Camino.

Wilson Ramos Filho (1994, p. 120-121) alega que os critérios para a definição de “atividade-meio” e de “atividade-fim” são subjetivos e, por assim serem, estaria sujeita a influência ideológica do julgador, de modo que o direito do trabalho careceria do fator humanitário, restringindo-se apenas a produção de provas sobre o fato alegado.

Ainda sobre a Súmula de n.º 331, inciso IV, do TST, é importante ressaltar a responsabilidade subsidiária do tomador de serviço. Segundo Amador Paes de Almeida (1992, p. 18), caso não houvesse idoneidade da prestadora de serviço, aplicar-se-ia a regra do art. 455, da CLT, reconhecendo-se, com isso, a responsabilidade solidária da empresa tomadora.

A culpa *in elegendo* por parte da tomadora de serviço em virtude de inidoneidade da prestadora de serviços implica em responsabilidade subsidiária daquele em relação aos direitos trabalhistas dos empregados desta, e não em responsabilidade solidária.

Na forma do Enunciado 331, IV, há fundamento jurídico para reconhecer-se a responsabilidade subsidiária da recorrente. Esta se funda na culpa *in elegendo* do tomador dos serviços, ao contratar uma empresa de prestação de serviços inidônea econômica e financeiramente. E esta inidoneidade é presumida não só diante do inadimplemento das obrigações trabalhistas, como também por não ter ela, a prestadora de serviços, se defendido na ação. Assim, se em face de execução a prestadora de serviços não pagar o débito e nem teve bens suficientes para garantir a execução, então esta poder-se-á voltar contra a recorrente em virtude de sua responsabilidade subsidiária. TST. RR 53.073/92.6 – Ac. 2ª T, *unânime*, 11.11.94, Rel. Min. Vantuli Abdala.

Nessa esteira, de acordo com Amauri Mascaro Nascimento (1993, p. 25), se a empresa prestadora de serviço não tiver meios suficientes para saldar seus débitos trabalhistas com o empregado, responde a empresa tomadora, uma vez que vigora o princípio da proteção do trabalhador.

### 5.1 RECONHECIMENTO JURISPRUDENCIAL DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO BANCÁRIO

De relatoria de Aloysio Corrêa da Veiga, em Acórdão, a Colenda 6ª Turma, do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, reconheceu o vínculo de emprego com a tomadora de serviço, no caso, a entidade bancária:

**AGRAVO DE INSTRUMENTO . TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATIVIDADE BANCÁRIA. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO DIRETAMENTE COM O BANCO RECLAMADO. DESPROVIMENTO.** Diante da incidência da Súmula 333 do TST, do que dispõe o art. 896, § 4º, da CLT e da consonância da v. decisão regional com a Súmula 331, I, do TST, não há como admitir o recurso de revista. Agravo de instrumento desprovido. TST - AIRR: 601001320135130022, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 24/09/2014, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/09/2014.

Em outro Acórdão, relatoria de Kátia Magalhães Arruda, a Colenda 6ª Turma, do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, reconheceu o vínculo de emprego com a tomadora de serviço, através da declaração de terceirização ilícita, em razão da prestação de serviço ligada à atividade-fim da entidade bancária:

**AGRAVO DE INSTRUMENTO DA CONTAX S.A. RECURSO DE REVISTA. NÃO PROVIMENTO. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATIVIDADE BANCÁRIA. ATIVIDADE-FIM. APLICAÇÃO DAS NORMAS COLETIVAS FIRMADAS PELO TOMADOR DE SERVIÇOS. NÃO PROVIMENTO.** Nega-se provimento a agravo de instrumento pelo qual o recorrente não consegue infirmar os fundamentos do despacho denegatório do recurso de revista. **AGRAVO DE INSTRUMENTO DO ITAÚ UNIBANCO S.A. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATIVIDADE BANCÁRIA. ATIVIDADE-FIM. APLICAÇÃO DAS NORMAS COLETIVAS FIRMADAS PELO TOMADOR DE SERVIÇOS. INTERVALO INTRAJORNADA. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. IMPOSTO DE RENDA. BASE DE CÁLCULO. NÃO PROVIMENTO.** Nega-se provimento a agravo de instrumento pelo qual o recorrente não consegue infirmar os fundamentos do despacho denegatório do recurso de revista. TST - AIRR: 7461320125050023, Relator: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 26/03/2014, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/03/2014.

Observe-se também o Acórdão relatado pela Des. Maria M. de Lima, a Colenda 3ª Turma, do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, reconheceu o ramo de cartões de créditos como atividade-fim das entidades bancárias:

**TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA. ATIVIDADE BANCÁRIA.** É de conhecimento comum que, frequentemente, os cartões de crédito atuais possuem funções múltiplas, servindo como instrumento para obtenção de crédito e como veículo para o débito direto na conta-corrente do usuário, atividade essencialmente bancária. Assim, não há como excluir o ramo de cartões de crédito dessa atividade econômica. Diante disso, é imperativo reconhecer a ilicitude da terceirização, declarando-se o vínculo empregatício do reclamante diretamente com a instituição bancária, nos limites e parâmetros fixados pelos artigos 2º, 3º e 9º, da CLT. TRT 3ª Reg - RO: 01647201300503007 0001647-55.2013.5.03.0005. Relator(a): Taisa Maria M. de Lima. Data de Julgamento: 16/05/2014, 3ª Turma. Data de Publicação: DEJT/TRT3 19/05/2014.

Como se verifica pelas jurisprudências acima descritas, existe uma tendência majoritária pelo reconhecimento do vínculo de emprego entre os empregados que prestam funções ligadas às atividades-fim das empresas e as tomadoras de serviço.

## CONCLUSÃO

Considerando a universalização e a indivisibilidade dos direitos humanos, apontada pela Teoria Crítica de Joaquín Herrera Flores, e o projeto de reestruturação da economia capitalista, centrada no corte de custos (modelo toyotista), conclui-se que a política econômica disseminada pelo neoliberalismo, a fim de proteger seus interesses hegemônicos e de dominação, é responsável pela fragmentação dos direitos humanos. Esta fragmentação afasta os direitos sociais da plataforma de direitos humanos, criando uma dicotomia entre esses e os direitos civis e políticos, e, em razão disso, cria embaraços a promoção integral da dignidade da pessoa humana, uma vez que, sem os meios necessários, como a proteção ao trabalho, é impossível ter uma vida digna.

A partir dos aspectos históricos, a regulação jurídica-legal, as hipóteses de terceirização lícita e ilícita, que definem os empregados terceirizados, e a caracterização e os efeitos jurídicos universais do modelo tradicional de empregador, os artigos 2º e 3º, da CLT, o artigo 3º, da IN de n.º 3/97, a empresa interposta e a contratação irregular, que define o conceito de empresa interposta e de empresa tomadora de serviço, reconhece-se que, em havendo contratação irregular pela empresa tomadora de serviço (terceirização ilícita), para todos os efeitos jurídicos, ocorre vínculo de emprego entre os empregados terceirizados e a empresa tomadora de serviço. Conclui-se, ainda, que a contratação irregular ocorre, além dos casos vedados expressamente pela legislação pertinente, quando o empregado terceirizado exerce a atividade fim da empresa tomadora de serviço.

Tendo em vista a ilegitimidade legiferante do Banco Central, a importância da Corte Interamericana de Direitos Humanos na defesa do princípio da dignidade humana, o tratamento discriminatório da terceirização e o desafio da entidade sindical bancária, nota-se que, a precarização das condições de trabalho no setor bancário se deve às práticas irregulares promovidas pelo Banco Central, devendo ser, tais violações, combatidas, seja no âmbito político quanto no judiciário. Observa-se, ainda, que, acerca do embate jurídico em defesa dos interesses dos empregados bancários, cumpre papel importante à Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos casos de omissão do Estado.

A respeito do entendimento jurisprudencial majoritário sobre a terceirização geral e, especificamente, a terceirização bancária, verifica-se que, embora haja uma tendência crescente em beneficiar as entidades detentoras do poder econômico, a jurisprudência, na maioria, adota o reconhecimento do vínculo trabalhista dos empregados terceirizados com as empresas tomadoras de serviços, aplicando-se o princípio da proteção ao trabalhador e o princípio da primazia da realidade sobre à norma.

Por derradeiro, uma vez que os direitos humanos são universais e indivisíveis, estando contemplados nesta plataforma de direitos, os direitos sociais, e que a prestação de serviço ligada à atividade-fim gera vínculo com a tomadora de serviço, que a precarização das relações trabalhistas são provocadas pela terceirização do setor bancário e que o reconhecimento jurisprudencial majoritário reconhece o vínculo trabalhista com os bancos, conclui-se que a terceirização bancária é uma violação dos direitos humanos.

## REFERÊNCIAS

- 1ª JORNADA DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO. *Enunciado de n.º 16*. Brasília – DF: Anamatra e Enamat. Disponível em: [www.anamatra.org.br](http://www.anamatra.org.br). Acesso em: 10.10.2014.
- AGUIAR, Maurício Sanchotene de. *Terceirização: alguns aspectos jurídicos*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/terceiriza%C3%A7%C3%A3o-alguns-aspectos-jur%C3%AD-dicos>. Acesso em: 22.9.2014.
- ALMEIDA, Amador Paes de. A Terceirização do Direito do Trabalho: limites legais e fraude à lei. *Revista de Direito do Trabalhador*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo (SP) N.º 80: 15-18, dezembro de 1992.
- ANAMATRA, 2014. Disponível em: [www.anamatra.org.br](http://www.anamatra.org.br) Acesso em: 10.10.2014.
- ANO INTERNACIONAL DAS COOPERATIVAS. Disponível em: [http://www.peaunesco-sp.com.br/ano\\_inter/ano\\_cooperativa/ano\\_internacional\\_das\\_cooperativas.pdf](http://www.peaunesco-sp.com.br/ano_inter/ano_cooperativa/ano_internacional_das_cooperativas.pdf). Acesso em: 02/10/2014.
- BARROS, Aline Monteiro de. A Terceirização e a Jurisprudência. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, N.º 80: 3-15, dezembro de 1992.
- CÂMARA, Cristina. *A pluralidade dos direitos humanos*. Disponível em: [www.acicate.com.br/portas/intro1.pdf](http://www.acicate.com.br/portas/intro1.pdf). Acesso em: 14.1.2008.
- COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *O direito do trabalho flexibilizado por FHC e Lula*. São Paulo: LTr, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Terceirização Bancária no Brasil: direitos humanos violados pelo Banco Central*. São Paulo: LTr, 2011.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2011.
- DIEESE. *Processo de Terceirização e seus efeitos sobre os trabalhadores no Brasil – Setor Financeiro – Os Bancos – Sistema Financeiro Nacional*. Disponível em: <http://www.dieese.org.br>. Acesso em: 28.3.2010.
- FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Bouteux, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Descubriendo al depredador patriarcal*. La cólera de Virginia Woolf y la rebeldia de Gloria Anzaldúa: identificando las overlapping opressions. Disponível em: <http://aulavirtual.upo.es:8900/webct/urw/lc102116011.tp0/cobaltMainFrame.dowebct> Acesso em: 26.2.2010.
- \_\_\_\_\_. *La complejidad de los derechos humanos*. Bases teóricas para uns definición crítica. Disponível em: <http://aulavirtual.upo.es:8900/webct/urw/lc102116011.tp0/cobaltMainFrame.dowebct>. Acesso em: 15.2.2010.
- \_\_\_\_\_. *Teoria crítica dos direitos humanos – os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- JINKINGS, Nise. As formas contemporâneas da exploração do trabalho nos bancos. In: ANTUNES,

- Ricardo; SILVA, Maria A. Moraes (orgs.). *O avesso ao trabalho*. São Paulo: Expressão Popular, 2004.
- JORGE NETO, Francisco F. *Manual de Direito do Trabalho*. Tomo I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2004.
- KALUME, Pedro de Alcântara. Terceirização. *Revista LTr*, São Paulo, vol. 58, n.º 3, março de 1994.
- MAGANO, Octavio Bueno. *Política do Trabalho*. São Paulo: LTr Editora, 1992.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Terceirização Legal e Ilegal. *Revista Síntese Trabalhista*, Porto Alegre (RS), 54: p.127-129, dezembro de 1993.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.
- \_\_\_\_\_. Subcontratação ou Terceirização. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, n.º 83, setembro de 1993.
- NASSIF, Elaine Noronha. *Processo coletivo do trabalho*. Belo Horizonte: Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2008.
- PIOVESAN, Flávia. *Internacionalização dos direitos humanos e a humanização do direito internacional*. Disponível em: <<http://aulavirtual.upo.es:8900/webct/urw/lc102116011.tp0/cobaltMainFrame.dowebct>>. Acesso em: 15.2.2010.
- RAMOS FILHO, Wilson. O Enunciado N.º 331 do TST: Terceirização e a Delinquência Patronal. *Revista Síntese Trabalhista*, São Paulo, n.º 58, abril de 1994.
- RIBAS, Luciano do Monte. *Possibilidades e limites dos direitos humanos e um mundo globalizado*. Disponível em: <[www.angelfire.com/sk/holgonsi/luciano.html](http://www.angelfire.com/sk/holgonsi/luciano.html)>. Acesso em: 14.4.2008.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípio de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1993.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *De las ausências y de las emergências al trabajo de traducción*. Texto extraído de El milênio huérfano. Capítulo IV – Tradução de Joaquín Herrera Flores. Disponível em: <<http://aulavirtual.upo.es:8900/webct/urw/urw/lc102116011.tp0/cobaltMainFrame.dowebct>>. Acesso em: 25.2.2010.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. O Enunciado N.º 256: mão-de-obra contratada e empresas de prestação de serviços. *Revista LTr*, São Paulo, vol. 51, n.º 3: p.276-285, março de 1987.



## LINHA EDITORIAL

### FOCO E ESCOPO

Destinada à difusão do conhecimento científico e ao fortalecimento e aprofundamento dos vínculos entre acadêmicos, docentes e pesquisadores, a *Revista Direito UFMS* estará permanentemente aberta ao recebimento de trabalhos científicos com as mais diversas abordagens teóricas, práticas e metodológicas, inclusive interdisciplinares, que se enquadram no eixo temático *Direitos Humanos e Fundamentais*. Nesse sentido, o periódico científico aceitará contribuições que identificam tais direitos e a maneira pela qual se materializam, que enfrentam as noções de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania, democracia e justiça social, bem como tecem análises sobre os mais diversos mecanismos jurídicos, sociais e políticos de garantia desses direitos nos planos interno e internacional.

### SUBMISSÃO

Os trabalhos serão recebidos em fluxo contínuo e deverão ser encaminhados pelo endereço eletrônico <http://seer.ufms.br/index.php/revdir>.

### FORMATÇÃO

Os **artigos científicos**, sem a identificação do (s) autor (es), obedecerão às normas da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas) e deverão possuir os seguintes requisitos: a) Título em português e inglês: centralizado na página, letra maiúscula (caixa alta), negrito; b) Resumo de até 500 palavras em português e inglês: espaço simples, fonte 12, justificado; c) 03 (três) a 05 (cinco) palavras-chave em português e inglês, separadas por ponto e vírgula; d) Sumário (Introdução, desenvolvimento, conclusão e referências), com elementos numerados em algarismos arábicos, com exceção da introdução, conclusão e referências,

que não devem vir numeradas; e) Número de laudas: 15 a 25 páginas; f) Os artigos devem ser digitados em: - Editor de texto: Microsoft Word - Formato: A4 (21,0 x 29,7 cm), posição vertical - Fonte: Times New Roman - Tamanho: 12 - Alinhamento: Justificado, sem separação de sílabas - Espaçamento entre linhas: 1,5 cm - Parágrafo: 1,25 cm - Margens: Superior e esquerda -3 cm; Inferior e direita -2 cm; g) As referências às obras citadas devem seguir o sistema de referência numérica em nota de rodapé em fonte tamanho 10. h) As transcrições com até 03 (três) linhas, no corpo do artigo, devem ser encerradas entre aspas duplas. Transcrições com mais de 03 (três) linhas devem ser destacadas com recuo de 4 cm da margem esquerda, com fonte 11 e sem aspas; i) Ao final do texto, nas Referências deverão constar, exclusivamente, as obras citadas no artigo, uniformizadas, seguindo as normas vigentes da ABNT. As **resenhas críticas**, sem identificação do (s) autor (es) devem conter: a) Entre 02 a 10 laudas; b) Título e subtítulo (= artigo); c) As resenhas devem ser digitadas em: - Editor de texto: Microsoft Word - Formato: A4 (21,0 x 29,7 cm), posição vertical - Fonte: Times New Roman - Tamanho: 12 - Alinhamento: Justificado, sem separação de sílabas - Espaçamento entre linhas: 1,5 cm - Parágrafo: 1,25 cm - Margens: Superior e esquerda -3 cm; Inferior e direita -2 cm; d) A referência bibliográfica do material resenhado deverá ser apresentada antes do texto da resenha; e) O corpo do texto deverá ser iniciado três linhas abaixo da referência bibliográfica do material resenhado; f) Os demais textos citados na resenha deverão aparecer em referência completa ao final da mesma e devem atender aos padrões da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas).

### AVALIAÇÃO

Todos os trabalhos submetidos serão avaliados, em primeiro lugar, pelo editor, que examinará a adequação do trabalho à linha editorial da revista, aspectos formais e metodológicos elementares, entre outros, considerando, ainda, o espaço disponível para publicação. Após essa etapa, o texto será enviado a, no mínimo, dois pareceristas, pelo sistema *double blind peer review*, que garante a privacidade do (s) autor (es) e avaliadores, para que sejam analisados a sua forma e conteúdo, de acordo com os critérios previamente estabelecidos pelo Conselho Científico, e emitido o parecer a ser disponibilizado ao (s) autor (es) do trabalho. Importa destacar que os avaliadores da *Revista Direito UFMS* são douto-

res e docentes de diversas instituições e regiões do Brasil e exterior. Nesse sentido, no processo de avaliação, os comentários e sugestões serão enviados aos autores com vistas ao aprimoramento contínuo dos trabalhos acadêmicos e à adequação aos padrões exigidos pela revista.

### DIREITOS AUTORAIS

Os trabalhos submetidos à publicação na *Revista Direito UFMS* devem ser inéditos e não devem estar sendo considerados em outro periódico. Os direitos autorais dos artigos e resenhas aceitas são cedidos à revista, que se reserva o direito de efetuar alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão e estilo da revista.