

REVISTA

# DireitoUFMS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito

## Direitos Humanos e Fundamentais

ANO DE 2016 - PUBLICAÇÃO SEMESTRAL ELETRÔNICA





FUNDAÇÃO  
UNIVERSIDADE  
FEDERAL DE  
MATO GROSSO DO SUL

#### Reitor

Marcelo Augusto Santo Turine

#### Vice-Reitor

Camila Celeste Brandão Ferreira Ítavo

#### Pró-Reitor de Ensino e Graduação

Ruy Alberto Caetano Filho

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

Nalvo Franco de Almeida Júnior

#### Diretora da Faculdade de Direito

Ynes da Silva Félix

#### Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito

Lívia Gaigher Bósio Campello

#### Coordenadora do Curso de Graduação em Direito

Luciane Gregio Soares Linjardi

## REVISTA **DireitoUFMS**

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

#### EDITORIAL DA REVISTA DIREITO UFMS

**Prof.ª Dr.ª Lívia 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

<b>EDITORIAL</b>	<b>5</b>
Lívia Gaigher Bósio Campello e Luciani Coimbra de Carvalho	
<b>EDUCAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE: UMA RELEITURA DA TEORIA DE AMARTYA SEN COMO FUNDAMENTO DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO DISCURSO DO ÓDIO NAS MANIFESTAÇÕES POPULARES EM VIAS E LOGRADOUROS PÚBLICOS</b>	<b>7</b>
Dayse Braga Martins Gina Vidal Marcílio Pompeu	
<b>¿CÓMO ABORDAR LA CORRUPCIÓN? UNA VIA PARA SU SOLUCION A TRAVES DE LA ÉTICA PÚBLICA</b>	<b>25</b>
Oscar Diego Bautista	
<b>OS DELINEAMENTOS DE UMA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988</b>	<b>39</b>
Juliana Giovanetti Pereira da Silva Lais Giovanetti	
<b>SÚMULA N. 443 DO TST: UMA NOVA ESTABILIDADE?</b>	<b>57</b>
Lúcia Souza d’Aquino Guilherme Antônio Balczarek Mucelin	

<b>A PROGRESSIVIDADE NA EXECUÇÃO DA PENA DO SENTENCIADO ESTRANGEIRO PASSÍVEL DE EXPULSÃO</b>	<b>79</b>
Rui Leonardo Alonso Calado Cesar Augusto S. da Silva	
<b>A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: ASPECTOS DESTACADOS ACERCA DA RATIFICAÇÃO DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS PELO BRASIL</b>	<b>101</b>
Thalyta dos Santos	
<b>O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E SABERES TRADICIONAIS: DIGRESSÕES DESDE A PLURINACIONALIDADE PARA NOVAS PERSPECTIVAS DE SALVAGUARDA DOS DIREITOS HUMANOS INTERGERACIONAIS</b>	<b>121</b>
Giane da Silva Ritter Evilhane Jum Martins Isabel Christine De Gregori	
<b>A CONFORMAÇÃO IDENTITÁRIA DE UM CONSTITUCIONALISMO REGIONAL NA AMÉRICA LATINA</b>	<b>139</b>
Caio César Bueno Schinemann	
<b>MECANISMOS DE RETIRADA FORÇADA DO ESTRANGEIRO DO TERRITÓRIO NACIONAL: A FAMÍLIA COMO CAUSA IMPEDITIVA DA EXPULSÃO</b>	<b>153</b>
Leonardo Chaves de Carvalho Ana Paula Martins Amaral	
<b>TRIBUTAÇÃO E IGUALDADE DE GÊNERO: UM OLHAR SOBRE DIREITOS HUMANOS</b>	<b>173</b>
Fabio Pugliesi Micheline Ramos de Oliveira Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza	
<b>RESENHA</b>	<b>185</b>
Artur Flamínio da Silva	
<b>LINHA EDITORIAL</b>	<b>189</b>

**EDITORIAL**

Neste volume, a *Revista Direito UFMS* traz artigos de doutores (as), doutorandos (as), mestres (as) e graduandos (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 do ilustre estrangeiro convidado, professor Oscar Diego Bautista, pesquisador vinculado à *Universidad Autónoma del Estado de México* (UAEM) e as queridas professoras Gina Vidal Marcílio Pompeu e Dayse Braga Martins, pesquisadoras vinculadas à Universidade de Fortaleza – Unifor.

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 são registrados no sistema *Digital Object Identifier* – DOI. Igualmente, informamos que a Revista Direito UFMS está indexada no Latindex, Sumários.org, Oaji.net, Drji, Diadorim, Google Scholar, Redib, Worldcat, Ulrichs Web, Livre, Base e Sherpa/Romeo.

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 e resenhas, em particular, aos assistentes editoriais que gentilmente contribuíram para a realização deste volume, Angela Jank Calixto e Flávio Garcia Cabral.

Desejamos uma proveitosa leitura!

Campo Grande, verão de 2016.

*Lívia Gaigher Bósio Campello  
e Luciani Coimbra de Carvalho*

Coordenação editorial da *Revista Direito UFMS*

**EDUCAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO COMO  
LIBERDADE: UMA RELEITURA DA TEORIA DE AMARTYA  
SEN COMO FUNDAMENTO DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE  
DO DISCURSO DO ÓDIO NAS MANIFESTAÇÕES POPULARES  
EM VIAS E LOGRADOUROS PÚBLICOS**

***EDUCACIÓN PARA EL DESARROLLO COMO LIBERTAD:  
UNA RELECTURA DE LA TEORÍA DE AMARTYA SEN COMO  
FUNDAMENTO DE LA (IN)CONSTITUCIONALIDAD DEL  
DISCURSO DEL ODIO EN EVENTOS POPULARES EN LAS VÍAS  
PÚBLICAS Y PARQUES PÚBLICOS***

Dayse Braga Martins

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza, doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza, professora do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza.

Gina Vidal Marcílio Pompeu

Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará. Coordenadora e professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Mestrado e Doutorado da Universidade de Fortaleza. Coordenadora do Centro de Estudos Latino-Americanos – CELA, da Universidade de Fortaleza.

**Autoras Convidadas**

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v2i1.2743>

**Resumo:** Objetiva-se analisar a constitucionalidade do discurso do ódio nas manifestações populares em vias e logradouros públicos para a efetivação dos direitos individuais e sociais, a partir da análise de direitos fundamentais em conflito. Esta pesquisa fundamenta-se na teoria do desenvolvimento como liberdade, de Amartya Sen, que trata a liberdade sob um espectro mais ampliado ao relacioná-la com os limites impostos pela miséria econômica e cultural. Retrata-se a liberdade em Dworkin e Rawls, relacionando-se com a tese defendida por Samantha Meyer-Pflug, da liberdade de expressão e do discurso do ódio. Para a realização deste artigo, desenvolveu-se pesquisa do tipo

bibliográfica e documental, de abordagem qualitativa com fins descritivos e exploratórios, visando investigar, explicar e analisar as teorias estudadas e os dados empíricos coletados. Conclui-se que não há como efetivar os direitos sociais sem a efetiva liberdade dos cidadãos. Liberdade que vem se manifestando por meio dos protestos de ruas. Esta é a maior expressão de democracia no contexto de um estado liberal que reclama ações sociais do governo e da sociedade. Defende-se que a liberdade de expressão dos manifestantes em vias e logradouros públicos é expressão máxima do Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Democracia; Discurso do ódio; Educação; Liberdade de expressão; Protestos Populares.

**Resumen:** El objetivo es analizar la constitucionalidad de las expresiones de odio en los eventos populares en las vías públicas y parques públicos para la realización de los derechos individuales y sociales, a partir del análisis de los derechos fundamentales en conflicto. Esta investigación se basa en la teoría del desarrollo como libertad, Amartya Sen, que es libre en un espectro más amplio de relacionarlo con los límites impuestos por la miseria económica y cultural. La libertad es retratada en Dworkin y Rawls, en relación con la alegación formulada por Samantha Meyer-Pflug, la libertad de expresión y el discurso del odio. Para la realización de este artículo, hemos desarrollado la investigación de tipo bibliográfico y documental de enfoque cualitativo con fines descriptivos y exploratorios, con el fin de investigar, explicar y analizar las teorías estudiadas y los datos empíricos recogidos. Llega a la conclusión de que no hay efecto a los derechos sociales y sin la libertad efectiva de los ciudadanos. Libertad ha hablado a través de las protestas de calles. Esta es la mayor representación de la democracia en el contexto de un Estado liberal reclamando acciones sociales del gobierno y la sociedad. Se argumenta que la libertad de expresión de los manifestantes en la vía pública y parques públicos es la más alta expresión del estado democrático de derecho.

**Palabras-clave:** Democracia; Discurso del odio; Educación; Libertad de expresión; Protestas Populares.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A globalização e seus efeitos nas relações econômicas e sociais. 3. O direito fundamental à liberdade de expressão e de reunião e as manifestações populares em vias e logradouros públicos. 4. Desenvolvimento como liberdade na teoria de Amartya Sen. 5. A (in)constitucionalidade do discurso do ódio. Conclusão. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu primeiro artigo o regime democrático com fundamento, dentre outros, na cidadania e na dignidade da pessoa humana, constituindo-se como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “uma sociedade livre, justa e solidária” (BRASIL, 1988). E prosseguiu em seu texto com a previsão da liberdade como direito fundamental com vários desdobramentos, dentre eles, a liberdade de expressão.

A liberdade de expressão representa um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Não se pode falar de democracia sem uma efetiva cidadania. E cidadania sem liberdade de expressão. Os direitos de liberdade estão tutelados constitucionalmente no artigo anterior, artigo 5º, com a seguinte redação: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estran-

geiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”, passando a detalhar estes direitos ao longo de 78 incisos, sem excluir os demais direitos fundamentais de liberdade e sociais previstos em outros artigos do texto constitucional e fora dele.

Os direitos individuais e sociais constitucionais também guardam relação de condição de existência recíproca, considerando que não há liberdade sem condições mínimas de uma vida digna. E não há vida digna sem liberdade para conquistá-la. O economista Amartya Sen, em sua tese de desenvolvimento como liberdade, defende o incremento de capacidades para fomentar condições de exercício da liberdade, inclusive da liberdade de expressão, ao passo que Samantha Meyer-Pflug defendeu em sua tese de doutoramento a liberdade de expressão plena, inclusive de discurso do ódio, concluindo pela constitucionalidade desta.

Diante deste contexto de necessidade de convivência harmônica dos direitos fundamentais individuais e sociais, a presente pesquisa objetiva a análise da constitucionalidade do discurso do ódio nas manifestações populares em vias e logradouros públicos, fato de evidência nos últimos dois anos, que vem gerando discussões no âmbito acadêmico e judicial, face o conflito de direitos fundamentais: de um lado a segurança pública e a dignidade da pessoa humana, inclusive das minorias, e de outro, a liberdade de expressão como forma de efetivação dos direitos individuais e sociais.

Para a realização deste desenvolveu-se pesquisa bibliográfica, com análise dos normativos e do entendimento da Suprema Corte inerentes ao assunto, com abordagem qualitativa com fins descritivos e exploratórios, o qual visa investigar, explicar e analisar os dados empíricos da situação do Brasil no contexto do exercício democrático das manifestações de rua como mecanismos para concretização dos direitos políticos, sociais e individuais.

## **2. A GLOBALIZAÇÃO E SEUS EFEITOS NAS RELAÇÕES ECONÔMICAS E SOCIAIS**

A globalização caracteriza-se pela mundialização das empresas por meio da produção internacional, que otimizou o lucro da produção com a exploração de mão de obra, matéria prima, incentivos fiscais e creditícios de cada local. Para Edmilson Costa, em sua obra “A globalização e o capitalismo contemporâneo” (2008, p. 28-30), a globalização pode ser dividida em globalização produtiva e globalização financeira, sendo a primeira referente ao processo de produção, que por sua vez resulta na segunda, fomentada pela hegemonia do sistema econômico, consolidada, por quatro fenômenos políticos e econômicos, ocorridos a partir da década de 1970:

- a) o fim dos Acordos de Bretton Woods (1930) nos EUA, que deixou de indexar o câmbio do dólar ao ouro e passou à taxa de câmbio flutuante;
- b) a crise do *Welfare State* e a contestação dos postulados keynesianos;
- c) a política de aumento da taxa de juros para a estabilidade monetária, que passou a ser um instrumento regulador da economia mundial (final da década de 1970), representada pela política dos governos de Reagan e Thatcher;
- d) a política da desregulamentação da economia e da liberalização dos mercados, representada pela política monetarista-neoliberal.

O autor identifica quatro correntes sobre a interpretação do fenômeno da globalização, filiando-se à última, que caracteriza a globalização como um fenômeno contemporâneo e imperialista, mundializado e dominado pelos países centrais (COSTA, 2008, p. 41):

- 1) **os apologistas da globalização**, para os quais este fenômeno significa a redenção da humanidade e a retomada dos postulados naturais da economia, interrompidos após a Segunda Guerra Mundial (FMI; Banco Mundial; OMC);
- 2) **aqueles que negam a globalização**, afirmando tratar-se não só de um mito, mas principalmente de uma forma que as transnacionais encontraram para ampliar o domínio dos mercados (Hirst; Thompson, 1998);
- 3) **aqueles que afirmam ser a globalização um fenômeno antigo**, que vem desde os tempos das grandes navegações, dos descobrimentos, sendo que alguns articulistas dessa corrente creditam também a globalização ao início do sistema capitalista (Petras, 1997; Amin, 2000);
- 4) e há ainda os que afirmam que **a globalização é um fenômeno do capitalismo contemporâneo e representa uma nova fase do imperialismo**, com a qual nos somamos.

Por mais que a globalização tenha suas raízes nos fatores econômicos de produção, ou seja, na própria economia produtiva e financeira, seus efeitos não ficam somente no âmbito da economia, atingem também as mais íntimas relações sociais, já que o indivíduo faz parte do fator de produção e consumo da sistemática de mercado. A globalização influenciou no aumento da concorrência e da produtividade, e no contexto das novas tecnologias nos mais diversos ramos das ciências, com destaque à biologia e à ciência da comunicação, o que resultou em um mercado cada vez mais especializado. Obviamente, com o incremento do mercado, surgiram inúmeras oportunidades e vantagens de oferta de emprego.

A despeito de a lógica da globalização ser, *a priori*, a de mais oportunidades de emprego, mais geração de emprego e renda e menos desigualdade social, a realidade é outra. Tal qual ocorre no Brasil, persistem as desigualdades sociais, os subempregos e os problemas decorrentes da seca no Nordeste. No contexto de um Estado que apresenta características liberais e pratica políticas sociais afirmativas, o que se observa e se questiona é a incompatibilidade entre crescimento econômico e desenvolvimento social.

Gilberto Bercovici (2006), ao abordar a crise da política econômica, ressalta que não se pode pensar em economia política sem analisar as relações sociais ou os conflitos sociais e sem estudar a historicidade dos fatos. Destaca a necessidade de uma política econômica estrutural (social/de base), além da política econômica conjuntural (produtiva e financeira). Diante da característica de Estado em desenvolvimento, a Constituição Federal dirigente é necessária para que o Estado encampe o projeto de desenvolvimento socioeconômico para satisfazer as necessidades sociais e superar o subdesenvolvimento (BERCOVICI, 2006, p. 582):

A constituição dirigente brasileira de 1988, portanto, faz sentido enquanto projeto emancipatório, que inclui expressamente, no texto constitucional, as tarefas que o povo brasileiro entende como absolutamente necessárias para a superação do subdesenvolvimento e para a conclusão da Nação, e que não foram concluídas. Enquanto projeto nacional e como denúncia desta não-realização dos anseios da soberania popular no Brasil, ainda faz muito sentido falar em constituição dirigente.

Para a superação da crise conjuntural que acompanha o Brasil desde sempre, deve ser pensada uma política econômica adequada à realidade brasileira. Há necessidade de compatibilizar os projetos de desenvolvimento econômico com o desenvolvimento social. Deve, portanto, promover uma política econômica conjuntural e estrutural. Partindo destas premissas, caracteriza-se a Constituição de 1988 como uma constituição dirigente: estatal e social (BERCOVICI, 2006), ou ainda um Estado regulador (POMPEU, 2012).

O Relatório Atlas Brasil 2013 aponta dados do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), criado em 1990 e desde 1993 utilizado no relatório anual do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), no qual o Brasil encontra-se e, 85º lugar no “ranking” do IDG global de 2012, com a pontuação de 0,730, de 0 a 1 (PNUD, 2013).

A contradição retrata-se nos dados. Mesmo o Brasil estando em 85º lugar, entre os 188 Estados no ranking do Índice de Desenvolvimento Humano, ocupa a 7ª posição entre as dez maiores economias do mundo, com base no Produto Interno Bruto (PIB) do último trimestre de 2012. Diante desses indicadores,

reforça-se a máxima de que o Brasil é um país de contradições. Entre os indicadores do IDHM (renda, longevidade e educação), o que tem maior déficit é o da educação. Ressalte-se que o IDH foi desenvolvido em 1990 pelos economistas Mahbub ul Haq e Amartya Sen (PNUD, 2013).

Observa-se que a educação deve ser posta em pauta como política pública emergencial. É neste sentido que o governo federal vem desenvolvendo políticas com metas de aumento das taxas educacionais tanto na educação infantil e fundamental como no ensino médio, educação profissional e tecnológica e superior. Essas políticas constam do Plano Nacional de Educação (PNE) como investimento público em educação total em relação ao PIB, tendo aumentado do ano de 2000, com 4,7 para 6,1 no ano de 2011. O que não vem sendo suficiente para elevar o Brasil no ranking do IDH e formar cidadãos ativos e conscientes de seus direitos e de suas obrigações.

### **3. O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE REUNIÃO E AS MANIFESTAÇÕES POPULARES EM VIAS E LOGRADOUROS PÚBLICOS**

No contexto da globalização econômica, no qual o Brasil se destaca por suas incongruências sociais e políticas, a luta pela superação da crise vem se disseminando por meio das manifestações populares em vias e logradouros públicos. Além da crise econômica que o país vem passando, a crise política destaca-se no cenário do combate à corrupção. Que não se sabe qual a causa determinante, se a política ou a econômica. Neste diapasão, analisa-se o direito fundamental à liberdade de expressão.

O direito constitucional à liberdade de expressão<sup>1</sup> e de reunião tem seus fundamentos em documentos internacionais. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), em seu artigo 19, prevê que “Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões”, podendo, inclusive, “procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão”. Neste caso, relacionado ao direito de reunião, tema desenvolvido no presente tópico, quando se fala dos protestos populares em vias e logradouros públicos.

Convenção Europeia para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950 (DHNET), em seu artigo 10 prevê o direito de todos à liberdade de expressão e o artigo 11, o direito de todos à liberdade de reunião e associação. No mesmo sentido, e com mais detalhe, foi promulgado o Decreto

---

<sup>1</sup> O tema trata especificamente do direito de liberdade de expressão do indivíduo relacionado aos protestos populares, razão pela qual não será enfrentado o tema liberdade de comunicação referente ao direito específico de informação, que está relacionado ao direito de imprensa (jornalístico).

nº 592, em 6 de julho de 1992, que referendou o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, com o compromisso de executar e cumprir na íntegra o referido pacto, que prevê em seu texto, no artigo 19, 20 e 21 o seguinte:

#### ARTIGO 19

1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.
2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.
3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:
  - a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
  - b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

#### ARTIGO 20

1. Será proibida por lei qualquer propaganda em favor da guerra.
2. Será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou a violência.

#### ARTIGO 21

O direito de reunião pacífica será reconhecido. O exercício desse direito estará sujeito apenas às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem pública, ou para proteger a saúde ou a moral pública ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

Assim como qualquer direito fundamental, não se pode fazer interpretação e aplicação absoluta. Deve-se aplicar e interpretar o direito à liberdade de manifestação de pensamento ou liberdade de expressão de forma que não afronte outros direitos fundamentais de igual hierarquia. Bem como respeite os limites constitucionais à liberdade de expressão, exemplifica-se com o inciso V, do artigo 5º, que estabelece o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

Estabelecer o direito de resposta em abstrato é fomentar a dialética das ideias, que repercute positivamente em prol da democracia.

O impasse que se discute no Supremo é se no âmbito da liberdade de expressão cabe o discurso do ódio, uma vez que seu conteúdo infringe direitos fundamentais materiais, a exemplo de discursos que discriminam as minorias, mesmo que em abstrato, de forma genérica, dos que se sentirem lesados em decorrência da manifestação de pensamento.

Algumas dessas discussões já chegaram ao Supremo Tribunal Federal (STF), que vem se manifestando favorável à liberdade de expressão, a exemplo do julgamento conhecido como “Liberdades Fundamentais e a ‘Marcha da Maconha’”, proferida em 2011 e “Manifestações em vias e logradouros públicos”, liminar concedida em sede da Rcl 15887/MG, decisão publicada no Diário de Justiça em 2013.

No julgamento da ADPF 187 de 15 de junho de 2011, em decisão unânime de 8 votos do STF, liberou-se a realização dos movimentos populares da “marcha da maconha”, que protestavam pela descriminalização da droga. O principal fundamento do Supremo foi o de que somente as incitações ou a provocações de ações são ilegais. As ideias devem ser expressadas livremente, de forma a não impedir manifestações públicas. Ideias não são fatos criminosos, nem reputam autoria de crimes.

Mesmo este julgamento sendo anterior ao marco dos protestos de rua de 2013 a 2014, representa o amadurecimento do STF sobre o tema que reflete, sobretudo, na aceitação do discurso do ódio. No voto do ministro Celso de Mello, destaca-se que mesmo a ideia sendo contrária ou inaceitável ao senso comum não pode ser proibida, pois feriria o direito de expressão do pensamento. O voto da ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha destacou-se pela importância da liberdade de expressão, que não pode ser mitigada em prol da segurança, sob pena de depois não se ter garantido nem a liberdade, nem a segurança.

Quanto à Reclamação nº 15887, o ministro relator Luiz Fux entendeu pela constitucionalidade de protestos populares em espaços públicos, no qual destacou a presença do *fumus boni iuris* no que concerne a “liceidade das passeatas ordeiras”, bem como o *periculum in mora* que:

[...] se evidencia pelo fato de que manifestações têm sido realizadas diariamente em diversas cidades do país, de modo que a manutenção da eficácia da decisão impugnada tolhe injustificadamente o exercício do direito de reunião e de manifestação do pensamento por aqueles afetados pela ordem judicial, contrariando o quanto estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 1.969/DF.

Por fim, o ministro julga procedente a reclamação, e concede a liminar de cassação da decisão reclamada, porquanto consideradas legítimas as manifestações populares realizadas sem vandalismo, preservado o poder de polícia estatal na repressão de eventuais abusos.

Outro impasse enfrentado nos protestos populares de 2013 e 2014 são os *block blocs*, que protestam mascarados e vestidos de preto. Ora, neste caso, apesar de representar um tipo de movimento social com origem alemã da década de 1980, nos movimentos de contra-cultura e em defesa dos *squats*, no Brasil é inconstitucional. Pois um dos limites da liberdade de expressão é a vedação ao anonimato. Tal discussão merece um trabalho específico para aprofundar no tema e assim, firmar um posicionamento mais juridicamente ponderado.

#### 4. DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE NA TEORIA DE AMARTYA SEN

Neste cenário de país globalizado, em que o Brasil se estabelece como a sétima potência econômica do mundo, mas com uma elevada dívida social, é que se analisa a teoria do desenvolvimento como liberdade, do economista Amartya Sen. O autor inicia a obra explicando seu objetivo: “o desenvolvimento pode ser visto como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam” (SEN, 2010, p. 16). E afirma que desenvolvimento não representa para ele os dados econômicos objetivos, a exemplo do Produto Nacional Bruto, mas sim o desenvolvimento baseado nas liberdades desfrutadas pelos indivíduos.

A liberdade é considerada em um contexto macro, não ficando restrita àquele clássico conceito de liberdade do indivíduo, em face da postura negativa do Estado. Engloba-se também neste conceito o que denomina de “principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos” (SEN, 2010, p. 16-17). E prossegue: “Às vezes a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado” (SEN, 2010, p. 17).

Quando da contestação da teoria de Hayek (1994), a quem reputa ter ignorado os efeitos ou usos da liberdade, Sen (2010, p. 371) destaca que a liberdade tem dois aspectos que devem ser considerados, a liberdade como processo e a liberdade como oportunidade:

- 1) a importância *derivativa* da liberdade (dependente apenas de seu uso efetivo) e 2) a importância *intrínseca* da liberdade (por nos fazer livres

para escolher algo que podemos ou não efetivamente escolher). [...] O aspecto do *processo* da liberdade tem de ser considerado conjuntamente com o aspecto da *oportunidade*, e este precisa ser visto em relação à importância *intrínseca* e também *derivativa*. Ademais, a liberdade para participar da discussão pública e da interação social pode ainda ter um papel *construtivo* na formação de valores e éticas. O enfoque sobre a liberdade realmente faz a diferença.

Ao analisar a relação entre as rendas e as capacidades, não nega que as pessoas com privação de capacidades individuais estão fadadas, via de regra, a um baixo nível de renda, porém ressalta que essa lógica possui mão dupla inversamente proporcional, sendo bem verdade que o incremento da educação e da saúde repercute na elevação da renda. Este pensamento representa o cerne da tese do autor que defende que a privação de capacidade responde negativamente no desenvolvimento de uma nação – leia-se desenvolvimento humano e o crescimento econômico.

Para fundamentar sua tese, Sen aborda os argumentos contra as liberdades políticas e os direitos civis como exemplos sobre o crescimento econômico em Estados com governos autoritários e da dificuldade de efetivar um regime democrático no Terceiro Mundo, onde os indivíduos estão preocupados em sobreviver. Por óbvio que o autor, para dar mais consistência à sua tese, refuta-a cientificamente e demonstra com fundamentação que o desenvolvimento de que trata vai além do desenvolvimento econômico. Essa tese demonstra que o desenvolvimento econômico deve estar acompanhado do desenvolvimento humano, ao qual denomina de liberdade, sob pena de falência da própria ordem capitalista e da globalização econômica vigente.

Sen relacionou o capital humano e a capacidade humana ao analisar e defender o desenvolvimento como um processo de expansão das liberdades substantivas dos indivíduos. Destacou que o desenvolvimento do capital humano destina-se ao aumento da capacidade de produção do indivíduo no contexto do crescimento econômico, enquanto a capacidade humana é focada no fomento do exercício da liberdade dos indivíduos. Ambas não deixam de ter relação, pois o indivíduo capacitado também incrementa seu poder produtivo, porém o objetivo do crescimento econômico não tem um fim em si mesmo, pois, segundo o autor, os seres humanos não são meramente meios de produção, mas também a finalidade de todo o processo.

A teoria do economista Sen enxerga, portanto, no desenvolvimento das capacidades dos indivíduos a forma de efetivar suas liberdades e, consequentemente, o desenvolvimento. Infere-se, portanto, dessa teoria que a educação para a formação inclusiva do indivíduo representa condição *sine qua non* para a

compatibilização entre o desenvolvimento humano e o crescimento econômico, e, conseqüentemente, para o exercício da liberdade de expressão.

## 5. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO DISCURSO DO ÓDIO

Partindo-se do pressuposto de que, no contexto da globalização econômica, a educação formal e inclusiva é condição *sine qua non* para o desenvolvimento de capacidades do indivíduo, que por sua vez repercute no pleno exercício das liberdades de escolha e conseqüente desenvolvimento humano e econômico, passa-se a analisar especificamente a liberdade de expressão e o discurso do ódio segundo a tese apresentada por Meyer-Pflug, que traça um estudo fundamentado sobre a temática, analisando o discurso do ódio nos sistemas americano, europeu e brasileiro para empós identificar a (in)constitucionalidade do discurso do ódio no Brasil.

A autora ao tratar da liberdade de expressão enfatiza a importância deste direito fundamental como sustentáculo do regime democrático. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, estabelece que “é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato”. É, portanto, direito fundamental do indivíduo de manifestar suas ideias, pensamentos, valores morais, sem sofrer qualquer tipo de retaliação pelo Estado. *A priori*, trata-se de um direito negativo em relação ao Estado, característica típica dos direitos individuais de liberdade.

Apesar de aparentemente ser um direito sem muitas controvérsias, a autora vem discutir em sua obra um dos aspectos mais polêmicos que circunda o tema: a (im)possibilidade dos discursos do ódio em face do conflito normativo da liberdade de expressão com o princípio da dignidade da pessoa humano.

Ora, se há previsão constitucional de liberdade de manifestação de pensamento, como tratar os discursos que incitam a discriminação em qualquer seara da vida, a exemplo do discurso com discriminação racial, social, religiosa, sexual? Via de regra, esses discursos atacam grupos minoritários, já com déficits sociais. Nas palavras de Meyer-Pflug (2009, p. 102):

O discurso do ódio não se confunde com o insulto individual, ou seja, com a difamação de um determinado indivíduo em particular, mas sim com o insulto a um determinado grupo ou classe. Ele é considerado um delito de expressão em muitos países. Neste contexto, deve-se perguntar se a simples proibição da manifestação do discurso do ódio não pode levar a uma reação contrária, ou seja, gerar mais ódio e discriminação em relação àquele grupo, pois ele normalmente é destinado a grupos que são historicamente discriminados. Poderia tal decisão fomentar ainda mais a difusão do discurso do ódio?

A autora conclui este pensamento, afirmando que combater o discurso do ódio com intolerância, ou seja, com a proibição da manifestação de pensamento, comprovadamente não diminui o preconceito social e incita mais ainda a intolerância. Faz-se uma analogia com uma máxima sobre violência: violência gera violência e intolerância gera intolerância. Tal analogia pode ser até lugar-comum, mas é sim uma realidade. E novamente citam-se os argumentos da autora pelo seu grau de coerência e densidade científica (2009, p. 233):

Não é a manifestação do discurso do ódio que destrói as bases de uma sociedade democrática ou viola a dignidade da pessoa humana e a preservação da igualdade entre os homens, mas a falta de condições de uma vida digna e a possibilidade de cada minoria vir a público e expor suas idéias, bem como combater esse discurso. Surge, então, a pergunta: Proibir é a solução mais adequada para combater o discurso do ódio no sistema pátrio? É a mais eficaz?

Chegou-se, finalmente, à discussão relevante para a tese defendida neste trabalho. Agora quem pergunta é as autoras deste artigo: será que o cidadão brasileiro tem condições de reagir de forma madura, refutando o discurso do ódio? Ressalte-se que o discurso do ódio é direcionado para os grupos minoritários com histórico de exclusão e preconceito.

Será que este grupo está empoderado de sua condição igualitária e libertária, e pode sim dialogar de forma consciente e fundamentada? Estes questionamentos vieram à tona desde o primeiro contato com a obra de Meyer-Pflug. E, ao longo da leitura, identificaram-se as respostas quando a autora trata do “papel do Estado no discurso do ódio” (2009, p. 236):

Nessa situação, a formação do debate público não se dá de forma isenta e imparcial, pois não foi assegurada a todos os atores as mesmas condições de manifestação de ideias e pensamentos. Isso compromete a formação da vontade pública, pois houve manipulação. Nesse sentido, a regulação estatal para a existência de um debate público aberto e vigoroso é essencial, ela deve dar-se no sentido de garantir aos excluídos a oportunidade de se manifestarem, de questionarem e rebaterem o discurso do ódio. Tendo em vista a impossibilidade de manifestação dos menos favorecidos, imperiosa se faz a regulação do estatal no sentido de criar mecanismos de inclusão. A regulação do Estado passou a ser necessária para assegurar a própria fruição das liberdades públicas.

Diante da participação ativa do Estado, na qualidade de garantidor das liberdades de expressão, muda-se a característica dos direitos de liberdade como direitos negativos em relação ao Estado, passando a ser o Estado garantidor do direito fundamental de liberdade de expressão. Tal fato se dá em razão da necessidade de garantir

o equilíbrio na dialética inclusive de ideias supostamente odiosas e preconceituosas, o que se coaduna com os protestos populares recorrentes na atualidade.

Ao continuar a análise da obra, com enfoque na educação para a liberdade como desenvolvimento, identifica-se o ápice dos argumentos defendidos quando a autora fala da necessidade da educação para que o discurso do ódio seja combatido pelos próprios indivíduos, garantindo assim a preservação da democracia e do verdadeiro exercício da cidadania. De fato, o papel do Estado como garantidor é necessário como paliativo para o contexto social atual de protestos populares. Entretanto, defende-se a educação formal e inclusiva para no médio e longo prazo construir-se uma sociedade silente de seu papel social e empoderada para defender e contestar ideias e ideais. Neste sentido, afirma Meyer-Pflug (2009, p. 249-252):

A expressão por si só nada significa, pois só ganha relevo no contexto em que é manifestada. O lado abominável da apologia ao crime e do discurso do ódio também está naqueles que admiram esse discurso e se sensibilizam com ele, mas não têm coragem de manifestar suas ideias. Daí a necessidade de uma ação estatal no sentido de propiciar educação, políticas de inclusão social, de vedação à discriminação e o preconceito, pois aquilo que é conhecido é melhor compreendido. Educar é dotar o ser humano das condições e elementos necessários para se autogovernar e desta maneira questionar as ideias e opiniões que lhe são oferecidas. [...] A educação surge, nesse cenário, como o “mais decisivo fator de socialização de atitudes” que prestigiem os valores da igualdade, da democracia, do pluralismo.

Por fim, quanto à tutela dos efeitos do discurso do ódio pelo Poder Judiciário, não há dúvida de que a autodeterminação e a soberania popular, pressupostos que fomentam a liberdade de expressão, somente podem ser efetivadas com cidadãos ativos e conscientes, sendo cabível, portanto, o papel do Estado como regulador do equilíbrio das discussões.

O Judiciário deve também analisar em concreto uma suposta ocorrência de dano resultado de um determinado discurso do ódio. Para tanto, utiliza-se o princípio da proporcionalidade por se tratar de sopesamento de princípios fundamentais constitucionais: liberdade de expressão, igualdade (isonomia), dignidade humana e diversidade cultural.

## CONCLUSÃO

As relações sociais e políticas vêm a cada dia transformando-se. A política na atualidade é marcada por movimentos populares de ruas que vem dividindo posicionamentos entre os juristas quanto à sua constitucionalidade. Protesta-se por efe-

tivação de direitos sociais em geral, contra a corrupção. Protesta-se pela liberdade de expressão, pela descriminalização das drogas. Pratica-se o discurso do ódio.

Os protestos contestam, sobretudo, a incompatibilidade entre desenvolvimento humano e crescimento econômico, resultado, dentre outros, da globalização econômica e financeira, que vem gerando descontentamentos na população em geral. Estes protestos se manifestam tanto de forma pacífica, como também com ações violentas, que atentam contra a própria segurança e integridade física dos envolvidos no movimento. Com pessoas de caras limpas e mascaradas, estas conhecidas mundialmente como Black Blocs, manifestantes mascarados e com vestimentas e bandeiras pretas.

As manifestações em vias e logradouros públicos é expressão máxima da democracia. O Estado de Direito, com fins republicanos por meio democrático exige determinação e vontade popular, essas que elegem e fiscalizam os gestores públicos. Não há espaço para apáticos e ignorantes. Ao contrário, defende-se uma educação que fomente a participação social, inclusive por meio de protestos populares com metas de reivindicação objetivas.

Desconhecem-se as razões que levam o Executivo a deixar a educação em segundo plano. O que vem contrariar a tese do economista Sen, que aponta como liberdade não somente aquela negativa em relação ao Estado, mas também a liberdade de viver com dignidade, de ter condições de fazer escolhas. Escolhas de ser e de ter, que necessita ao menos da liberdade dos indivíduos em escolher se submeter à educação forma ou não, inclusive à educação técnica e superior.

Ao reputar à privação de capacidade como problema central que obstaculiza o desenvolvimento, pôde-se inferir como essência da sua teoria a capacitação formal e cidadã dos indivíduos para o desenvolvimento e o exercício de suas habilidades, competências e atitudes. Ou seja, para a plena concretização das liberdades, os indivíduos devem ter oportunidades de escolha.

É nesse contexto de crise, de insatisfações, e porque não falar em revoltas, que os protestos populares se desenvolvem. Marcado pelos movimentos de junho de 2013, com o grito “vem pra rua”, iniciou-se pelo Movimento Passe Livre. Entretanto estes movimentos que a priori teve um objeto específico, foi se disseminando com protestos de toda sorte. Não se tem um retrato bem delineado dos grupos que compõem os movimentos de rua. O que se pode depreender é que o brasileiro integrou o contexto internacional das revoltas globais.

Os protestos populares de 2013/2014 vêm quebrar o paradigma do brasileiro apático. Mostraram-se cidadãos empoderados de seu direito/dever de participar dos atos do governo, de protestar por mudanças que venham melho-

rar sua condição de ser humano tanto no âmbito dos direitos individuais, como sociais. Destaca-se atualmente os protestos contra a corrupção. Protestos que se iniciaram com um fim social e individual, albergou também o âmbito político, com destaque ao combate à corrupção.

Como resultado da análise dos direitos fundamentais de liberdade e igualdade, defende-se a interpretação por meio do ciclo virtuoso entre os direitos individuais e sociais e sua exigibilidade judicial, pairando sobre este ciclo virtuoso a educação como condição de concretização destes direitos, ao desenvolver a capacidade de conquista do indivíduo e prepará-lo para atuar ativamente nos movimentos sociais.

Analisando especificamente a liberdade de expressão e a constitucionalidade do discurso do ódio, com base nos estudos de Meyer-Pflug, faz-se uma reflexão quanto à utilização do liberalismo norte-americano. A sociedade brasileira tem características próprias que devem ser respeitadas. Em abstrato, defende-se a liberdade de expressão e o discurso do ódio, mas com a ressalva de poder ser avaliada em concreto a ocorrência de um dano causado em decorrência de um discurso.

E mais, o desenvolvimento de capacidades individuais, em especial da educação. A educação formal inclusive repercute, indubitavelmente, na efetivação da liberdade de expressão, que deve ser exercida de maneira responsável e consciente, e recebida pelos cidadãos de maneira amadurecida, com condições de se traçar uma discussão dialética, própria do amadurecimento intelectual em um Estado Democrático de Direito.

Quanto à constitucionalidade das manifestações em vias e logradouros públicos, acompanha-se o entendimento da Suprema Corte, que a proibição ao exercício do direito de reunião e da livre manifestação de pensamento em espaços públicos vai de encontro à efetiva concretização da cidadania e da democracia. Caso haja dano em concreto, que seja processado e julgado individualmente. Uma decisão da Corte Suprema com repercussão geral que limitasse ou ceifasse o direito a manifestações em vias e logradouros públicos seria um atentado à essência do estado democrático de direito, ao direito fundamental à liberdade.

Conclui-se, portanto, que não há como efetivar os direitos sem liberdade dos cidadãos. Liberdade que vem se manifestando por meio dos protestos de ruas. Representa um marco relevante na participação democrática do cidadão no contexto de um estado liberal que reclama ações sociais do governo e da sociedade. Que reclama uma postura política ética, contra a corrupção. Que reclama a eficiência da gestão pública. Defende-se que a liberdade de expressão dos manifestantes em vias e logradouros públicos é expressão máxima do Estado Democrático de Direito para a concreção de direitos individuais, sociais e políticos.

## REFERÊNCIAS

BBC BRASIL. *Black Blocs cativam e assustam manifestantes mundo afora*. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/09/130822\\_black\\_block\\_protes\\_tos\\_mm](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/09/130822_black_block_protes_tos_mm)>. Acesso em 22 fev. 2014.

BERCOVICI, Gilberto. Política econômica e direito econômico. In: *Pensar*. Revista do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza. v. 16. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2006. p. 95-99.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 187*. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento em 15 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=187&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>, acesso em 20 nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº15887/MG*. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento em 19 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo712.htm>>, acesso em 12 out 2014.

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

BRASIL. *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992*. Dispõe sobre o Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos. Brasília/DF: Senado, 1992.

BRASIL, MEC – Ministério da Educação, INEP – Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. *Plano Nacional de Educação – PNE (2012)*. Disponível em <[www.inep.gov.br](http://www.inep.gov.br)>. Acesso em 19 set. 2013.

CARTA CAPITAL. *Os protestos do Brasil dialogam com as revoltas globais*. Disponível em <<http://www.cartacapital.com.br/politica/os-protestos-do-brasil-dialogam-com-as-revoltas-globais-4371.html>>, acesso em 10 jan.2014.

COSTA, Edmilson. *A globalização e o capitalismo contemporâneo*. Disponível em <<http://www.economies.info/#!artigos-edmilson/galleryPage>>. Acesso em 20/09/2013.

DHNET. *Convenção Européia para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950)*. Disponível em <<http://dhnet.org.br/direitos/sip/euro/index.html#legislacao>>. Acesso em 30 jul. 2014.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GLOBO.COM. Jornal Hoje. Auditores fiscais de SP são acusados de esquema milionário de corrupção. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2013/10/auditores-fiscais-de-sp-sao-acusados-de-esquema-milionario-de-corrupcao.html>>. Acesso em 30 out. 2013.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo: RT, 1990.

HAYEK, Friedrich August von. *O caminho da servidão*. Tradução de Anna Maria Copovilla. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1994.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (1948). Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm#19>>. Acesso em 20 out. 2014.

PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento: Empoderando vidas. Fortalecendo nações. *Atlas Brasil 2013*. Ranking IDHM. Disponível em <<http://www.pnud.org.br/Noticia.aspx?id=3749>>. Acesso em 10 nov. 2013.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio e SIQUEIRA, Natércia Sampaio. *Realização da justiça, oportunidade e capacidade: da igualdade formal à igualdade material no que concerne ao acesso à educação superior dos negros por meio do sistema de quotas nas Universidades*. In: Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha. Robert Alexy (org.). Joaçaba: Editora Unoesc, 2013.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio. *A dimensão internacional da crise financeira e seus reflexos no plano das instituições de cooperação supranacional e no ordenamento jurídico nacional*. V Giornate Itálo-Spagnolo-Brasiliane de Diritto Costituzionale. Lecce. Fortaleza: Unifor, 2012.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almino Pietta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Tradução de Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução: Denise Bottmann, Ricardo Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

TERRA. Notícias. Educação. Brasil fica no penúltimo lugar em *ranking* de valorização do professor. Disponível em <<http://noticias.terra.com.br/educacao/brasil-fica-no-penultimo-lugar-em-ranking-de-valorizacao-do-professor,20a6079cebe71410VgnVC>

M4000009bcceb0aRCRD.html>. Acesso em 15 nov. 2013.



## ¿CÓMO ABORDAR LA CORRUPCIÓN? UNA VIA PARA SU SOLUCION A TRAVES DE LA ÉTICA PÚBLICA

### *HOW TO APPROACH CORRUPTION? A WAY TO THE SOLUTION TROUGH PUBLIC ETHICS*

Oscar Diego Bautista

Doctor por la Universidad Complutense de Madrid (UCM). Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT. Actualmente, es Investigador del Centro de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades (CICSyH) de la UAEM. Es autor y coordinador de la Colección *Cuadernos de Ética para los Servidores Públicos* (números 1-20), así como de libros y artículos en la materia.

#### **Autor Convidado**

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v2i1.2744>

**Resumen:** Cuando una nación pierde el control de la corrupción, esta se extiende en los diversos ámbitos de una sociedad, el político, el económico, el social y el cultural, tejiendo una maraña, difícil de desenredar, que afecta en todos sentidos a la vida de los ciudadanos. Bajo este contexto, surge la pregunta: ¿Por dónde comenzar para atacar a la corrupción? Este artículo responde a ese planteamiento presentando una serie de reflexiones sobre la corrupción y ofreciendo una opción de abordaje de este problema basada en la prevención y apoyada en la Ética Pública y sus instrumentos de aplicación práctica.

**Palabras clave:** Prevención de la corrupción; control de corrupción; Ética Pública; Ética aplicada; Instrumentos éticos.

**Abstract:** *When a nation loses control of corruption, this extends in various areas of society, political, economic, social and cultural, weaving a tangled, difficult to untangle, which affects all senses to life the citizens. In this context, the question arises: Where do I begin to attack corruption? This article answers that approach by presenting a series of reflections on corruption and offering a choice of approach to this problem based on prevention and supported by the Public Ethics and instruments for practical application.*

**Keywords:** *Prevention of corruption; corruption control; Public Ethics; Applied Ethics; Ethical Instruments.*

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Identificación del problema como una cuestión global. 3. Comprensión de la magnitud del problema. 4. Ubicar la problemática de

la corrupción dentro de un espacio y tiempo. 5. Asignar un equipo responsable. 6. Seleccionar un enfoque para el abordaje. 7. Elegir un enfoque de estudio: la prevención mediante la ética pública. 8. Herramientas y técnicas. 9. Integración de las piezas e integración de un modelo. 10. Elaboración de una política de Estado. 11. Institucionalizar y aplicar: enfrentar los retos. 12. Vigilancia, control y evaluación. 13. Identificación y sanción a corruptos. 14. Comunicación estrecha y continúa con la ciudadanía. 15. Una mejora continua en el funcionamiento institucional. Conclusiones. Referencias.

## **1. INTRODUCCIÓN**

El científico estadounidense, Charles F. Kettering escribió: “No es que no puedan ver la solución, es que no pueden ver el problema” Cuando no se comprende un problema en su totalidad, difícilmente se podrá encontrar una solución. Esta incapacidad o ceguera que impide ver el problema es una razón que explica por qué no hay soluciones efectivas al problema de la corrupción. Entonces ¿qué hacer? ¿Cómo abordar el problema de la corrupción cuando este fenómeno ha crecido tanto, se ha multiplicado y posee tantas facetas que resulta difícil contemplarlo en su totalidad?

Este trabajo parte de la premisa de que la corrupción es absolutamente nociva para a sociedad y que su crecimiento es insoslayable; de ahí la necesidad de instrumentar estrategias y medidas para su control. A continuación se desarrolla una propuesta con elementos específicos que deben tomarse en cuenta para poder abordar el fenómeno de la corrupción.

## **2. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA COMO UNA CUESTIÓN GLOBAL**

Reconocer que estamos ante un problema de carácter mundial constituye el primer paso. Si bien este fenómeno no es nuevo, no puede pasar inadvertido el hecho de que, con la entrada del nuevo milenio, Naciones Unidas afirmó que en ninguna época de la historia de la humanidad ha habido tanta corrupción como en la actualidad. Hoy se comprende que el problema de la corrupción no es exclusivo de los países subdesarrollados, por lo que afirmar que la corrupción es consecuencia del atraso económico implica aceptar la falacia o creencia miope de que a mayor desarrollo económico la corrupción disminuye. Muchos países desarrollados (Italia, Francia, España, Estados Unidos, Suiza), tienen graves problemas de corrupción. La corrupción es la grasa que da vida a la maquinaria de la globalización mediante las relaciones políticas, económicas, bancarias, comerciales, manifestándose con diferentes matices en cada país.

La globalización se expande principalmente a través del comercio, los mercados, los negocios, las inversiones, el flujo de capital, entre otros. Penetra en todos los países del mundo de manera directa o indirecta y, por lo tanto, influye tanto en las decisiones de los gobiernos como en el comportamiento de los ciudadanos, modificando paulatinamente sus hábitos culturales. La globalización es resultado de la competencia entre los distintos bloques económicos por abrir mercados para los productos. Stiglitz afirma que “la globalización es enérgicamente impulsada por corporaciones internacionales que no sólo mueven el capital y los bienes a través de las fronteras sino también la tecnología” (Diego, 2006, p. 249).

Asimismo, es de señalar que la corrupción no es exclusiva de los gobiernos o del sector público, arrastra en su vorágine a los sectores privado y social; los tres sectores están entreteljidos. Existe una estrecha relación entre políticos y empresarios. Hay empresarios en el gobierno y viceversa. Muchos gobernantes al dejar su cargo en el gobierno se vuelven empresarios o se incorporan a los pasillos empresariales. En cualquier caso, siempre hay una parte que corrompe y otra que es corrompida. De igual manera, es importante señalar que de la sociedad civil surgen los nuevos cuadros que se incorporan a las filas del sector público o privado.

### **3. COMPRENSIÓN DE LA MAGNITUD DEL PROBLEMA**

La corrupción, vista como un problema en la vida de un Estado, rebasa los diversos ámbitos de estudio en que se le pudiera enfocar: político, económico, social, cultural, etcétera. Si bien la corrupción ha estado presente en la historia de la humanidad, en diversas culturas y regiones del mundo, en los albores del siglo XXI su expansión ha sido ilimitada. En las sociedades contemporáneas se encuentra: a) en los grandes sectores de un estado: público, privado y social, b) en el ámbito público se encuentra presente en los diferentes poderes: Legislativo, Ejecutivo, Judicial, c) en los diversos niveles de gobierno: federal, nacional, estatal, autonómico o municipal o local, d) en los diferentes sectores de la administración pública: educación, salud, vivienda, justicia, etcétera.

Una tipificación de la corrupción establece que hay corrupción política, de partidos, electoral, administrativa, académica, sanitaria, mercantil, financiera, medioambiental, deportiva, del crimen organizado, de las empresas (nacionales y transnacionales), vinculada con la sociedad (clientelismo político), en obras públicas (metro, puentes, caminos, etc.), en medios de comunicación, en las ONGs, en fundaciones, en las diferentes confesiones religiosas, etcétera. La corrupción es un monstruo gigante cuya dimensión no alcanzamos a percibir, cual universo infinito del que solo podemos ver pequeñas partes; es una bola de nieve que se dejó crecer y ahora es un alud que arrastra aquello que se enfrenta a su paso.

Pero ¿por qué se dejó crecer? Dependiendo de las condiciones socio-políticas e históricas de cada país y región puede variar la respuesta: a) porque existe una red de corrupción que se vincula a los altos niveles de gobierno; b) porque hay una cultura de la corrupción muy arraigada en esa sociedad; c) porque se ignora cómo combatir la problemática; d) porque se desconocen los instrumentos para hacerle frente; e) porque, aunque existen modelos para combatir este mal, no hay interés ni voluntad política para hacerlo; f) porque se castigaría a los corruptos; g) porque los corruptos inmersos en las instituciones se protegen unos a otros, h) porque se compra a los gobernantes fácilmente, i) porque se compra a los ciudadanos fácilmente, j) porque es un negocio que deja mucho dinero.

Mediante la globalización de la corrupción, los gobiernos pierden autoridad, incluso su soberanía llegando a convertirse en simples administradores de sucursales, agencias u oficinas de comercio de las grandes empresas transnacionales. Esta incapacidad hace brotar síntomas de ingobernabilidad en los Estados. Sobre todo en países débiles, los gobernantes han dejado de ser los grandes estadistas de antaño para convertirse en gerentes que sólo administran la propia riqueza nacional en beneficio internacional.

Elemento fundamental para poder comprender a la corrupción es tener clara su *magnitud* o *dimensión*. En general, se evoca el concepto de la corrupción pero sin comprender su dimensión en profundidad. Para comprender la magnitud de la corrupción conviene detenerse y reflexionar un poco. En ese sentido, el cuento hindú *Los ciegos y el elefante* servirá de auxilio pedagógico. Dicho cuento, a grandes rasgos, dice así: A un grupo de ciegos se le pidió que describiera cómo era un elefante. El primer ciego, tomando la trompa del animal, dijo que el elefante era largo y flexible como una manguera; el segundo, tocando una de las orejas, afirmó que era plano y ancho como alguna planta tropical; un tercer ciego palpó el costado del elefante y sostuvo que era alto y sólido como un muro; el cuarto, abrazando la pata del paquidermo, dijo que era duro y redondo como una columna; otro ciego, tocando la cola del elefante, afirmó que era largo y delgado como una culebra; finalmente, el último, tocando los colmillos afirmó que tenía forma de cuerno.

Todos los ciegos habían dicho la verdad respecto a la parte que tocaron del elefante, pero erraron en el todo. Con el problema de la corrupción sucede lo mismo. Dependiendo del ángulo profesional que se miré, se percibirá una parte del problema pero no la totalidad. Un abogado, debido a su formación creerá que con más leyes se podrá combatir la corrupción; un economista podrá pensar que el problema de la corrupción en los servidores públicos se debe a los bajos salarios, por lo que sugerirá que, aumentándolos se reduciría la corrupción; y así sucesivamente con diferentes profesiones. Con posiciones parciales, difícilmente

se puede comprender la totalidad y mucho menos hallar una solución. Es necesario integrar los diferentes enfoques para poder ver el todo. Cada respuesta de los ciegos es una pieza del rompecabezas, si se integran todas las piezas, entonces aparece la figura completa. Para percibir la magnitud de la corrupción hace falta sumar las diversas piezas dadas por los diversos enfoques de las distintas disciplinas. Por lo anterior, se requiere de un equipo multidisciplinario que presente y capte las diversas maneras de ver el problema y las integre hasta conformar una visión holística. En cada visión, ha que estar incluida la ética como disciplina fundamental que muestra la otra cara de la moneda de la corrupción. El reconocimiento de la importancia de la ética es un paso fundamental en la conformación de las herramientas para la contienda.

#### **4. UBICAR LA PROBLEMÁTICA DE LA CORRUPCIÓN DENTRO DE UN ESPACIO Y TIEMPO**

La corrupción tiene distintos matices, niveles, grados. Aunque el problema de la corrupción se encuentra en los diferentes países del mundo, baste ver los informes que anualmente muestra Transparencia Internacional (TI), este fenómeno no se manifiesta de igual manera en Argentina que en Chile, a pesar de estar inmersos en la misma región latinoamericana. Tratándose de la región norteamericana, el problema de la corrupción es diferente en México que en los EEUU o Canadá. Las diferencias en el nivel de corrupción también existen entre países europeos, no es lo mismo la corrupción en España que en Finlandia o en Reino Unido. Cada país tiene sus características particulares que lo distinguen de otro por lo que es esencial reflexionar sobre el entorno donde se ubica el problema. Conocer el lugar, la cultura, la historia, los nexos con otros países.

De esta manera, para entender un problema e intentar darle solución hay que comprenderlo en su contexto y en sus circunstancias. Las recetas mágicas trasplantadas de un país a otro no valen. Hay que situarse en la delimitación temporal, espacial, cultural, conocer las causas que originaron el problema, el nivel en que se encuentra, contar con datos, cifras, fuentes de estudio y, sobre todo, con analistas capaces que puedan interpretar, comprender y aportar soluciones.

#### **5. ASIGNAR UN EQUIPO RESPONSABLE**

El primer paso para cualquier sociedad inmersa en corrupción se encuentra en querer dejar de serlo. Un enfermo, para curarse, debe querer sanar. Análogamente, si se reconoce que la sociedad padece una enfermedad, necesitamos que esta desee curarse. Hay sociedades que se adaptan al confort

de la corrupción. De hecho, se dan estudiosos del fenómeno que predicán sus bondades, lo cual es contrario a la intención de esta obra. Un libro clásico que exalta los vicios en la sociedad bajo el enfoque de que no son necesarios y que influyo en el pensamiento económico es la obra de Bernard Mandeville “*La fábula de las abejas o cómo los vicios privados hacen la prosperidad pública*” publicada en 1914. En dicha obra, el autor contaba la siguiente fábula:

Había una colmena que se parecía a una sociedad humana bien ordenada. No faltaban en ella ni los bribones, ni los malos médicos, ni los malos sacerdotes, ni los malos soldados, ni los malos ministros. Por descontado tenía una mala reina. Todos los días se cometían fraudes en esta colmena; y la justicia, llamada a reprimir la corrupción, era ella misma corruptible. En suma, cada profesión y cada estamento, estaban llenos de vicios. Pero la nación no era por ello menos próspera y fuerte. En efecto, los vicios de los particulares contribuían a la felicidad pública; y, de rechazo, la felicidad pública causaba el bienestar de los particulares. Pero se produjo un cambio en el espíritu de las abejas, que tuvieron la singular idea de no querer ya nada más que honradez y virtud. El amor exclusivo al bien se apoderó de los corazones, de donde se siguió muy pronto la ruina de toda la colmena. Como se eliminaron los excesos, desaparecieron las enfermedades y no se necesitaron más médicos. Como se acabaron las disputas, no hubo más procesos y, de esta forma, no se necesitaron ya abogados ni jueces. Las abejas, que se volvieron económicas y moderadas, no gastaron ya nada: no más lujos, no más arte, no más comercio. La desolación, en definitiva, fue general. La conclusión parece inequívoca: *Dejad, pues, de quejaros: sólo los tontos se esfuerzan por hacer de un gran panal un panal honrado. Fraude, lujo y orgullo deben vivir, si queremos gozar de sus dulces beneficios* (MANDEVILLE, 1997).

Si se quiere combatir a la corrupción, es necesario materializar ese interés y hacerlo extensivo una y otra vez hasta lograr generar una cultura ética generando conciencia en los ciudadanos, en los diferentes miembros del Estado, invitando a la acción presionando a los representantes públicos para que estos realicen acciones verdaderas para prevenir y controlar la corrupción.

En la encomienda de una tarea de esta magnitud hay que asignar responsables. Para ello se precisa un equipo multidisciplinario de especialistas comprometidos verdaderamente en resolver esta problemática. Requisito obligatorio de estos especialistas será poseer un perfil con los siguientes elementos: a) Capacidad y conocimiento de la problemática, b) Interés verdadero por combatir este fenómeno, c) Posesión de una conducta íntegra, acompañada de valores éticos

que se refleje en una trayectoria intachable y prestigiosa.

Los responsables de combatir la corrupción deben tener una posición clara, en contra de la corrupción, conociendo por qué lo van hacer, sin dejarse seducir por la corrupción. Deben ser cual médicos que luchan contra las enfermedades de los pacientes sin contagiarse, es decir, deben estar vacunados contra la corrupción para no ser atrapados por este vicio.

Al respecto, Platón, en uno de sus Diálogos destaca la importancia de contar con servidores públicos, *guardianes del Estado* les denominó, con principios sólidos para defender al Estado. En su obra *La República*, escribió:

- Querido Glaucón, ¿no necesitaremos en nuestro Estado un supervisor siempre atento a este, si queremos preservar la estructura básica de dicho Estado?

- Ciertamente lo necesitaremos y que sea lo más capaz posible.

-¿No deberemos referirnos a quienes han de gobernar y a quiénes han de ser gobernados?

- Pues está claro.

- Que los más ancianos deben gobernar y los más jóvenes ser gobernados, es patente.

- Es patente, en efecto.

- ¿Y no lo es también que quiénes deben gobernar han de ser los mejores de aquellos?

- Si, eso también. (...)

-Si nuestros gobernantes deben ser los mejores guardianes, ¿no han de ser acaso los más aptos para guardar el Estado?

-Efectivamente.

-Y en tal caso, ¿no conviene que, para comenzar, sean inteligentes, eficientes y preocupados por el Estado?

-Sin duda.

-Y aquello de lo que uno más se preocupa suele ser lo que ama. Y lo que uno ama al máximo es aquello a lo cual considera que le convienen las mismas cosas que a sí mismo, y de lo cual piensa que, si lo que le acontece es favorable, lo será para él también; y en caso contrario, no.

-De acuerdo.

-En tal caso, hay que seleccionar entre los guardianes hombres de índole tal que, cuando los examinemos, nos parezcan los más inclinados a hacer

toda la vida lo que hayan considerado que le conviene al Estado, y que de ningún modo estarían dispuestos a obrar en sentido opuesto.

- Serian los más apropiados, en efecto.

-Por eso me parece que en todas las etapas de la vida se les debe vigilar, observando si son cuidadosos de aquella convicción o si en algún momento son embrujados y forzados de modo tal que llegan a expulsar el pensamiento de que se debe obrar de la manera que sea mejor para el Estado (Platón, *La República* 412 a, b, c, d, e).

Más adelante, el mismo filósofo, escribe en otro pasaje que hay servidores públicos débiles, sin convicciones, que son persuadidos a obrar en perjuicio del Estado. A continuación se transcribe el texto:

- Me parece que los hombres son privados del pensamiento verdadero sin quererlo.

- Y esto sucede mediante robo, embrujo o por violencia.

- Esto no lo entiendo.

- (...) Cuando digo que les sucede mediante robo, lo cual les hace cambiar de idea o bien olvidarla, es porque unas veces el discurso, y otras el tiempo, es lo que los despoja sin que lo adviertan. Ahora entiendes, supongo.

- Sí.

- En cuanto a los que, sin quererlo, son privados del pensamiento verdadero por la violencia, me estoy refiriendo a aquellos a los que alguna pena o sufrimiento hacen cambiar de opinión.

-Esto también lo comprendo, y concuerdo contigo.

- Y cuando hablo de los que son embrujados me refiero a los que cambian de opinión seducidos por el hechizo de algún placer o paralizados por algún temor.

- Parece, en efecto, que todo cuanto engaña, hechiza (Platón, *La República*, 413 b, c)

Los responsables de combatir la corrupción deben tener en cuenta las siguientes preguntas: ¿Por qué en los gobiernos y administraciones públicas hay tantos problemas sin resolver pese a existir instituciones para ello? Pobreza, desempleo, analfabetismo, injusticia, sanidad, entre otros. ¿Por qué si el ciudadano paga impuestos, numerosos servicios públicos no funcionan? Alumbrado público, suministro de agua, asfaltado de calles, seguridad, recogida de basura. ¿Por qué en algunos países los colegios piden cuota para mantenimiento de la escuela y

cuota para pagar el sueldo del conserje? ¿Por qué ciertos ayuntamientos piden al ciudadano, quien ya pagó sus impuestos, que compre materiales (arena, cemento, grava, lámparas, etc.) para obtener un servicio público, es decir, que el ciudadano prácticamente financie el servicio público requerido? Por ejemplo, en municipios pobres, cuando el ciudadano solicita que se repare el alumbrado público, el ayuntamiento afirma no tener recursos para comprar lámparas, pero ofrece al ciudadano la posibilidad de comprarlas y el ayuntamiento la coloca. ¿Por qué en algunos sitios de la administración pública para tramitar un documento hay que ofrecer un “estimulo”, “regalo” o “gratificación” al servidor público para que realice o agilice un trabajo por el que ya está cobrando? ¿Por qué muchos servidores públicos además de gozar y abusar de privilegios (coche, vales para comida, gasolina, viajes, sueldos altos, sobresueldos, bonos, y demás estímulos), se enriquecen en poco tiempo? ¿Por qué autoridades responsables de reservas ecológicas o parques nacionales las recalifican o privatizan para construir hoteles, clubs de golf, departamentos o centros comerciales? ¿Por qué, en definitiva, hay servidores públicos que se enriquecen desde el cargo? Es de señalar que existe un eje común que atraviesa estas y otras tantas preguntas en torno a la corrupción.

## 6. SELECCIONAR UN ENFOQUE PARA EL ABORDAJE

El equipo responsable de combatir la corrupción debe *conocer el estado de la cuestión del fenómeno objeto de análisis*. Existen diversas formas para abordar este fenómeno: a) Desde su conceptualización, abarcando distintas definiciones y características, b) Por la tipología o las formas que adopta la corrupción; c) Por las características de cada tipo de corrupción; d) Por las múltiples causas que la generan; e) Por los efectos que genera en diferentes espacios de una sociedad (económico, político, social, cultural, etc.), f) Por las formas de operación, es decir, los mecanismos para su funcionamiento, g) Por la percepción que se tiene de este fenómeno apoyado en las opiniones de la ciudadanía, h) Por la medición del fenómeno en un espacio determinado, i) Por los sectores o campos de acción específicos donde actúa (educación, salud, medio ambiente, justicia, entre otros), j) Por los casos más sonados en los medios de comunicación, son ejemplos: Los escándalos de la FIFA, del Vaticano o los Papeles de Panamá, k) Por los mecanismos para combatirla: Fiscalía Anticorrupción, Organismo de Lucha Antifraude de la Unión Europea (OLAF), Canciller de Justicia, l) Por su prevención a través de educación en valores, filosofía y ética.

Es de señalar que dichos estudios interactúan estrechamente unos con otros. No podemos combatir la corrupción si no entendemos qué es. Para ello es necesario conocer diversas definiciones, sus características, las formas de operación, etc. De

igual manera si queremos combatirla, prevenirla, controlarla y frenarla, ha de tenerse claro por qué hay que combatirla; para ello ha de disponerse de argumentos, datos, cifras, efectos que ocasiona. Fundamental es contar con instrumentos de lucha. Conocer qué instrumentos han existido en la historia y cuáles existen actualmente, cuales están vigentes y cuáles existen pero no funcionan, cómo operan dichos instrumentos, cuáles de ellos no existen en el lugar donde se va a combatir pero existe la posibilidad de implementar, cuáles existen pero no son viables de operar.

## **7. ELEGIR UN ENFOQUE DE ESTUDIO: LA PREVENCIÓN MEDIANTE LA ÉTICA PÚBLICA**

Para controlar y atajar la corrupción es necesario contar con diversos elementos para su prevención, es decir, dirigirse a la raíz del problema. Los actos corruptos aparecen en la conducta de las personas cuando no hay en su mente frenos que les impidan realizarlos. Los frenos que pueden impedir que una persona realice actos corruptos son los principios y valores con que cuenta. Dichos principios y valores generan conciencia. La conciencia hace que el individuo asuma una responsabilidad y en consecuencia posea un tipo de comportamiento. Un adecuado comportamiento se asocia a una sana educación. Cuando no hay educación, ni principios ni valores en la mente de la persona, se da paso a la ignorancia. La ignorancia es caldo de cultivo para los antivalores y las prácticas corruptas. El reino de la ignorancia es campo fértil para las más descabelladas ideas y los más perversos actos del ser humano. La ética saca de esa ignorancia, por eso es clave para debilitar a la corrupción.

¿Pero cómo se aterriza la ética si esta es parte de la filosofía? Precisamente, los grandes filósofos de las antiguas civilizaciones, tanto de Oriente como de Occidente, enfocaron su atención en la conducta de los gobernantes, dando importancia a los valores y a la educación. Desde entonces, se identificaron los siguientes elementos: a) Preocupación por la formación ética de los gobernantes, b) Incorporación de valores en su conducta, c) Posesión de una filosofía de servicio a la comunidad, d) Consideración del bien común como objetivo de la comunidad, e) Incorporación de reglas morales que guíen la conducta del gobernante plasmadas en documentos (códigos éticos de gobierno), f) Aplicación de castigos severos a quien infrinja las normas, g) Existencia de maestros que formen y guíen al gobernante, h) Implantación de Consejos Éticos que asesoren al gobernante, i) Interiorización en cada servidor público del espíritu de servicio.

En la pelea contra la corrupción, una estrategia frecuente es la de reaccionar en el momento en que tienen lugar casos y escándalos. Dicho enfoque es insuficiente porque se reacciona ante el fenómeno sin ir a las causas que la generan. Bajo este enfoque, es posible que se prenda a algunos corruptos, pero tras ellos, surgirán nuevos

y más. En sociedades altamente corrompidas, la podredumbre brota sola, al igual que un iceberg que muestra en la superficie solo una pequeña parte de su tamaño ocultando bajo el agua una enorme montaña. No habrá control de la corrupción si no cortamos los canales que la nutren. Las prácticas corruptas, que son la suma de múltiples conductas en un espacio y lugar determinados, solo podrán corregirse si nos enfocamos en la prevención. Y las disciplinas que se enfocan a la orientación de la conducta de cara a esta prevención son la ética y la filosofía. En particular, la Ética Pública se dedica al estudio de la conducta de los servidores públicos.

## 8. HERRAMIENTAS Y TÉCNICAS

La Ética Pública es un campo del conocimiento que cuenta con instrumentos de aplicación práctica para prevenir la corrupción. Son ejemplos de instrumentos éticos los siguientes: a) El Consejo Ético, b) La Oficina de Ética de gobierno; c) Un marco jurídico o Ley de Ética de Gobierno o de Estado, d) Un marco normativo de conducta a través de Códigos de Ética generales y específicos, e) Profesionales o expertos en Ética Pública dedicados a enseñar y promover valores: los Agentes Éticos, f) Literatura especializada en ética pública, g) Cine en valores ficción y documental, h) Mecanismos de vigilancia de la conducta de los servidores públicos, i) Mecanismos para la transparencia y la rendición de cuentas, j) Mecanismos de acceso a la información, k) Sistema de quejas y denuncias ciudadanas, l) Sistema de sanciones ejemplares para combatirla la impunidad, m) Un modelo de política en ética pública, n) Sistema de comunicación fluida con la ciudadanía, ñ) Vinculación con los ámbitos privado y social, o) Vinculación estrecha a una Red de ética global, p) Observatorios ciudadanos, entre otros.

## 9. INTEGRACIÓN DE LAS PIEZAS E INTEGRACIÓN DE UN MODELO

Una vez conocida, estudiada y comprendida la operación de las herramientas para combatir la corrupción, análogamente a un rompecabezas, es necesario estructurar un modelo en el que encajen e interactúen todas las piezas. Una propuesta es el denominado *Sistema Ético Integral* (SEI) para la prevención de la corrupción.<sup>2</sup>

## 10. ELABORACIÓN DE UNA POLÍTICA DE ESTADO

Cuando la cultura ética se expande de forma horizontal en los diferentes segmentos de una sociedad y el gobierno retoma o capta esa idea y la hace suya,

---

<sup>2</sup> El Modelo del Sistema Ético Integral (SEI) se desarrolla en la obra de Oscar Diego titulado: *Ética para corruptos. Una forma de prevenir la corrupción en los gobiernos y administraciones públicas* (2009), Bilbao Desclee de Brower.

ya sea por convencimiento propio o bien por presión ciudadana, se incorpora esta necesidad a los planes de gobierno o bien mediante una política pública.

### **11. INSTITUCIONALIZAR Y APLICAR: ENFRENTAR LOS RETOS**

Un paso fundamental será generar espacios para la implementación de la maquinaria contra la corrupción. No quedarse sólo en el discurso sino llevarlo a la práctica. Una política en ética pública necesita instituciones, organismos, programas, realizar acciones concretas, materializar la ética pública. Con ello se demuestra que la ética pública no es teoría sino práctica.

Para echar andar la maquinaria anticorrupción, convendría apoyarse de la divulgación y comunicación para generar una cultura ética. De esta manera, se puede generar una energía positiva, empatía y sinergia que contagie a los distintos miembros de la comunidad política de los tres grandes sectores: público, privado y social.

### **12. VIGILANCIA, CONTROL Y EVALUACIÓN**

Para conocer si se avanza por buen camino es importante hacer autocrítica, vigilando, midiendo y evaluando de forma constante. Quien no comienza por evaluarse a sí mismo, reconociendo y examinando sus errores, se hallará incapacitado para realizar los objetivos planteados. En la vigilancia y control, es bueno contar con el apoyo de los ciudadanos. Estos pueden ser testigos y vigilantes de los actos y conductas de los servidores públicos. Para ello es conveniente enseñar y educar en la participación. Cuando el ciudadano padece un acto indebido o es maltratado por un servidor público, hay que poner en marcha la maquinaria anticorrupción y proceder a sancionar y corregir. El hecho de estar atentos a las actitudes de los servidores públicos puede contribuir a evitar las conductas no éticas. En esta tarea son determinantes los medios de comunicación e instituciones como el Defensor del Pueblo o el Canciller de Justicia.

Una política adecuada de vigilancia y control que identifique a los políticos y funcionarios deshonestos y los expulse de la vida pública, sin permitir su retorno cuando la situación lo requiera, será bien acogida por los ciudadanos. En sentido contrario, mantener en el ámbito público a servidores con verdadero espíritu de servicio, les permite actuar basados en una ética de responsabilidad.

Hay que evitar las conductas arrogantes, prepotentes, soberbias, discriminatorias, abusivas que realizan algunos servidores públicos. El abuso de autoridad, la humillación, el menosprecio hacía los ciudadanos son prácticas arraigadas que hay que evitar, combatir y castigar.

### **13. IDENTIFICACIÓN Y SANCIÓN A CORRUPTOS**

Por el bien de la salud de la comunidad política y de las instituciones de gobierno, es importante que todos aquellos servidores públicos que poseen conductas basadas en antivalores sean identificados, sancionados y, cuando la situación lo exija, expulsados del sector público. Cuando no se corrige y castiga de manera ejemplar las conductas corruptas, la impunidad se expande.

La medida de realizar un padrón o registro de los servidores públicos corruptos en sus diferentes modalidades, que contenga a quienes se mantengan en prácticas no éticas, es, sin lugar a dudas, una medida disuasoria.

#### **14. COMUNICACIÓN ESTRECHA Y CONTINÚA CON LA CIUDADANÍA**

La información continua a la ciudadanía de lo que se hace en materia anticorrupción, dando seguimiento a los diversos casos así como en materia de cultura ética es fundamental. La confianza entre gobierno y ciudadano está deteriorada, urge restituirla. De ahí la importancia de este punto a través de los medios de comunicación.

#### **15. UNA MEJORA CONTINUA EN EL FUNCIONAMIENTO INSTITUCIONAL**

Finalmente, la retroalimentación y mejora continua deben estar presentes. Generalmente, cuando se emprenden nuevas iniciativas surgen fallos que hay que corregir de inmediato. En el campo de la construcción, cuando se levanta un muro, si este no se nivela y corrige, en la medida que va creciendo, se desvía, inclinándose hasta caerse. De manera análoga, si los pilares o cimientos del edificio contra la corrupción están torcidos, será difícil que la maquinaria contra la corrupción verdaderamente funcione. Cuando los cimientos institucionales están bien establecidos, hay una mayor posibilidad de que los organismos, personas, ideas y recursos coordinados adecuadamente permitan constituir las bases para un gobierno ético guiado por valores.

La mejora continua dentro del modelo para prevenir la corrupción consiste en hacer los ajustes necesarios con el fin de mejorar el funcionamiento de la maquinaria anticorrupción. El *Consejo Ético* convocará con periodicidad a reuniones y rendirá informes y resultados de sus actividades.

#### **CONCLUSIONES**

Contrario a la creencia en general de que la corrupción no tiene solución, este trabajo se enfoca en demostrar lo contrario, es decir, que sí hay solución.

Cuando un pueblo o Estado verdaderamente quiere enfrentar y controlar la corrupción lo puede hacer.

Existen disciplinas desde antaño que ponen atención especial a la conducta de los gobernantes, como la ética. Actualmente, la ética pública, además de dirigir su trabajo a la conducta de los servidores públicos, cuenta con instrumentos de aplicación práctica.

El conocimiento de las herramientas integradas en un modelo aplicable a través de una política en ética pública conlleva a la generación de una cultura ética para un Estado. La ética es un poderoso instrumento de control de la corrupción, es un dique para hacer frente al oleaje tempestuoso que provoca el mar de la corrupción.

### REFERENCIAS

Alonso, José Antonio y Mulas-Granados, Carlos (2011). *Corrupción, Cohesión social y desarrollo. El Caso de Iberoamérica*, Madrid, FCE España.

Diego Bautista, Oscar (2006). *La ética en la gestión pública. Fundamentos, estado de la cuestión y proceso para la implementación de un Sistema Ético Integral en los gobiernos*, Tesis doctoral, Madrid, Universidad Complutense de Madrid (UCM).

Diego Bautista, Oscar (2009). *Ética para corruptos. Una forma de prevenir la corrupción en los gobiernos y administraciones públicas*, Bilbao, Desclee de Brower.

Malem Seña, Jorge (2002). *La corrupción, Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Barcelona, Editorial Gedisa.

Mandeville, Bernard (1997), *“La fábula de las abejas o cómo los vicios privados hacen la prosperidad pública”*, Madrid, Fondo de Cultura Económica.

Platón, *La república*, en Diálogos Tomo IV, Madrid, Editorial Gredos.

## OS DELINEAMENTOS DE UMA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

### *THE OUTLINE OF A GENERAL THEORY OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE PERSPECTIVE OF THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988*

Juliana Giovanetti Pereira da Silva

Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela UNIMEP. Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho pela Escola Paulista de Direito. Professora de Direitos Humanos em cursos preparatórios para concurso público. Advogada.

Lais Giovanetti

Mestranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela UNIMEP. Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho pela Escola Paulista de Direito. Advogada.

**SUBMISSÃO EM 09.05.2016**

**APROVAÇÃO EM 04.10.2016**

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v2i1.1739>

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo analisar a teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva da Constituição Federal de 1988. Primeiramente, faz-se uma pequena abordagem no que tange a problemática da terminologia, se direitos fundamentais ou humanos, suas conceituações, distinções e a busca de um consenso. Após, passa-se a analisar a evolução histórica dos direitos fundamentais da pré-história à contemporaneidade. Em seguida, verificam-se as principais características de tais direitos. Analisam-se ainda as dimensões ou gerações dos direitos fundamentais e as discussões acerca da expressão mais adequada, se gerações ou dimensões de direitos. Trata também da fundamentalidade formal e material e da classificação dos direitos fundamentais. Por último, faz-se uma abordagem dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, demonstrando que com o passar dos anos ocorreu uma interpretação ampliativa do texto previsto no caput do artigo 5º da Constituição Federal. Do ponto de vista metodológico, aplicou-se o método da revisão bibliográfica, utilizando-se de deduções para a obtenção da conclusão.

**Palavras-Chave:** Direitos Fundamentais; Conceito; Classificação.

**Abstract:** *This article aims to analyze the general theory of fundamental rights in the light of the Constitution of 1988. First, a small approach is made regarding the issue of terminology, whether fundamental or human rights, its concepts, distinctions and search a consensus. It passes to analyze the historical evolution of the fundamental rights of prehistory to contemporary. Then, it appears the main characteristics of such rights. It also analyzes dimensions or generations of fundamental rights and the discussions about the most appropriate expression, if generations or dimensions of rights. It also deals with formal fundamentality and material and the classification of fundamental rights. Finally, it makes an approach of fundamental rights in the Constitution of 1988, showing that over the years there has been an ampliative interpretation of the text referred to in the caput of Article 5 of the Federal Constitution. From a methodological point of view, it applied the method of literature review, using deductions to obtain the conclusion.*

**Keywords:** *Fundamental rights; Concept; Classification.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O problema terminológico: direitos fundamentais ou direitos humanos?. 3. A evolução histórica dos direitos fundamentais. 4. As principais características dos direitos fundamentais. 5. As dimensões/gerações dos direitos fundamentais. 6. Da fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais. 7. A classificação dos direitos fundamentais. 8. Os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Conclusão. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo volta-se para a construção de uma teoria geral dos Direitos Fundamentais frente à Constituição Federal de 1988. Nesse contexto, o artigo abordará o conceito e a terminologia adequada, vez que apesar de se pronunciar e utilizar o termo Direitos Fundamentais, denota-se que alguns doutrinadores adotam diversas outras expressões como sinônimos, por exemplo, direitos humanos, direitos humanos fundamentais, liberdades públicas, direitos dos cidadãos, direitos da pessoa humana, direitos do Homem. Nesse sentido, o presente trabalho pretende demonstrar qual a melhor terminologia que define o seu conceito técnico jurídico.

Neste ínterim, será tratada a evolução histórica dos Direitos Fundamentais, desde a pré-história até a contemporaneidade. Ressalte-se que os direitos fundamentais ganharam grande importância e relevância no século XX. No ordenamento jurídico interno, tal importância se deu principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988 que tratou dos direitos e garantias fundamentais em cinco capítulos específicos, nos artigos 5º a 17, com o devido status jurídico que lhes é pertinente.

Tais direitos foram organizados em direitos e garantias individuais (Capítulo I), direitos sociais (Capítulo II), direitos de nacionalidade (Capítulo III), direitos políticos (Capítulo IV) e direitos que se referem à participação em partidos políticos, bem como a sua existência e organização (Capítulo V), os quais serão analisados em tópico específico.

Desta forma, a Constituição de 1988 tem se mostrado um grande instrumento de fortalecimento do Estado Democrático de Direito na medida em que atribui aos direitos fundamentais aplicabilidade direta e força vinculante em relação a todos os poderes da República, além da presença de cláusulas pétreas, do controle de constitucionalidade e das garantias processuais que protegem os direitos fundamentais contra a ingerência do Poder Estatal.

Este artigo pretende, portanto, analisar objetivamente a teoria geral dos direitos fundamentais para a compreensão de sua aplicabilidade, suas principais características, classificações e particularidades.

## **2. O PROBLEMA TERMINOLÓGICO: DIREITOS FUNDAMENTAIS OU DIREITOS HUMANOS?**

Insta esclarecer, antes de adentrar ao problema terminológico que se pretende analisar, que tanto na doutrina quanto no direito positivo - constitucional e internacional -, não há um consenso quanto à utilização das expressões direitos fundamentais e direitos humanos. A doutrina já tem alertado para essa heterogeneidade, ambiguidade e ausência de um consenso na esfera conceitual e terminológica.

Importa ressaltar que além das expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos” que são largamente utilizadas, outras expressões, tais como “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais”, são aplicadas quando para designar direitos e garantias referentes ao Homem.

Por sua vez, verifica-se que em virtude da aplicação indiscriminada dos vocábulos direitos humanos ou direitos fundamentais há uma aparente confusão entre os dois termos. No entanto, essa confusão é aceita pela doutrina e pelo direito positivo, principalmente quando compreendidos e quando designam o mesmo conceito e conteúdo.

Frisa-se que essa confusão somente é permitida já que não restam dúvidas que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos - grupos, povos, nações, Estado (SARLET, 2014, p. 29).

Contudo, apesar de ambos os termos serem aplicados como sinônimos, há distinções entre eles, no que se refere à positivação, perspectiva e efetividade-aplicabilidade.

Para Ingo W. Sarlet, a expressão Direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado. Ao passo que a expressão “direitos humanos”

guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano, como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional) (SARLET, 2014, p. 29).

Outro ponto de distinção para o autor Ingo Wolfgang Sarlet é quanto à eficácia jurídica e social dos direitos humanos que não integram o rol dos direitos fundamentais de determinado Estado. Pois, para alcançar a eficácia depende, em regra, da sua recepção na ordem jurídica interna e, além disso, do status jurídico que esta lhes atribui, visto que do contrário lhes falta o caráter cogente. Assim, a efetivação dos direitos humanos encontra-se, ainda e principalmente, na dependência da boa vontade e da cooperação dos Estados individualmente considerados (SARLET, 2014, p. 34).

Ainda, no âmbito da discussão em torno da melhor terminologia a ser adotada, é relevante destacar que para designar direitos humanos ou direitos fundamentais, alguns autores, mais recentemente, utilizam a expressão “direitos humanos fundamentais” (SARLET, 2014, p. 33).

A discussão quanto ao problema terminológico é longa e não seria possível abordá-la por completo, assim, diante do exposto, o que se pode concluir é que independentemente da ausência de um consenso, o que importa é que o sentido das expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” não se cuidam de termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas sim, de dimensões íntimas e cada vez mais inter-relacionadas, o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de positivação, cujas consequências práticas não podem ser desconsideradas, mas que ao final procuram tratar e proteger os direitos do Homem e a dignidade humana.

### **3. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Os direitos fundamentais são fruto de grande evolução histórica e social ao longo do tempo, eles não surgiram todos de uma vez, mas foram sendo descobertos, declarados conforme as próprias transformações da civilização humana, sendo a luta pela limitação do poder político um dos principais fatores para o acolhimento destes direitos (COMPARATO, 2003, p. 40).

Já na Idade Média, a sociedade deparou-se com a necessidade de proteção de alguns direitos inerentes ao ser humano, compreendendo que sem a proteção destes direitos, jamais haveria uma sociedade justa que pudesse perdurar ao longo dos anos.

Nas civilizações gregas e romanas já se via bases para o reconhecimento dos direitos humanos, quando se colocavam a pessoa humana como centro da questão filosófica, através de uma explicação antropocentrista sobre a vida humana (MARTINS, 2003, p. 21). A possibilidade de participação do povo nos assuntos da cidade serviu de limitação para o exercício do poder político e os direitos à proteção do homem ganhavam destaque e espaço (COMPARATO, 2003, p. 43).

Neste período da história também, começou a surgir a ideia de um direito natural ao direito positivo, pela distinção entre lei particular, sendo aquela que cada povo da a si mesmo, e lei comum, que consiste na possibilidade de distinguir entre o que é justo e o que é injusto pela própria natureza humana. Essa distinção feita por Aristóteles tem como exemplo a peça *Antígona* onde se invoca leis imutáveis contra a lei particular que impedia o enterro de seu irmão (LAFER, 1998, p. 35).

Ainda, foi durante a Idade Média que se difundiram os primeiros documentos escritos reconhecendo direitos a determinados estamentos, a determinadas comunidades, nunca a todas as pessoas, principalmente através de forais ou cartas de franquia (FERREIRA FILHO, 2003, p. 11). Dentre estes documentos, merece destaque a Magna Carta, outorgada por João Sem-Terra no século XII devido a pressões exercidas pelos barões decorrentes do aumento de exações fiscais para financiar campanhas bélicas e pressões da igreja para o Rei submeter-se à autoridade papal (COMPARATO, 2003, p. 71-72).

Na Inglaterra outros documentos foram de fundamental importância como o *Petition of Rights*, de 1628, que reclama a necessidade de consentimento na tributação, o julgamento pelos pares para a privação da liberdade e a proibição de detenções arbitrárias (FERREIRA FILHO, 2003, p. 12). Também a Lei de *habeas corpus*, de 1679, que protegia a liberdade de locomoção e que inspirou ordenamentos do mundo todo (COMPARATO, 2003, p. 86).

E no campo teórico na Idade Média foram de fundamental importância os escritos de São Tomás de Aquino ressaltando a dignidade e igualdade do ser humano por ter sido criado a imagem e semelhança de Deus e distinguindo quatro classes de lei, a lei eterna, a lei natural, a lei divina e a lei humana, esta última, fruto da vontade do soberano, entretanto devendo estar de acordo com a razão e limitada pela vontade de Deus (MAGALHÃES, 2000, p. 18-19).

Com a Idade Moderna e o nascimento do Estado Moderno aliado à nova classe burguesa, que necessitava, em sua origem, de um poder absoluto, único, para poder desenvolver sua atividade com segurança, pouco a pouco foi se eliminando a sociedade estamental, para uma nova sociedade onde o indivíduo começava a ter preferência sobre o grupo.

Embora tenha existido grande avanço durante a Idade Moderna, não se pode falar ainda em direitos considerados universais, ou seja, comuns a toda e qualquer pessoa apenas por pertencer a raça humana, pois os direitos eram meras concessões reais podendo ser revogadas, ou seja, não constituíam um limite permanente na atuação do poder político.

Este período da história da humanidade foi marcado por grandes revoluções que implicaram sobremaneira no desenvolvimento dos direitos humanos. Não se pode negar a importância das Revoluções inglesa, americana e francesa para o reconhecimento de direitos inerentes à pessoa humana, cada uma é claro contribuindo da sua maneira, sendo as duas últimas as que influenciaram as constituições do século XIX (RUBIO, 1998, p. 82).

Em 1689, o *Bill of Rights* reconheceu alguns direitos ao indivíduo: o direito de liberdade, o direito a segurança e o direito à propriedade privada, direitos estes que já haviam sido consagrados em outros documentos, entretanto como eram constantemente violados pelo poder real foram recordados na esperança de que desta vez fossem respeitados (ARAGÃO, 2001, p. 32).

Também impôs limites ao poder real, pois deslocou para o Parlamento as competências de legislar e de criar tributos, e institucionalizou a separação de poderes, eliminando o Absolutismo pela primeira vez desde o Início da Idade Moderna, sendo esta sua principal contribuição (COMPARATO, 2003, p. 90).

Em 1776, é elaborada a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia afirmando que todos os seres humanos são livres e independentes, possuindo direitos inatos, tais como a vida, a liberdade, a propriedade, a felicidade e a segurança, registrando o início do nascimento dos direitos humanos na história (COMPARATO, 2003, p. 49).

Mas foi em 26 de agosto de 1789 que surge a mais importante e famosa declaração de direitos fundamentais, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual foi marcada pela universalidade dos direitos consagrados, e que (SIQUEIRA, PIRICILLO, 2009) “[...] afirma solenemente que qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos fundamentais nem estabelecida a separação dos poderes não tem constituição” (Artigo 16).

Embora existam diferenças, tanto a Declaração Francesa quanto as americanas e com menos intensidade o *Bill of Rights* inglês contribuíram com o surgimento do Estado de Direito e com a constitucionalização dos direitos inerentes à pessoa humana.

Nesta esteira, podemos destacar a importância da Declaração Universal dos Direitos do Homem, datada de 10 de dezembro de 1948, quando aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. Neste momento destacou-se a internacionalização dos direitos humanos, fixando-se agora em um contexto in-

ternacional os direitos fundamentais, o que naturalmente ensejaria uma maior prevalência destes no contexto do ordenamento jurídico interno.

A partir daí os direitos fundamentais passaram a ganhar relevo, tanto na esfera internacional, quanto no ordenamento jurídico interno de cada Estado, passando-se a enxergar os direitos fundamentais sob outra ótica, uma ótica da necessidade, a isonomia passou a estar presente sempre ladeando os direitos fundamentais, sua previsão sempre buscando a limitação do poder estatal, para que pudesse prevalecer a liberdade individual.

#### **4. AS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

De acordo com o Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Alexandre Guimarães Gavião Pinto, e o professor João Trindade Cavalcante Filho, os direitos fundamentais possuem algumas características que serão abordadas e analisadas (PINTO, 2010).

Primeiramente a imprescritibilidade, a qual determina que tais direitos fundamentais não perecem pelo decurso do prazo, pela falta de uso. Mas esta característica não se trata de uma regra geral e absoluta, pois alguns direitos são prescritíveis, como é o caso da propriedade, que pode ser perdida pelo instituto da usucapião.

Outra característica é a inalienabilidade. No tocante à inalienabilidade, ela define que os direitos fundamentais não podem ser transferidos, não podem ser vendidos, nem doados, nem emprestados a outro titular ou titulares de direitos.

A terceira característica é a irrenunciabilidade. Por ela os direitos fundamentais não podem ser renunciados pelo seu titular. Não se pode fazer com eles o que bem se quer, pois eles possuem eficácia objetiva, isto é, importam não apenas ao próprio titular, mas também possuem interesses de toda a coletividade. Também aqui há exceções, pois existem alguns direitos fundamentais que são disponíveis, tais como a intimidade e a privacidade.

Os direitos fundamentais são universais porque abrangem e se aplicam a todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica.

Eles são também efetivos, uma vez que impõe ao Poder Público, em sua rotineira atuação, a adoção de mecanismos que garantam a efetivação dos relevantes direitos que informam.

São relativos, ou seja, nenhum direito fundamental é absoluto, eis que podem ser relativizados. Primeiramente, porque podem entrar em conflito entre

si – e, nesse caso, não se pode estabelecer *a priori* qual direito vai “ganhar” o conflito, pois essa questão só pode ser analisada tendo em vista o caso concreto. E, em segundo lugar, nenhum direito fundamental pode ser usado para a prática de ilícitos. Então – repita-se – nenhum direito fundamental é absoluto.

A indivisibilidade. Os direitos fundamentais são um conjunto, não podem ser analisados de maneira separada, isolada. Assim, desrespeitar a um direito fundamental, na verdade, significa o desrespeito a todos.

E por fim, a última característica apresentada é a aplicabilidade imediata, prevista no ordenamento jurídico brasileiro, no artigo 5º, parágrafo 1º, que determina que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Logo, cabe aos poderes públicos, Judiciário, Legislativo e Executivo desenvolver e garantir a todos estes direitos.

## 5. AS DIMENSÕES/GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições passaram por diversas transformações, houve autênticas mutações históricas, quanto ao seu conteúdo, titularidade, eficácia e efetividade.

Nesse sentido, a classificação dos direitos fundamentais em dimensões ou gerações trata-se de uma classificação que leva em conta a cronologia em que os direitos foram paulatinamente conquistados pela humanidade e a natureza de que se revestem (CAVALCANTI FILHO, 2013).

Acrescenta-se que com relação à expressão “gerações” há diversas críticas por parte da doutrina nacional e internacional. Ela pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais. A impropriedade do nome “gerações” em face da continuidade da história dos direitos fez cogitar de outras determinações. Fala-se em “dimensões” ou “configurações” em vez de “gerações”. Não há recusa pelos autores do termo “gerações”. Mas procura-se aliar o critério histórico a um critério lógico, somar a historicidade com a tipicidade. Apoia-se à sucessão histórica numa tipificação lógica, que revela o perfil dos direitos nos momentos mais expressivos de sua historicidade (SARLET, 2014, p. 45).

Sendo assim, apesar do dissídio terminológico, verifica-se a convergência de autores na utilização da expressão “dimensões” dado ao fato de que os direitos fundamentais desde que reconhecidos nas primeiras Constituições se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção nos catálogos constitucionais e documentos de Direito Internacional.

Desta forma, o termo “dimensões”, a teoria dimensional, não aponta somente para o caráter cumulativo e para a natureza complementar dos direitos fundamentais, mas afirma sua unidade e indivisibilidade no contexto interno (constitucional) e internacional.

Didaticamente, podemos dizer que os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira “dimensões” formam o lema da Revolução Francesa, a saber: liberdade, igualdade e fraternidade (PINTO, 2010).

Os direitos de primeira geração ou dimensão - individuais ou negativos - foram os primeiros a ser conquistados pela humanidade e se relacionam à luta pela liberdade e segurança diante do Estado. Por isso, caracterizam-se por conterem uma proibição ao Estado de abuso do poder. Trata-se de impor ao Estado obrigações de não fazer. São direitos relacionados às pessoas, individualmente. Exemplo: propriedade, igualdade formal - perante a lei -, liberdade de crença, de manifestação de pensamento, direito à vida, dentre outros (CAVALCANTI FILHO, 2013).

Os direitos de segunda geração ou dimensão - sociais, econômicos e culturais ou direitos positivos - são entendidos como os direitos de grupos sociais menos favorecidos, e que impõem ao Estado uma obrigação de fazer, de prestar - direitos positivos, como saúde, educação, moradia, segurança pública, alimentação. Baseiam-se na noção de igualdade material - redução de desigualdades -, no pressuposto de que não adianta possuir liberdade sem as condições mínimas - educação, saúde - para exercê-la. Nesse caso, em vez de se negar ao Estado uma atuação, exige-se dele que preste saúde, educação etc. Trata-se, portanto, de direitos positivos - impõem ao Estado uma obrigação de fazer. Exemplo: saúde, educação, previdência social, lazer, segurança pública, moradia, direitos dos trabalhadores (CAVALCANTI FILHO, 2013).

Os direitos de terceira geração ou dimensão - difusos e coletivos - são direitos transindividuais, isto é, direitos que são de várias pessoas, mas não pertencem a ninguém isoladamente. Transcendem o indivíduo isoladamente considerado. São também conhecidos como direitos metaindividuais - estão além do indivíduo - ou supraindividuais - estão acima do indivíduo isoladamente considerado. Exemplo de direitos de terceira geração: direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito à paz, ao desenvolvimento, direitos dos consumidores.

Alguns autores defendem a ideia de existência de direitos de quarta geração ou dimensão, mas ainda não há consenso na doutrina sobre qual o conteúdo desse tipo de direitos. Há quem diga tratarem-se dos direitos de engenharia genética - é a posição de Norberto Bobbio -, enquanto outros referem-nos à luta pela participação democrática - corrente defendida por Paulo Bonavides. Por isso mesmo, é discutível a importância dessa categoria (CAVALCANTI FILHO, 2013).

Diante das críticas levantadas e a despeito de todos os demais aspectos ponderados diante dessa classificação dos direitos fundamentais, crê-se que o mais importante é a postura ativa e responsável que todos, governantes e governados, no que concerne à afirmação e efetivação dos direitos fundamentais de todas as dimensões, pois somente assim estar-se-á no caminho da afirmação de um direito constitucionalmente “altruísta” e “fraterno”.

## **6. DA FUNDAMENTALIDADE FORMAL E MATERIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Para o jusfilósofo Robert Alexy, intrínseca à noção de direitos fundamentais está justamente a característica da fundamentalidade, que de acordo com a sua lição “aponta para a especial dignidade e proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material” (SARLET, 2014, p. 75).

A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos, devidamente adaptados ao nosso direito constitucional pátrio: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, de tal sorte que – neste sentido – se cuida de direitos de natureza supralegal, b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais - procedimento agravado - e materiais - cláusulas pétreas dispostas artigo 60 da Constituição Federal, c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas - artigo 5º, §1º da Carta da República (SARLET, 2014, p. 75).

A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade (SARLET, 2014, p. 75-76).

No tocante a fundamentalidade formal, por exemplo, o Título II da Constituição Federal traz um extenso rol de normas jurídicas definidoras de direitos e garantias fundamentais de forma expressa, esses direitos previstos nesse catálogo são identificados como direitos fundamentais formais.

Outrossim, podem ainda os direitos fundamentais formais serem também materialmente fundamentais. Esses são direitos fundamentais que com relação à organização normativa no texto constitucional, ou estão dispersos em outros artigos da Constituição Federal, a dispersão caracteriza opção técnico-legislativa do constituinte brasileiro - exemplos são os artigos 6º e 7º da Carta da República -, ou estão fora da Constituição Federal.

Para o autor Jorge Miranda, “os direitos fundamentais formais são as posições jurídicas subjetivas protegidas pela Constituição Formal por estarem nela inscritas” (MIRANDA, 2000, p. 9).

Desta forma, a formalidade decorre do simples fato de alguns direitos terem sido eleitos pelo Poder Constituinte Originário como direitos fundamentais e conseqüentemente escritos na Constituição, passando esses direitos a assumir um status jurídico especial, com um regime jurídico próprio.

Konrad Hesse define os direitos fundamentais formais como “aqueles direitos que o direito vigente qualifica de direitos fundamentais” (HESSE, 1998, p. 225).

Na Constituição Federal de 1988 é possível encontrar inúmeros direitos e garantias que pelo seu conteúdo não seriam direitos fundamentais, mas que por vontade do Poder Constituinte Originário, e mesmo do Derivado, se tornaram fundamentais quando ingressaram no texto constitucional.

Contudo, os direitos fundamentais não se esgotam nos indicados pela Constituição, uma vez que ela própria aponta a existência de outros direitos fundamentais nela não positivados, restando insuficiente o conceito formal de direitos fundamentais.

Já a fundamentalidade material dos direitos fundamentais decorre da abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não expressamente constitucionalizados, direitos fundamentais que estão fora da Constituição formal, conforme exposto no art. 5º, §2º da CF.

Tem-se, assim, que a Constituição Federal possui um elenco aberto de direitos e garantias, que não estão restritos ao Título II, bem como não se encontram limitados ao texto Constitucional. Resta ao intérprete a tarefa de localizar estes direitos e garantias não expressos no texto constitucional.

Assim, pode-se classificar os direitos fundamentais segundo a fundamentalidade em: a) direitos constitucionais formais não-fundamentais, são direitos formalmente constitucionais, estão dentro da constituição formal, mas não traduzem direitos fundamentais; b) direitos constitucionais formalmente fundamentais, são aqueles direitos constitucionais que foram definidos pelo Poder Constituinte Originário ou Derivado no texto constitucional como sendo direitos fundamentais, encontram-se no rol dos direitos fundamentais; c) direitos constitucionais formalmente e materialmente fundamentais, são aqueles direitos constitucionais que foram definidos pelo Poder Constituinte Originário ou Derivado no texto constitucional como sendo direitos fundamentais e que possuem um conteúdo essencial fundamental, que estão previstos ou no Título II da CF ou dispersos em outros artigos pelo texto

constitucional; d) direitos constitucionais materialmente fundamentais, são aqueles direitos constitucionais que não foram definidos pelo Poder Constituinte Originário ou Derivado no texto constitucional como sendo direitos fundamentais apesar de possuírem um conteúdo essencial fundamental; e) direitos materialmente fundamentais fora do catálogo constitucional, como por exemplo os constantes na legislação ordinária ou de tratados internacionais que tenham conteúdo normativo fundamental e que por força do art. 5º, §2º gozaram do mesmo regime jurídico dos direitos fundamentais, como por exemplo os direitos de personalidade constantes na legislação civil.

Os direitos fundamentais, sejam formais ou materiais, gozam de aplicabilidade direta e imediata, por força do disposto no §1º do art. 5º da Constituição Federal, bem como vinculam imediatamente os poderes públicos.

## 7. A CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

À luz do direito constitucional positivo brasileiro, a questão da classificação dos direitos fundamentais revela-se como sendo particularmente problemática.

O problema classificatório reside da diversidade de funções exercidas pelos direitos fundamentais, de sua distinta e complexa estrutura normativa, bem como das especificidades de cada ordem constitucional. Há, também, diversos critérios classificatórios utilizados pelas doutrinas que nem sempre são compatíveis entre si, além de muitas vezes não ser compatíveis com o direito constitucional positivo.

Uma classificação que se revela viável pelo que já foi exposto é a que distingue os “direitos fundamentais em ESCRITOS ou EXPRESSAMENTE POSITIVADOS - na Constituição ou em tratados internacionais -, e os NÃO ESCRITOS - implícitos ou decorrentes do regime e dos princípios -” (SARLET, 2014, p. 167), critérios esses que se baseiam pela fundamentalidade dos direitos fundamentais - material e formal -, na problemática da abertura do catálogo, mais especificamente, no disposto no artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal.

Para o doutrinador Ingo W. Sarlet é na teoria de George Jellinek juntamente com a do ilustre Robert Alexy que se encontram as formas classificatórias mais relevantes e férteis, cientificamente resistentes, além de constitucionalmente adequadas (SARLET, 2014, p. 168).

George Jellinek formulou a teoria da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, de acordo com a qual o indivíduo, como vinculado a determinado Estado, encontra sua posição relativamente a este vinculado por quatro espécies e situações jurídicas (*status*), seja como sujeito de deveres, seja como titular de direitos (SARLET, 2014, p. 162).

De acordo com a lição de Jellinek, na formulação que lhe deu Alexy, o *status* seria uma espécie de estado - uma situação - no qual se encontra o indivíduo o qual qualificaria sua relação com o Estado.

O primeiro *status* é o passivo - *status subjectionis* -, no qual o indivíduo estaria subordinado aos poderes estatais, sendo meramente detentor de deveres, e não de direitos, significando de outra banda, que o Estado possui a competência de vincular o cidadão juridicamente por meio de mandamentos e proibições. Para além desse *status subjectionis*, Jellinek toma como base a ideia de que, por ser dotado de personalidade, ao indivíduo é reconhecido um *status negativus*, consistente numa esfera individual de liberdade imune ao *jus imperi* do Estado, que, na verdade, é poder juridicamente limitado. O terceiro *status* referido por Jellinek - e que complementaria o *status negativus* - é o assim denominado *status positivus* - ou *status civitatis* -, no qual ao indivíduo seria assegurada juridicamente a possibilidade de utilizar-se das instituições estatais e de exigir do Estado determinadas ações positivas. É no *status positivus* que se poderia, grosso modo, enquadrar os assim denominados direitos a prestações estatais, incluindo os direitos sociais (SARLET, 2014, p. 162).

Jellinek complementa sua teoria com o reconhecimento de um *status activus* ao cidadão, no qual este passa a ser considerado titular de competências que lhe garantem a possibilidade de participar ativamente da formação da vontade estatal, como, por exemplo, pelo direito de voto (SARLET, 2014, p. 162).

Analisando a teoria exposta, registra-se a convergência, no que concerne à divisão, dos direitos fundamentais em dois grandes grupos, direitos fundamentais como DIREITOS DE DEFESA e pelos DIREITOS A PRESTAÇÕES (SARLET, 2014, p. 168).

Para o Prof. Canotilho há também outras divisões, desta forma os direitos a prestações podem ser classificados em direitos ao acesso e utilização de prestações estaduais - por sua vez subdivididos em direitos derivados e direitos originários a prestações - e, por outro lado, em direitos à participação na organização e procedimento (SARLET, 2014, p. 168-169).

Já para o jusfilósofo Alexy, os direitos a prestações abrangem os direitos prestacionais em sentido amplo - direitos a proteção e direitos à organização e ao procedimento -, bem como os direitos a prestações *stricto sensu*, que se identifica com os direitos sociais de natureza positiva (SARLET, 2014, p. 168-169).

Importante lembrar que estas classificações não traduzem uma dicotomia ou dualismo. Sempre é preciso distinguir o direito fundamental como um todo, ou sem sentido amplo, que compreende sempre ambas as facetas (negativa e positiva).

Reitera-se, por fim, que tais teorias não infirmam o regime jurídico unificado e a interdependência de todos os direitos fundamentais, mas apenas parte da

distinção entre o objeto próprio de cada situação - ou posição - jurídica subjetiva na qual se compõe os direitos fundamentais (SARLET, 2014, p. 174).

## **8. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Os direitos fundamentais foram inseridos de maneira explícita nas constituições há pouco tempo, mais precisamente após a 2ª Grande Guerra Mundial, quando os povos começaram a se preocupar com a proteção aos direitos da pessoa humana, em virtude das violências cometidas pelos regimes fascista, stalinista e nazista, como também pelo perigo de ameaça à tranquilidade universal decorrente da instabilidade das relações entre os diversos países.

Sobre o assunto, o professor José Afonso da Silva aponta que o reconhecimento dos direitos fundamentais do homem em enunciados explícitos nas declarações de direitos é recente e está longe de se esgotarem suas possibilidades, já que a cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos. Mais que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira em proprietários e não proprietários (SARLET, 2000, p. 153).

No Brasil, também houve reflexos dessa preocupação com os direitos fundamentais dos seres humanos, e em 1985 iniciou-se um processo de redemocratização no país, após um regime ditatorial iniciado com o golpe de 1964 que desembocou na promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual não apenas estabelece um regime político democrático, como propicia um grande avanço no que se refere aos direitos e garantias fundamentais.

Foi na Constituição Federal de 1988 que a matéria dos direitos fundamentais foi tratada com o status jurídico que lhes é devido, pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio.

Esse tratamento e preocupação foi fruto de uma reação do Constituinte, das forças sociais e políticas ao regime de restrição e aniquilação das liberdades fundamentais do período ditatorial.

Destarte, os direitos fundamentais na Lei Maior brasileira vigente se tornaram os mais abrangentes e extensos de todas as Constituições até então vigorantes no país.

Ressalta-se que além das liberdades públicas, a Constituição de 1988 assegura a igualdade de todos perante a lei e a dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988, no tocante à temática dos direitos fundamentais, inovou com o mandado de segurança coletivo, o *habeas data* para assegurar o conhecimento de informações relativas à sua pessoa e o mandado de injunção para

exigir o cumprimento da Constituição. A Carta Maior assegura a inviolabilidade de cinco direitos fundamentais: a) direito à vida; b) direito à liberdade; c) direito à igualdade; d) direito à segurança; e) direito à propriedade, entre outros.

A Carta Magna acolhe além dos direitos explícitos os chamados direitos implícitos contidos em outros artigos além do artigo 5º, como os direitos fundamentais sociais previstos nos artigos 6º e 7º. Ela admite também a incorporação de outros direitos presentes em tratados internacionais em que a República Federativa seja parte, conforme o artigo 5º, parágrafo 2º.

### CONCLUSÃO

Este artigo buscou evidenciar a presença dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.

Em primeiro lugar fez-se uma breve análise sobre a definição dos direitos fundamentais e a problemática envolvida, para, logo em seguida, demonstrar a diferença entre direitos fundamentais e humanos, o que tem sido enfrentado diariamente pela doutrina constitucionalista.

Em seguida, relatou-se a evolução histórica dos direitos fundamentais, sendo que até o presente momento a doutrina não conseguiu uniformizar o entendimento, sendo que uma corrente entende que surgiu na Inglaterra com a Magna Carta do Rei João Sem Terra e outros, ligados ao entendimento cristão, afirmam que surgiu com a Lei de Deus.

Abordou-se a localização dos direitos fundamentais na nossa Constituição Federal de 1988, concluindo que a maior parte desses direitos se encontra principalmente entre os artigos 5º e 17, não se descartando a hipótese da presença de outros direitos fundamentais em outros artigos da Constituição e fora dela - tratados internacionais.

Seguindo esta análise, percebeu-se que os direitos fundamentais não estão limitados à Constituição, e estão nela dispostos apenas para evitarem-se de uma maior intangibilidade. Nesta tangente, verificou-se que os direitos fundamentais não se restringem à esfera interna, mas são um misto de conquistas derivadas da luta pelo direito e da tentativa de regulação da vida em uma sociedade cada vez mais internacional.

Ressaltou-se neste sentido que a disposição dos direitos fundamentais no sistema constitucional brasileiro é o reflexo de diversas correntes doutrinárias desenvolvidas na Alemanha, Estados Unidos e França após a 2ª Guerra Mundial.

A Constituição de 1988 tem se mostrado um grande instrumento de fortalecimento do Estado Democrático de Direito na medida em que atribui aos direitos fundamentais aplicabilidade direta e força vinculante em relação a todos os poderes da república.

Sendo assim, por todo o exposto, uma conclusão é inevitável de que os direitos fundamentais, que são aqueles considerados indispensáveis à pessoa humana, são mais do que necessários para assegurar a todos uma existência livre, igualitária, justa e digna, por isso, o Estado não deve apenas reconhecê-los formalmente, pois é imperiosa a busca incessante e rotineira de sua plena concretização, incorporando-se à vida dos cidadãos, para se aperfeiçoar o Estado Democrático de Direito.

### REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Selmo Regina. *Direitos Humanos: do Mundo Antigo ao Brasil de Todos*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.
- BARROSO, Darlan ; ARAUJO JUNIOR, Marco Antonio. *Vade Mecum*. 2ª ed, São Paulo: RT, 2012.
- CAVALCANTI FILHO, João Trindade. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao\\_trindadade\\_teorias\\_geral\\_dos\\_direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade_teorias_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf)>. Acesso em 06 jul. 2015.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república Federal da Alemanha*. Tradução de Luíz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- HUMAN RIGHTS. Artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789. Disponível em: <<http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-11-20.html>>. Acesso em 06 jul. 2015.
- LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- LALAGUNA, Paloma Durán. *Manual de Derechos Humanos*. Granada: Comares, 1993.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direitos Humanos (sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade)*. São Paulo: Editora Juarez, 2000.
- MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. *Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General*. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999.
- MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. *Dignidade da Pessoa Humana: Princípio Constitucional Fundamental*. Curitiba: Juruá Editora, 2003.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. *Direitos fundamentais – legítimas prerrogativas de liberdade, igualdade e dignidade*. Disponível em: <[http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=ae67daf5-7ca9-408c-93b6-b58186a81197&groupId=10136](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ae67daf5-7ca9-408c-93b6-b58186a81197&groupId=10136)>. Acesso em 06 jul.2015.

RUBIO, Valle Labrada. *Introduccion a la Teoria de los Derechos Humanos: Fundamento. Historia. Declaracion Universal de 10 de diciembre de 1948*. Madrid: Civitas, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. *Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5414](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414)>. Acesso em 06 jul. 2015.



## SÚMULA N. 443 DO TST: UMA NOVA ESTABILIDADE? *PRECEDENT Nº 443 OF THE SUPERIOR LABOR COURT: A NEW STABILITY?*

Lúcia Souza d'Aquino

Mestre e doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Guilherme Antônio Balczarek Mucelin

Especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais pela UFRGS. Especialista em Direito Internacional Público e Privado e da Integração pela UFRGS. Pós-graduando lato sensu em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade IDC.

**Submissão em 26.07.2016**

**Aprovação em 15.10.2016**

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v2i1.2012>

**Resumo:** O presente artigo analisa a polêmica em torno da Súmula n. 443 editada pelo Tribunal Superior do Trabalho, no sentido de verificar ou não uma nova estabilidade criada pela jurisprudência. Para tanto, é feito um cotejo entre os princípios da não discriminação, da isonomia, da proteção e os institutos da garantia de emprego, assim como é proposta uma reavaliação dos fundamentos que ensejam a reintegração do trabalhador ao emprego, a fim de proteger a dignidade da pessoa humana, em análise da doutrina e jurisprudência.

**Palavras-chave:** Garantia de emprego; HIV, AIDS e doenças graves; Reintegração; Princípio da não discriminação.

**Abstract:** *This paper analyzes the controversy surrounding the Precedent No. 443 issued by the Superior Labor Court, in order to verify or not a new stability created by the jurisprudence. Therefore, it is made an association among the principles of non-discrimination, equality, protection and the institutes of the employment guarantee, as well as it is proposed a re-evaluation of the fundamentals of the reinstatement in order to protect the dignity of the human person, in an analysis of doctrine and jurisprudence.*

**Keywords:** *Employment guarantee; HIV, AIDS and serious diseases; Reinstatement; Principle of non-discrimination.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho: efetivação do princípio da não discriminação nas relações trabalhistas. 2.1 O princípio da não discriminação nas relações de trabalho e doenças que causam estigma ou preconceito. 2.2 A criação e as implicações da Súmula 443 do TST. 3. Reintegração no emprego com fundamento na Súmula 443 do TST: uma nova modalidade de garantia de emprego? 3.1 A necessária diferenciação entre garantia no emprego e estabilidade no emprego. 3.2 A (não) garantia no emprego dos portadores de HIV, AIDS e doenças graves. Conclusão. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A proteção jurídica contra atos discriminatórios em relação ao Direito do Trabalho não é consequência apenas de fontes formais, pois também se instrumentaliza a partir de entendimentos jurisprudenciais que estabelecem o princípio da não discriminação como base teórica da jurisdição trabalhista, especialmente nos casos em que o trabalhador é acometido por HIV ou outras doenças graves que suscitam estigma ou preconceito.

Sobre a matéria, em setembro de 2012, o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Resolução n. 185/2012, editou a Súmula n. 443, a qual dispõe sobre a presunção de discriminação na dispensa do empregado portador de tais moléstias, afirmando seu direito à reintegração ao trabalho, já que se trata de ato nulo, uma vez que a dignidade da pessoa humana, principalmente no que toca às relações laborais, não pode ser posta em xeque.

A questão controversa (e que justifica o presente estudo) reside no motivo que causa a reintegração do empregado doente: seria este a configuração de uma nova estabilidade criada pelo verbete da Corte? Assim, objetiva-se demonstrar que o estigma e o preconceito e, portanto, a discriminação, são capazes de gerar ao trabalhador o direito à reintegração, mesmo que ausentes os pressupostos da garantia de emprego.

## 2. SÚMULA 443 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO: EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Classicamente o Direito sempre enxergou os homens *in abstracto*, isto é, como sujeitos ditos racionais e livres, capazes de autorregular suas vidas, submetidos a um mesmo ordenamento jurídico (WIEACKER, 1980, p. 298) e que não levava em consideração as diferenças entre as pessoas. Em contraposição à homogeneidade da figura do indivíduo, diversas transformações sociais, ocorridas especialmente após a Revolução Industrial, demandaram do Estado o reconhecimento da diversidade de sujeitos que

compunha a sociedade, cada um com suas peculiaridades, tornando a pessoa em si o centro das relações jurídicas (PINHEIRO, 2007, p. 498).

Essa pluralidade acabou por modificar sensivelmente o Direito, já que não pôde ficar alheio ao reconhecimento da fraqueza de certos grupos da sociedade, tendo que desenvolver meios (leis especiais e microssistemas) para concretizar o princípio da igualdade material (LORENZETTI, 1998, p. 53), guiando-se pela valorização dos princípios constitucionais e pelos direitos humanos. Tais leis especiais modificaram o sistema jurídico ao qual pertencia o sujeito, sendo considerado a partir de então pelos papéis sociais que desempenha (empregado, consumidor, locatário etc.).

E mais: considera-se o sujeito *in concreto* ante a coletividade por suas características e debilidades pessoais, as quais justificam um tratamento diferenciado. Trata-se de uma necessária concretização do princípio da igualdade, de tratamento “desigual aos desiguais, da procura de uma igualdade material e momentânea para um sujeito com direitos diferentes, sujeito vulnerável, mais fraco. A lei especial e os direitos a ele assegurados são aqui instrumentos de igualdade” (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 16).

Na seara trabalhista, em consequência da fraqueza do trabalhador (ROMITA, 1979, p. 143), forjou-se o princípio da proteção ao obreiro, o qual tem como papel fundamental o estabelecimento de uma “igualdade de armas” (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 182) entre o empregado e o empregador. Nesse compasso, o Direito do Trabalho desempenha papel fundamental na busca pela isonomia nas relações de trabalho, que tem por fundamento, inclusive, o princípio da não discriminação, utilizando-se de diversas fontes normativas para que o trabalhador seja resguardado e tenha sua igualdade material assegurada. No mesmo sentido, a Justiça do Trabalho atua fortemente para alcançar esses objetivos, através de sua força normativa, de súmulas, de orientações jurisprudenciais e de sentenças normativas (ARAÚJO).

Assim, com todos esses instrumentos, é possível, em decorrência do princípio da proteção, da isonomia e da não discriminação, proteger o trabalhador, especialmente no que toca a estigmas, preconceitos e atos discriminatórios decorrentes de doenças graves, a fim de se exaltar a dignidade da pessoa humana.

## **2.1 O PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E DOENÇAS QUE CAUSAM ESTIGMA OU PRECONCEITO**

Discriminação é uma distinção que não possui fundamentos materiais ou jurídicos que a autorize, diferentemente da mera diferenciação entre pessoas, que tem sentido diverso e é admitida pelo Direito. Para o Direito do Trabalho, discriminação “é a conduta pela qual se nega à pessoa, em face de critério injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação

concreta por ele vivenciada” (DELGADO, 2003, p. 767), sendo considerada pela Organização Internacional do Trabalho “toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento no emprego ou profissão” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO).

O princípio universal da não discriminação, assim, é assegurado por diversas normas internacionais e pela Constituição Federal, incidindo em especial na área trabalhista, em razão do grau de sujeição e subordinação de uma das partes desta relação à outra (CEHAB, 2010, p. 52).

No plano internacional, vários são os instrumentos que preveem a igualdade material entre as pessoas: a Declaração Universal dos Direitos do Homem dispõe que todas as pessoas são iguais perante a lei, tendo os mesmos direitos, sem qualquer discriminação<sup>3</sup>; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece o princípio da igualdade entre as pessoas e veda a prática de discriminação<sup>4</sup>; nas relações trabalhistas, a Organização Internacional do Trabalho trata da não discriminação no emprego especialmente na Convenção n. 111<sup>5</sup>.

No plano nacional, a Constituição Federal de 1988 estabelece já em seu preâmbulo que o Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito destinado a assegurar, dentre outros direitos fundamentais, a igualdade como um dos valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social<sup>6</sup>. No mesmo sentido, estatui o combate a qualquer forma de discriminação como um objetivo<sup>7</sup>, atribuindo à lei a punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> Art. VII: Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação

<sup>4</sup> Art. 24: Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei

<sup>5</sup> Art. 1 — 1: Para os fins da presente convenção o termo “discriminação” compreende: a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

<sup>6</sup> Preâmbulo: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa Do Brasil.

<sup>7</sup> Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>8</sup> Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à

Cumpre destacar que o princípio da não discriminação nas relações de trabalho está intimamente ligado aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, ao princípio da igualdade e ao princípio da proteção ao trabalhador.

A dignidade da pessoa humana, consagrada na Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III, é concebida como valor supremo constituído pelo conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem (SILVA, 2009, p. 137), devendo ser aplicado tanto no direito privado, como no direito público. Assim, esse princípio constitui núcleo essencial intangível dos direitos fundamentais e representa, conforme Sarmento (2000, p. 59 ss.), “o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado”.

Nesta mesma linha de raciocínio, Moraes esclarece acerca dos contornos do termo “dignidade da pessoa humana”, ao afirmar que

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2004, p. 129)

Com relação ao princípio da igualdade material, buscado pelos Estados Democráticos de Direito, este não veda as meras diferenciações entre as pessoas (DUGUIT, 1923, p. 595), mas tão somente as “*differenziazioni arbitrarie*” (PALLIERI, 1963, p. 366). Em outras palavras, a regra da igualdade impede que se estabeleçam distinções “arbitrárias ou irrazoáveis, porque carecidas de fundamento material bastante” (PORTUGAL, 1992). Dray (1999, p. 109) afirma que, “sendo admissíveis as diferenciações, o que se pede e exige é que estas sejam materialmente fundadas e se baseiem numa distinção objetiva de situações”, e nunca discriminatórias. Nas palavras de BARROS (2016, p. 732), “a não ‘discriminação’ é, provavelmente, a mais expressiva manifestação do princípio da igualdade, cujo reconhecimento, como valor constitucional, inspira o ordenamento jurídico brasileiro no seu conjunto”.

Por fim, temos que o princípio da proteção encontra morada no artigo 7º da Constituição Federal (CASSAR, 2015, p. 167), cuja roupagem ganhou rele-

---

igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

vância a partir dos ensinamentos de Plá Rodriguez (1978, p. 23 ss.), ao perceber que tal princípio se concretiza a partir de três ideias essenciais: “a) *in dubio pro operario*; b) regra da aplicação da norma mais favorável e c) regra da condição mais benéfica”. Assim, é um princípio que é a “própria razão de ser do Direito do Trabalho” (RODRIGUEZ, 1978, p. 27), de modo que os seus desdobramentos informam todos os demais princípios trabalhistas (ZENNI, 2009, p. 11 ss.), inclusive o princípio da não discriminação.

Ademais, a respeito do direito laboral, destaca-se também que o artigo 7º da Carta Magna prevê o princípio da isonomia nas relações de trabalho (VIANA; PIMENTA, 2010, p. 138) por meio de diversos dispositivos<sup>9</sup> que vedam a discriminação em matéria de emprego ou profissão. No âmbito infraconstitucional, a Consolidação das Leis do Trabalho traz o princípio da não discriminação em matéria salarial<sup>10</sup> e em razão do trabalho da mulher<sup>11</sup> e, de forma mais ampla, a Lei 9.029/95 proíbe a adoção de toda e qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego ou sua manutenção (PIMENTA, 2013, p. 222), elencando em seu texto um rol meramente exemplificativo, uma vez que decorre do princípio da isonomia previsto constitucionalmente (VIANA; PIMENTA, 2010, p. 139).

Assim, a dispensa discriminatória, afim da dispensa arbitrária, então, encontra óbice no ordenamento jurídico brasileiro nos mandamentos constitucionais e mais especificamente na referida Lei 9.029/1995, especialmente em seu artigo 1º, que dispõe:

É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Ainda, de acordo com o art. 4º da mesma Lei, a quebra da relação de trabalho por ato discriminatório do empregador, além da reparação pelo dano moral, facul-

<sup>9</sup> Art. 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

<sup>10</sup> Art. 461: Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.

<sup>11</sup> CLT, Capítulo III, Seções I a VI.

ta ao empregado optar entre a reintegração com o ressarcimento integral de todo o período e demais reflexos ou a percepção em dobro da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais<sup>12</sup>.

Com relação à discriminação nas relações de trabalho, Romita (2008, p. 119) elencou fatores de discriminação que mais nelas preponderam, enumerando em primeiro lugar o gênero (sexo), em segundo a raça (cor), em terceiro a idade, em quarto o estado de saúde e em quinto a deficiência. Sobre o estado de saúde, o autor ensina que:

[...] ele não está elencado no art. 7º, inc. XXX, da Constituição, nem nas Convenções n. 111 e 117 da Organização do Trabalho nem sequer na Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995, entre os que constituem causa de proibição de prática discriminatória no emprego. Entretanto, por interpretação extensiva ou por aplicação analógica, os preceitos legais que vedam a discriminação por motivos diversos encontram azo para incidência quando o fator de discriminação é o estado de saúde do empregado, sendo mais frequentes as hipóteses de lesões por esforço repetitivo (LER) e a síndromes da imunodeficiência adquirida (AIDS, *ectius*, SIDA). Outra fundamentação para a aplicação da regra de proibição de discriminação em tais hipóteses seria o entendimento de que a enumeração legal é meramente exemplificativa, e não taxativa ou limitativa (ROMITA, 2008, p. 119).

Sabe-se que a condição de ser portador de alguma doença grave acarreta tratamento diferenciado por parte da sociedade, o que pode levar à segregação social, já que “doenças sempre serviram para práticas discriminatórias” (RENAULT, 2010, p. 118), que se dão pela criação de estigmas e de preconceitos.

Como exemplo mais recorrente, temos o vírus HIV (*Human Immunodeficiency Virus*), que é o causador da AIDS (*Acquired Immunodeficiency Syndrome*), doença crônica que ataca o sistema imunológico, possibilitando o desenvolvimento de infecções oportunistas, que podem levar a vários distúrbios de saúde graves e até mesmo à morte. Frise-se que o portador do vírus HIV não se confunde com o doente da AIDS, que é o estágio final e avançado da doença, podendo ocorrer entre esses extremos diversos graus de incapacidade laborativa (PIMENTA, 2013, p. 218).

Desta forma, nem sempre o soropositivo ficará impossibilitado de trabalhar, tampouco apresentará riscos de contaminação para os colegas de trabalho. A Organização Mundial da Saúde, em associação com a Organização Internacional do Trabalho, através da Declaração Conjunta de Reunião Consultiva sobre a AIDS e o

<sup>12</sup> ART. 4º: O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre: I - a reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros legais; II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

Local de Trabalho (OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO), esclareceu que, na esmagadora maioria dos ofícios e profissões e das situações laborais, o trabalho não acarreta nenhum risco de transmissão do vírus HIV, seja de um empregado para outro, seja de empregado para cliente (BARROS, 2007, p. 10).

A discriminação, especialmente com relação aos portadores de HIV e doentes da AIDS, reside no fato de as pessoas relacionarem a uma vida sexual perversa, ao uso de drogas ou a outros “grupos de risco” (RENAULT, 2010, p. 121), bem como à ignorância e desconhecimento sobre as formas de contágio do vírus (MUÇOÇA, 2007, p. 593).

Neste ponto, mesmo que inexistente o risco de contágio no ambiente de trabalho por parte do empregado doente ou até mesmo qualquer incapacidade laborativa, a mera condição de ser portador do vírus HIV ou de outra doença estigmatizante já é razão suficiente para o empregador e demais colegas submeterem esse trabalhador a tratamentos degradantes e à segregação na relação de trabalho e na vida em sociedade.

Ao afastar os doentes em geral de suas atividades laborais, estar-se-á configurando uma ofensa ao direito à vida e à saúde, uma vez que representa um retorno à época medieval de segregação dos adoentados, como a tentativa de sua eliminação do ambiente social por representar um (falso) risco. Pesquisas de Barros (2007, p. 22 ss) afirmam que continuar trabalhando não apenas tem consequências econômicas, mas também melhora o bem-estar físico e mental dos pacientes portadores de doenças graves.

Apesar de não existir norma legal específica que proteja os empregados portadores de HIV, acometidos pela AIDS ou outras doenças graves contra atos discriminatórios, a ordem jurídica brasileira já os proíbe genericamente, inclusive na seara trabalhista, já que a infecção pelo vírus HIV (ou outra doença que cause estigma ou preconceito) não constitui justa causa, tampouco motivo justificado para a ruptura do contrato de trabalho (BARROS, 2007, p. 20).

Desta forma, o princípio da não discriminação impõe que os trabalhadores que já desenvolveram a AIDS e enfermidades conexas, ou outra doença grave, devem ser tratados como qualquer outro empregado doente e, os soropositivos assintomáticos, como qualquer outro empregado saudável (URIARTE, 2013, p. 49). O mesmo pensamento deve incidir sobre todas as doenças que suscitem estigma e preconceito.

## 2.2 A CRIAÇÃO E AS IMPLICAÇÕES DA SÚMULA 443 DO TST

A “Semana do TST”, que ocorreu dos dias 10 a 14 de setembro de 2012, teve como propósito o debate entre os ministros do Tribunal Superior do Trabalho

sobre uma “ampla e profunda reflexão destinada ao aprimoramento institucional da Corte, sobretudo de sua prestação jurisdicional” (SCHEUERMAN, 2013, p. 220), envolvendo análise e atualização da jurisprudência, sedimentando-as em súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos, cuja atividade decorre da função uniformizadora que cabe aos tribunais superiores.

Neste compasso, temos que a jurisprudência – expressão do direito – deve proporcionar a solução mais eficaz para os conflitos entre capital e trabalho, adequando-se a novos fatos da vida social em determinado momento histórico, político, econômico e cultural. Referidos fatos, vale lembrar, estão em constante mutação a qual o direito codificado não consegue acompanhar, motivo pelo qual as decisões dos magistrados devem seguir uma trajetória justa (BARROS, 2005, p. 149-150).

Nas palavras de Scheuermann:

A uniformização é justificável e até mesmo uma necessidade do serviço público da jurisdição, pois o texto da lei nem sempre apresenta solução para o problema trazido no processo, competindo ao juiz interpretar e, portanto, atribuir à letra fria da lei a sua compreensão moderna, adaptar o seu sentido aos valores, princípios e normas constitucionais, reavivar sua aplicabilidade segundo o bem comum e o senso de justiça. Ampliada essa atividade interpretativa por milhares de ações judiciais que trazem as mesmas premissas fáticas e jurídicas, é imperativo que a prestação jurisdicional responda racionalmente e com rapidez aos anseios de solução, inclusive padronizando a interpretação jurídica cabível, representada pelas súmulas, orientações ou precedentes jurisprudenciais (2013, p. 220).

Assim, levando-se em consideração a importância da sumulação de entendimentos já consagrados na prática e, a partir da importância dos casos levados à apreciação do judiciário no combate a atos discriminatórios, em setembro de 2012, o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Resolução 185, editou a Súmula 443, com a seguinte redação:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

Esse verbete expressa o entendimento das oito turmas julgadoras e da Subseção Especializada em Dissídios Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho exarado nas últimas décadas em exame de inúmeros recursos de re-

vista, os quais envolveram fatos relacionados a possíveis dispensas discriminatórias em razão de doenças graves e que causaram estigma ou preconceito, culminando na reintegração no emprego.

Para a edição da Súmula 443, tomaram-se fundamentos jurídicos e fáticos analisados previamente em vinte e duas decisões proferidas pelo TST entre 1999 e 2012<sup>13</sup>, tendo como premissa principal a de que se presume discriminatória a dispensa imotivada de empregado portador de doença grave que suscite estigma ou preconceito e, assim, determinando a reintegração desse empregado enfermo (CANÇADO, 2016, p. 175).

Especificamente com relação às doenças levadas ao Tribunal que serviram de fundamento para o entendimento sumulado, a maioria dos casos (quinze das vinte e duas) tratava de empregado soropositivo – daí o motivo de a súmula citar expressamente o vírus HIV e a AIDS.

Contudo, houve mais três doenças que foram apreciadas pelo TST e que ensejaram a reintegração dos empregados: câncer (Recurso de Revista n. 171300-82.2005.5.02.0031), esquizofrenia (Recurso de Revista n. 105500-32.2008.5.04.0101) e a cardiopatia grave (Recurso de Revista n. 18900-65.2003.5.15.0072), motivo pelo qual o Tribunal Superior do Trabalho deixou em aberto o rol de hipóteses a que se aplica a súmula através da expressão “ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito”.

Esses casos analisados pelo TST anteriormente à edição da Súmula 443 e que a deram origem comprovaram a prática da dispensa discriminatória contra trabalhadores doentes cujos contratos de trabalho haviam sido rescindidos e, ao mesmo tempo, também delinearam a necessidade de deixar a encargo do julgador no caso concreto a decisão de qual doença é considerada grave a ponto de causar estigma ou preconceito, a fim de caracterizar a dispensa imotivada como discriminatória, ampliando o leque de hipóteses que garantem a reintegração do empregado (SCHEUERMANN, 2013, p. 229).

Como resposta, a Súmula 443 traz uma importante premissa: a dispensa discriminatória é presumida, já que “fica, com efeito, difícil para o empregado demonstrar que sua doença foi a causa (encoberta) da dispensa. Já o empregador sempre pode justificar eventual outro motivo para a rescisão” (BOSON, 2010, p. 173).

Dessa maneira, a presunção da despedida discriminatória é *iuris tantum*, isto é, relativa (MARTINS, 2011, p. 353) e, portanto, admite prova em contrário. Caberá,

<sup>13</sup> Dados levantados a partir de pesquisa jurisprudencial realizada no sítio eletrônico do Tribunal Superior do Trabalho e pelo índice de súmulas. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_401\\_450.html#SUM443](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM443)>. Acesso em: 29 jun. 2016.

então, ao empregador, o ônus de provar que a despedida do empregado não foi discriminatória, mas sim por motivos lícitos e que, portanto, não faz jus à reintegração.

Para que a dispensa seja regular, não há que se falar em hipóteses de justa causa para a despedida discriminatória deste obreiro, mas somente em razões objetivas de caráter disciplinar, técnico, econômico ou financeiro (PIMENTA, 2013, p. 227), a teor do que se extrai por analogia do disposto no artigo 165 da CLT, o qual estabelece que os “cipeiros” não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, cabendo ao empregador comprovar a existência de qualquer dos motivos mencionados neste artigo, sob pena de ser condenado a reintegrar o empregado<sup>14</sup>.

De acordo com Pimenta:

Caso contrário, presume-se a ocorrência de discriminação, pois terá havido diferenciação do trabalhador para fins de manutenção da relação de emprego sem qualquer base em razões objetivas e não arbitrárias. Trata-se de hipótese de abuso de direito, visto que o exercício do direito de rescisão contratual imotivada, em princípio autorizado por lei, torna-se ilegítimo, por não haver se dado em conformidade com sua finalidade social, sendo maculado pela ilicitude da discriminação (PIMENTA, 2013, p. 227).

Cabe frisar que, muito embora a posição predominante seja a de que é ônus do empregador a prova da dispensa não ser discriminatória, existem minoritariamente julgados que decidem ser ônus do empregado a comprovação da ruptura contratual ter se dado por atos de discriminação (TRT da 17ª Região, Recurso Ordinário n. 0150400-41.2013.5.17.0141), e que inclusive consideram ser indispensável o conhecimento por parte do empregador da doença grave do empregado para que fique configurada a dispensa discriminatória (TRT da 2ª Região, Recurso Ordinário n. 0000941-93.2013.5.02.0007).

Outrossim, aproveitando-se do entendimento majoritário de se tratar de uma presunção relativa e com o ônus probatório do empregador, diversas reclamações trabalhistas foram propostas com fundamento na Súmula n. 443 do TST, o que acabou por desviar a finalidade do entendimento sumulado pelo Tribunal. Para fins de exemplo, varizes nas pernas (TRT da 2ª Região, Recurso Ordinário n. 0001411-42.2012.5.02.0466), doença renal crônica (TST, Recurso de Revista n. 0000724-39.2012.5.02.0022), microadenoma na hipófase (TRT da 15ª Região, Recurso Ordinário n. 0000225-25.2012.5.15.0012), infarto (TST, Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 0000142-71.2010.5.02.0034),

<sup>14</sup> Art. 165: Os titulares da representação dos empregados nas CIPA (s) não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

asma grave e refluxo gástrico (TRT da 3ª Região, Recurso Ordinário n. 0010055-30.2014.5.03.0060) foram fundamentos de ações trabalhistas com o intuito de haver a reintegração (e que não lograram êxito), porque não causam estigma ou preconceito ou por não serem doenças graves.

Ao contrário e acertadamente, um rol de enfermidades tem se consagrado na tutela jurisdicional trabalhista, como o Mal de Parkinson (TRT da 8ª Região, Recurso Ordinário n. 0000604-18.2013.5.08.0014), glaucoma congênito (TST, Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 0001253-04.2010.5.01.0007), hepatite (TST, Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 0000228-09.2013.5.24.0007), deficiência visual (TST, Recurso de Revista n. 8840-07.2006.5.23.0007), doença psiquiátrica (TRT da 16ª Região, Recurso Ordinário n. 41200-58.2009.5.16.0015), lúpus (TST, Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 0001253-04.2010.5.01.0007), dependência química (TST, Recurso de Revista n.0001749-26.2014.5.03.0140), epilepsia (TRT da 9ª Região, Recurso Ordinário n. 00215-2012-303-09-00-7), alcoolismo (TST, Recurso de Revista n. 0001025-28.2011.5.02.0472), esclerose múltipla (TST, Recurso de Revista n. 0090500-33.2002.5.02.0044), tuberculose (TRT da 14ª Região, Recurso Ordinário n. 0010878-78.2014.5.14.0001) e hanseníase (TRT da 2ª Região, Recurso Ordinário n. 0002154-43.2010.5.02.0039), todas ensejadoras da invalidade da despedida e da conseqüente reintegração ao emprego.

Há críticas sobre o final da redação da Súmula n. 443 do TST em relação a sua dissonância com o disposto na lei 9.029/95. Percebe-se que o julgador preferiu, na edição da Súmula, privilegiar a reintegração do empregado acometido de moléstias graves à indenização, suprimindo a opção do artigo 4º da referida Lei que o trabalhador tinha de escolher entre a reintegração ou a percepção em dobro da remuneração do período de afastamento (LIMA, 1997, p. 187).

Convém estabelecer, tendo como parâmetro o referido verbete, se o entendimento sumulado trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro uma nova garantia ou estabilidade de emprego, de modo que se considerou, para se encontrar a resposta, o entendimento dos tribunais trabalhistas do país e a doutrina predominante na matéria de proteção contra a discriminação de operários com doenças graves.

### **3. REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO COM FUNDAMENTO NA SÚMULA 443 DO TST: UMA NOVA MODALIDADE DE GARANTIA DE EMPREGO?**

Reintegração significa restabelecer o *status quo* do empregado, isto é, reconduzir o trabalhador à função ou ao cargo que exercia antes da ruptura contratual. Em

outras palavras, o empregado reintegrado recupera seu antigo emprego, fluindo o contrato de trabalho como se a ruptura não houvesse ocorrido, sendo devidas todas as vantagens e verbas trabalhistas do período do afastamento (LIMA, 2014, p. 225).

Importante esclarecer, contudo, que há diferença conceitual entre reintegração e readmissão: aquela é a volta pura e simples do empregado ao trabalho, enquanto esta dá ensejo a um novo contrato de trabalho, como se novo empregado fosse (SÜSSEKIND, 2005, p. 743). Superada esta distinção, afirma-se que a reintegração é o direito do trabalhador de voltar ao emprego, mesmo contra a vontade do empregador, enquanto inexistir uma causa relevante e expressa em lei que permita a dispensa.

Desta sorte, a reintegração será devida quando o empregado tiver alguma garantia de emprego, independentemente de sua natureza, e sua cisão contratual tenha se dado de forma imotivada ou abusiva ou quando a dispensa for viciada por algum ato discriminatório. Em síntese, são duas as causas que ensejam a reintegração: garantia de emprego e prática de ato discriminatório na dispensa do empregado (CAMINO, 2004, p. 530).

Mister é, portanto, compreender os conceitos de garantia no emprego e estabilidade no emprego para que se possa enquadrar, ou não, a dispensa do empregado portador de doença grave que suscite estigma ou preconceito como uma nova modalidade de estabilidade.

### **3.1 A NECESSÁRIA DIFERENCIAÇÃO ENTRE GARANTIA NO EMPREGO E ESTABILIDADE NO EMPREGO**

Inicialmente, urge observar que garantia no emprego e estabilidade, embora sejam institutos próximos e correlatos – haja vista a finalidade de restringir a extinção do contrato de trabalho –, não se confundem. Neste sentido, considera-se que garantia de emprego é gênero, enquanto estabilidade no emprego e garantia no emprego são espécies. Nas lições de Bezerra Leite:

Garantia de emprego concerne aos valores eleitos no vértice do ordenamento jurídico ao estabelecer princípios voltados a políticas públicas, valorização do trabalho humano e geração de empregos, como o princípio fundamental do valor social do trabalho (CF, art. 1º, IV) e o princípio da busca pelo emprego (CF, art. 170, VIII) (BEZERRA LEITE, 2015, p. 499).

A garantia no emprego restringe o direito potestativo do empregador de dispensar o empregado sem que haja motivo relevante ou causa justa durante tempo determinado. Já a estabilidade não possui um prazo pré-determinado ou fixo, perdurando até que exista fato excepcional ou previsão legal autorizativa da dispensa (BEZERRA LEITE, 2015, p. 499).

Assim, entende-se que garantia de emprego abrange tanto as garantias no emprego quanto as estabilidades no emprego, cada qual com suas peculiaridades específicas e inerentes. Delgado afirma que:

A garantia no emprego é a vantagem jurídica de caráter transitório deferido ao empregado em virtude de uma circunstância contratual ou pessoal obreira de caráter especial, de modo a assegurar a manutenção do vínculo empregatício por um lapso temporal definido, independentemente da vontade do empregador. Tais garantias têm sido chamadas, também, de estabilidades temporárias ou provisórias (expressões algo contraditórias, mas que se vem consagrando) (DELGADO, 2012, p. 1276).

A garantia no emprego é um direito fundamental conferido ao empregado que protege a sua relação empregatícia contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, devendo esta ser apurada em processo administrativo ou na defesa do empregador em ação proposta pelo trabalhador. Entende-se que, ao contrário da estabilidade, que é sempre definitiva, a garantia no emprego, na maioria dos casos, é provisória (BEZERRA LEITE, 2015, p. 499).

Por conseguinte, a garantia provisória no emprego é destinada ao obreiro que se encontre em situação especial em determinado período que impeça a sua dispensa arbitrária ou sem justa causa. Cessada tal causa especial que garantia provisoriamente a manutenção do contrato de trabalho, o empregado poderá ser demitido sem a necessidade de motivação por parte do empregador.

Notoriamente, há certos casos em que há necessidade de um procedimento judicial especial – inquérito para apuração de falta grave – para que se rompa o vínculo empregatício do trabalhador que tenha essa garantia provisória, sendo fundamentado justamente em uma falta grave, como são os casos do dirigente sindical (ROBORTELLA, 1999), do dirigente de sociedade cooperativa de empregados<sup>15</sup>, do empregado membro do Conselho Nacional de Previdência Social<sup>16</sup>, do empregado membro do Conselho Curador do FGTS<sup>17</sup> e do represen-

<sup>15</sup> LEI N. 5.764 DE 1971. Art. 55. Os empregados de empresas que sejam eleitos diretores de sociedades cooperativas pelos mesmos criadas, gozarão das garantias asseguradas aos dirigentes sindicais pelo artigo 543 da Consolidação das Leis do Trabalho; no mesmo sentido: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial n. 253 da SDI-1 do TST: ESTABILIDADE PROVISÓRIA. COOPERATIVA. LEI Nº 5.764/71. CONSELHO FISCAL. SUPLENTE. NÃO ASSEGURADA. O art. 55 da Lei nº 5.764/71 assegura a garantia de emprego apenas aos empregados eleitos diretores de Cooperativas, não abrangendo os membros suplentes.

<sup>16</sup> LEI N. 8.213 DE 1991. Art. 3º, § 7º: Aos membros do CNPS, enquanto representantes dos trabalhadores em atividade, titulares e suplentes, é assegurada a estabilidade no emprego, da nomeação até um ano após o término do mandato de representação, somente podendo ser demitidos por motivo de falta grave, regularmente comprovada através de processo judicial.

<sup>17</sup> LEI N. 8.036 DE 1990. Art. 3º, § 9º: Aos membros do Conselho Curador, enquanto representantes dos trabalhadores, efetivos e suplentes, é assegurada a estabilidade no emprego, da nomeação até um ano após o término do mandato de representação, somente podendo ser demitidos por motivo

tante dos empregados nas comissões de conciliação prévia<sup>18</sup>.

Ressalvados esses casos, todos os demais trabalhadores assegurados por garantia provisória de emprego podem ser dispensados sem a formalidade dessa ação constitutiva negativa (inquérito judicial), sendo requisito apenas que a dispensa não seja arbitrária ou sem justa causa, entendendo-se que não a será se tiver por fundamentos os já referidos mandamentos do artigo 165 da CLT.

Oportuno destacar que, se o empregado se achar dispensado injustamente, competir-lhe-á promover reclamatória trabalhista comum, cabendo o ônus de provar a regularidade do rompimento contratual ao empregador. Caso não se desincumba desse ônus, terá o trabalhador direito a ser reintegrado e a receber os valores pagos desde seu afastamento. Exemplos dos empregados que prescindem do inquérito judicial para apuração de falta grave são os cipeiros<sup>19</sup>, a empregada gestante (TULLIO, 2013), a empregada em licença maternidade (BARROS, 2008) e o empregado acidentado<sup>20</sup>.

Por outro lado, a estabilidade no emprego visa à manutenção da relação empregatícia, protegendo-a contra a vontade de despedida do empregador, salvo nos casos de falta grave cometida pelo empregado (CARRION, 2009, p. 359) e apurada em inquérito judicial ajuizado pelo empregador ou, ainda, na hipótese de força maior devidamente comprovada (BEZERRA LEITE, 2015, p. 499). Martins (2002, p. 371) ensina que estabilidade é “o direito do empregado de continuar no emprego, mesmo à revelia do empregador, desde que inexista uma causa objetiva a determinar sua despedida. Tendo assim, o empregado, o direito ao emprego, de não ser despedido, salvo determinação em lei em sentido contrário”.

Delgado (2005, p. 1241), por sua vez, preleciona que estabilidade é a vantagem jurídica de caráter permanente “deferida ao empregado em virtude de uma circunstância tipificada de caráter geral, de modo a assegurar a manutenção indefinida no tempo do vínculo empregatício, independentemente da vontade do empregador”.

---

de falta grave, regularmente comprovada através de processo sindical.

<sup>18</sup> CLT. Art. 625-B, § 1º: É vedada a dispensa dos representantes dos empregados membros da Comissão de Conciliação Prévia, titulares e suplentes, até um ano após o final do mandato, salvo se cometerem falta grave, nos termos da lei.

<sup>19</sup> ADCT. Art. 10, II, a: Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato; no mesmo sentido: CLT. Art. 165: Os titulares da representação dos empregados nas CIPA (s) não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

<sup>20</sup> LEI N. 8.213 DE 1991. Art. 118: O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.

Em linhas gerais, a estabilidade jurídica ou econômica corresponde à garantia que se concede ao empregado de permanecer no emprego mesmo contra a vontade do empregador, enquanto não existir causa relevante prevista em lei que autorize a rescisão contratual, a exemplo do estável decenal<sup>21</sup>, do servidor público concursado<sup>22</sup> e (a despeito das controvérsias) do servidor não concursado (VILHENA, 1992).

Fica evidente que o instituto da garantia de emprego, compreendendo estabilidade no emprego e a garantia no emprego (também conceituada como estabilidade provisória), tem como escopo principal proteger o empregado de despedidas arbitrárias, mas, mais ainda, tem como fim último salvaguardar o trabalhador em relação às despedidas discriminatórias, a fim de que sejam combatidas todas as formas de estigmas e preconceitos no que concerne às pessoas portadoras do vírus HIV, doentes da AIDS e demais trabalhadores com doenças graves.

Superada a imperativa distinção entre estabilidade no emprego e garantia no emprego, faz-se necessária a análise do ato discriminatório no ato da dispensa do empregado, para que se possa verificar se a sua reintegração significa uma nova garantia de emprego ou não, atentando, principalmente, para os mandamentos dos recentes julgados dos tribunais trabalhistas frente à Súmula n. 443 editada pelo Tribunal Superior do Trabalho.

### **3.2 A (NÃO) GARANTIA NO EMPREGO DOS PORTADORES DE HIV, AIDS E DOENÇAS GRAVES**

A matéria da criação da estabilidade do empregado portador do HIV e outras doenças graves já ganhava relevância no final dos anos 1990. Em outubro de 1999 foi proposto o Projeto de Lei do Senado Federal n. 267 que pretendia inserir o artigo 492-A na Consolidação das Leis do Trabalho, com a seguinte redação: “o empregado portador do vírus HIV não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas”<sup>23</sup>.

O Ministério da Justiça manifestou-se favoravelmente, igualmente à Comissão de Constituição e Justiça e Redação, pelo voto do relator, o então deputado José Genuíno do PT/SP e, posteriormente, aprovado pela Câmara dos Deputados e enviado à sanção presidencial.

<sup>21</sup> CLT. Art. 492: O empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas.

<sup>22</sup> CF/88. Art. 41: São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

<sup>23</sup> Projeto de Lei n. 267 de 1999.

Nesta etapa final do processo legislativo, o referido Projeto de Lei foi totalmente vetado, motivado no artigo 7º, I, da Constituição Federal. A Constituição de 1988 não estabeleceu qualquer exceção expressa que conduzisse à estabilidade permanente, nem seria possível admiti-la por interpretação extensiva ou por analogia, haja vista haver a proteção à relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, que seria a indenização compensatória que a lei complementar teria necessariamente que prever, além de outros direitos que venha esta a estabelecer, exceto o de estabilidade permanente ou plena, a qual daria margem a um *bis in idem* inadmissível.

Assim, de acordo com as citadas razões do veto, não seria possível criar uma estabilidade permanente ou provisória, a não ser as já previstas, as criadas por contrato de trabalho ou por negociação coletiva, porque incompatível com a ordem constitucional. Em apreciação do Congresso Nacional ao veto presidencial, este foi mantido.

Não obstante o Projeto de Lei tenha sido vetado, criou-se, anos depois, na seara trabalhista, a Súmula n. 443 do TST, em atenção à necessidade da humanização do Direito do Trabalho, tendo por fundamentos jurídicos princípios constitucionais, normas legais e diretrizes internacionais, a fim de proteger a dignidade da pessoa humana, culminando na reintegração desse obreiro ao emprego.

Observa-se que a dispensa do empregado acometido por doenças graves que causem estigma ou preconceito configura-se em abuso do direito de rescisão contratual (RENAULT, 2010, p. 126), na medida em que não pode a empregadora discriminar o empregado doente, “nem abusar do exercício de determinado direito, como o potestativo de rescisão contratual” (TST, Agravo em Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista n. 4408-09.2010.5.02.0000), “que também se sujeita às regras da razoabilidade e da ponderação” (TRT da 3ª Região, Recurso Ordinário n. 00119-2008-091-03-00-3), e, assim, tal abuso urge ser combatido.

Nesse ponto, poder-se-ia pensar em criação jurisprudencial de uma nova garantia de emprego em relação a trabalhadores portadores do vírus HIV, doentes da AIDS ou de outras doenças graves que suscitam estigma ou preconceito. Importa destacar, contudo, que há entendimentos doutrinários e jurisprudenciais (TST, Recurso de Revista n. 134300-08.2012.5.17.0121), embora minoritários, de que a reintegração do trabalhador acometido por doenças graves é uma nova modalidade de estabilidade. Resende assim defende:

Embora de forma indireta, recentemente o Tribunal Superior do Trabalho criou, por construção jurisprudencial, e baseado na função integradora e normativa dos princípios, autêntica hipótese nova de estabilidade relativa. Trata-se do estabelecimento de presunção de discriminação na dispensa sem justa causa do empregado portador de doença grave, nos termos da Súmula 443 (RESENDE, 2013, p. 775).

No entanto, não se pode confundir reintegração ao emprego com garantia de emprego, que são institutos diferentes e que têm por fundamentos razões diferentes, isto é, a reintegração ao emprego não é medida que se alcança somente porque um empregado é estável ou tem garantia no emprego. Este entendimento é corroborado por Muçouçah, ao ensinar que:

Não sendo confundida com o instituto da estabilidade, a reintegração ao emprego é uma garantia no sentido de não obstar que o trabalhador tocado pelo HIV interrompa suas atividades e continue a perceber sua remuneração, a conviver em sociedade, enquanto tiver condições físicas para fazê-lo. Assim, garante-se também a continuidade da contribuição à Previdência Social, para que, no momento em que não seja mais possível ao doente de AIDS prosseguir, seja-lhe garantido o direito à aposentadoria. E, frise-se, esse limite ao direito potestativo do empregador vem sendo considerado uma presunção discriminatória, quando não comprovado motivo justo para dispensa (MUÇOUÇAH, 2007, p. 592).

Nota-se que não é apenas a existência de estabilidade que garante ao empregado o direito à reintegração, a exemplo do que se depreende da análise dos julgamentos que deram origem à Súmula n. 443 e, em especial, das ponderações do Ministro Raymundo de Senna Pires:

A inexistência de texto de lei prevendo a estabilidade do trabalhador infectado pelo vírus HIV não impede a sua reintegração no serviço, já que comprovado que a rescisão foi motivada por atos de discriminação, em evidente afronta aos princípios gerais do direito, especialmente no que se refere às garantias constitucionais do direito à vida, ao trabalho, à dignidade da pessoa humana e à igualdade. (TST, Embargos em Recurso de Revista n. 36600-18.2000.5.15.0021)

Assim, defende-se que não se trata de garantia de emprego (TST, Recurso de Revista n. 1624-54.2011.5.01.0064), mas sim de um direito de reintegração do empregado embasado na teoria antidiscriminatória, “sob o risco de se criar uma nova espécie de estabilidade empregatícia totalmente desvinculada do caráter discriminatório que se quer reprimir” (TST, Recurso de Revista n. 775-73.2013.5.04.0664), haja vista existir a possibilidade de dispensa por justa causa ou de denúncia vazia do contrato de trabalho, desde que não se repute discriminatório o ato da dispensa do empregado doente (TST, Recurso de Revista n. 281540-92.2005.5.02.0014).

O próprio TST reconheceu em casos de trabalhadores com doenças graves que:

[...] embora o reclamante tenha postulado, na inicial, o reconhecimento de sua estabilidade no emprego, não indicou nenhuma das hipóteses legais ou contratuais capazes de amparar o pleito, não havendo nos autos qualquer indício de que fosse membro eleito da CIPA, dirigente sindical

ou detentor de estabilidade acidentária. (TST, Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 7383220145180111)

E ainda:

Pensamos, com a devida vênia, que o portador do vírus HIV não possui estabilidade no emprego, por falta de previsão legal, mas não olvidamos que a jurisprudência trabalhista tem admitido excepcionalmente o direito à reintegração, quando constatada a dispensa discriminatória, em função do mal contraído. Repita-se, o fato do reclamante ser portador de HIV não lhe confere qualquer estabilidade. Agora, havendo discriminação por parte do empregador, este merece ser combatido na seara Judiciária. (TST, Embargo em Recurso de Revista n. 150500-18.2009.5.02.0023)

Como demonstrado, o que se busca com a Súmula, em verdade, não é estabelecer uma nova estabilidade ou garantia no emprego (que tampouco fora autorizada por lei na década de 1990), mas sim a humanização das relações de trabalho (TST, Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 3179-04.2012.5.02.0013), por meio da proibição da prática discriminatória em relação a doenças diretamente relacionadas a preconceitos ou estigmas sociais.

## CONCLUSÃO

Ainda hoje a condição de ser portador de uma doença grave, embora não contagiosa, suscita estigma e preconceito em todas as áreas da vida do indivíduo. No Direito do Trabalho, devido à importância do emprego para a concretização da dignidade da pessoa humana, o empregado vítima de práticas discriminatórias encontra abrigo jurídico em diversos dispositivos legais, constitucionais e internacionais.

Notoriamente a Justiça do Trabalho atua como instrumentalizadora do princípio da proteção e da não discriminação nas relações de trabalho. A Súmula n. 443 do TST confirma esse entendimento, na medida em que consolida a jurisprudência no sentido de que a rescisão do contrato de trabalho arbitrária ou sem justa causa do obreiro portador de doença grave é presumidamente discriminatória, assegurando-o direito à reintegração ao trabalho nos casos em que o empregador não se desincumbir do ônus de comprovar que a dispensa não se deu por motivos discriminantes.

Observa-se que garantia de emprego tem como cerne a proteção da relação de emprego do trabalhador que se encontra em uma situação especial em um lapso temporal definido, mesmo que seja contra a vontade do empregador, limitando, desta forma, seu poder potestativo.

Note-se que a proibição da dispensa por conta de discriminação, ao contrário, não garante ao empregado portador de doenças graves que suscitam estigma ou preconceito uma garantia, porque ele pode ser dispensado normalmente desde que essa dispensa se dê de forma legítima.

## REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Francisco Rossal de. *As fontes do direito e o efeito vinculante das súmulas do TST*. Disponível em: <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/trabalhista/154.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2016.
- BARROS, Alice Monteiro de. AIDS no local de trabalho – um enfoque de direito internacional e comparado. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo, v. 19, n. 220, p. 7-28, out. 2007.
- \_\_\_\_\_. Cidadania, relações de gênero e relações de trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 47, n. 77, p. 67-83, jan./jun. 2008.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2016.
- BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BOSON, Luís Felipe Lopes. A discriminação na jurisprudência. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (coord.). *Discriminação*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 268-278.
- BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n. 267 de 1999*. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/40241>>. Acesso em: 04. jul. 2016.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução n. 185, de 14 de setembro de 2012. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, DF, n. 1072, 26 set. 2012. *Caderno Judiciário do Tribunal Superior do Trabalho*, p. 5-36.
- CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 2004.
- CANÇADO, Fernanda Brandão. Fundamentos jurídicos da Súmula 443 do TST e a sua aplicação prática. *Revista Direitos, Trabalho e Política Social*, Cuiabá, v. 2, n. 2, p. 171-191, jan./jun. 2016.
- CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- CHEHAB, Gustavo Carvalho. O princípio da não discriminação e o ônus da prova. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 76, n. 3, p. 52-71, jul./set. 2010.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.
- DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 1999.
- DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. T. III. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie., 1923.
- LIMA, Francisco Gérson. *Igualdade de tratamento nas relações de trabalho*. São Paulo: Malheiros, 1997.

- LIMA, Francisco Meton Marques de. *Elementos de direito do trabalho e processo trabalhista*. São Paulo: LTr, 2014.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2011.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004.
- MUÇOUÇAH, Renato de Almeida Oliveira. A educação em direitos humanos pelo direito ao trabalho: o reconstruir do signo de estar soropositivo. *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 71, p. 588-597, 2007.
- PALLIERI, Giorgio Balladore. *Diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1963.
- PIMENTA, Raquel Betty de Castro. A Súmula n. 443 do TST e a reintegração do empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 79, n. 3, p. 216-232, jul./set. 2013.
- PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Autonomia privada e estado democrático de direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Couto (coord.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 491-508.
- RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Esperando o legista (Deus) – por que o portador do vírus do HIV e o aidético necessitam de proteção trabalhista especial. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (coord.). *Discriminação*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 118-134.
- RESENDE, Ricardo. *Direito do Trabalho Esquematizado*. São Paulo: Método, 2013.
- ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Estabilidade do Dirigente Sindical: liberdade sindical, limites legais e constitucionais. In: NASCIMENTO, Amauri Mascaro (coord.). *A Transição do Direito do Trabalho no Brasil: Estudos em Homenagem a Eduardo Gabriel Saad*. São Paulo: LTr, 1999. p. 112-137.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1978.
- ROMITA, Arion Sayrão. *Despedida arbitrária e discriminatória*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- \_\_\_\_\_. *A subordinação no contrato de trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.
- SCHEUERMANN, Hugo Carlos. A tutela antidiscriminatória e a Súmula 443 do TST. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 79, n. 2, p. 220-231, abr./jun. 2013.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.
- TULIO, Rosimeri; CASAGRANDE, Shauã Martins. Estabilidade e Garantia de Emprego da Gestante. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*, Curitiba, v. IV, n. 9, p. 67-79, 2013.

URIARTE, Oscar Ermida. AIDS e o direito do trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 83, p. 48-56, set. 1993.

VIANA, Márcio Túlio; PIMENTA, Raquel Betty de Castro. A proteção trabalhista contra os atos discriminatórios (análise da Lei n. 9.029/95). In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (coord.). *Discriminação*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 135-142.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Constituição de 1988: servidor público “celetista” concursado e estabilidade. *Revista de Informativos Legislativos*, Brasília, v. 29, n. 115, p. 263-274, jul./set. 1992.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980.

ZENNI, Alessandro Severino Valler; OLIVEIRA, Cláudio Rogério Teodoro de. *(Re)Significação dos Princípios de Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009.

## A PROGRESSIVIDADE NA EXECUÇÃO DA PENA DO SENTENCIADO ESTRANGEIRO PASSÍVEL DE EXPULSÃO

### *CRIMINAL SENTENCE PROGRESSIVITY OF CONVICTED FOREIGNERS SUSCEPTIBLE TO EXPULSION*

Rui Leonardo Alonso Calado

Acadêmico de Direito da Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD).

Cesar Augusto S. da Silva

Doutor em Ciência Política, Mestre em Direito, Professor dos Cursos de Direito e Relações Internacionais da Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD) e Coordenador do Mestrado Fronteiras e Direitos Humanos da UFGD.

**Submissão em 03.10.2016**

**Aprovação em 06.10.2016**

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v2i1.2271>

**Resumo:** O presente artigo busca analisar a possível aplicação da progressividade na execução da pena do sentenciado estrangeiro passível de expulsão. Embora não exista vedação expressa no ordenamento jurídico brasileiro, esses estrangeiros possuem dificuldade em obter os benefícios da execução penal que impliquem diretamente no abrandamento da forma de cumprimento de sua pena, de forma que a existência de um procedimento expulsório é ocasionalmente indicada como óbice para tanto. Para uma melhor compreensão do problema, foram examinadas características do cumprimento da pena no território nacional e da medida de expulsão, bem como temas distintos relacionados ao assunto.

**Palavras-Chave:** Direito de Execução Penal; Sistema Progressivo; Direito Internacional; Expulsão de Estrangeiros.

**Abstract:** *This article intends to analyze the possible application of criminal sentence progressivity for convicted foreigners susceptible to expulsion. Although there isn't an express norm in Brazilian law forbidding it, those foreigners have difficulty obtaining criminal execution benefits that directly imply in less strict ways of serving their sentence, in such a way that the existence of an expulsion procedure is occasionally indicated as an obstacle*

*for the progressivity. For a better understanding of the problem, criminal sentence serving in national territory and expulsion measure characteristics were examined, as well as other related distinct themes.*

**Keywords:** *Criminal Execution Law; Progressive System; International Law; Foreigner Expulsion.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A execução da pena em território nacional. 2.1 Objetivo. 2.2 Progressividade. 2.3 Aferição dos requisitos para a progressão de regime e a individualização da pena. 3. Expulsão. 3.1 Expulsão e institutos correlatos. 3.2 Trâmite e a prisão para fins de expulsão. 3.3 A natureza da medida expulsória. 4. O sentenciado estrangeiro. 4.1 A estigmatização do estrangeiro e do preso. 4.2 Dados acerca dos estrangeiros presos. 4.3 Aplicabilidade do regime progressivo aos expulsandos. 4.4 A Resolução Normativa nº 110 do CNIg, a Portaria SNJ nº 6 de 30/01/2015 e o PL 2516/2015 (Lei de Migração). Conclusão. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O cumprimento da pena em território nacional é hoje regido principalmente por duas leis: a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) e o próprio Código Penal (Decreto-lei nº 2.848/40). Por evidente, a aplicação desses diplomas deve estar em consonância com a Constituição Federal e com os princípios por ela consagrados, além dos compromissos internacionais firmados por nossa República.

Ocorre que a disciplina legal por vezes é insuficiente para regulamentar a ampla gama de situações que se apresentam na prática forense, o que não raramente leva o Estado, no exercício da jurisdição em seu vasto território, a dirimir questões similares de maneiras divergentes.

Este artigo procura tratar de um tema que reflete na execução da pena de sentenciados que se encontram em uma peculiar situação de desproteção por não se tratarem de nacionais, e por isso estarem submetidos a um regime jurídico próprio e frequentemente enfrentarem problemas intrínsecos à sua situação, como as diferenças linguísticas e culturais, dificuldades de comunicação e de assistência e o distanciamento de seus familiares.

Considerando-se as mudanças na política criminal e na política migratória, bem como os avanços no direito internacional dos direitos humanos e seus reflexos no âmbito interno, aliado ao fato do Brasil ter sediado nos últimos anos eventos internacionais de grande magnitude (como as recentes olimpíadas) e atentando-se às reformas legislativas pendentes, tem-se que o momento para a discussão do tema mostra-se bastante pertinente.

## 2. A EXECUÇÃO DA PENA EM TERRITÓRIO NACIONAL

### 2.1 OBJETIVO

A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) estabelece, logo em seu artigo inicial, que a execução penal é o ramo que “tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Do próprio conceito legal percebe-se que a atividade não visa somente à execução das penas privativas de liberdade, razão pela qual hodiernamente é preferível a utilização do termo “Direito de Execução Penal”, e não “Direito Penitenciário”, pois aquele abrange também outros tipos de pena (como as restritivas de direitos) e as medidas de segurança.

No entanto, o presente estudo será concentrado na execução da pena privativa de liberdade, pois além de mais gravosa, é nela em que a progressividade faz-se mais notória.

### 2.2 PROGRESSIVIDADE

De acordo com Damásio de Jesus (2011, p. 565), classicamente dividem-se os sistemas penitenciários em três, sendo eles: o de Filadélfia, em que o sentenciado, salvo exceções, cumpre a pena sem sair de sua cela; o de Auburn, onde trabalha durante o dia junto com os outros presos, em silêncio, e se isola durante a noite; e o sistema progressivo, ou inglês, em que existe um período inicial de isolamento, seguido de trabalho com outros reclusos e, por último, a liberdade condicional. Aponta ainda que “a reforma penal de 1984, tal como fizera o CP de 1940, não adotou o sistema progressivo, mas *um* sistema progressivo (forma progressiva de execução), visando à ressocialização do criminoso”.

Extraí-se do trecho acima que o sistema adotado no Brasil, embora tenha sido inspirado em um dos modelos clássicos, possui características peculiares. Alexandre Calixto da Silva (2009, p. 52) tece comentário semelhante no que tange ao nosso sistema, frisando que a Lei de Execução Penal valorizou a progressividade.

De fato, a progressividade está evidente em nossa legislação. O Código Penal prevê três regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade para a pena de reclusão, quais sejam, o fechado, o semiaberto e o aberto, havendo ainda a possibilidade de concessão de liberdade provisória sob a forma do livramento condicional, sem olvidar-se de benefícios como remição da pena e autorizações de saída a que podem vir a fazer jus o sentenciado.

Evidentemente, o início do cumprimento da pena de reclusão pode ocorrer em regime menos gravoso que o fechado, conforme as diretrizes fixadas nos artigos 59 e 33 do Código Penal, decisão de caráter provisório, dado que a execução da pena deve ocorrer em etapas graduais que proporcionem a progressiva integração social do apenado, como indicado na Exposição de Motivos nº 211, de 9 de maio de 1983 (exposição de motivos do Código Penal):

35. A decisão será, no entanto, provisória, já que poderá ser revista no curso da execução. A fim de humanizar a pena privativa da liberdade, adota o Projeto o sistema progressivo de cumprimento da pena, de nova índole, mediante o qual poderá dar-se a substituição do regime a que estiver sujeito o condenado, segundo seu próprio mérito. A partir do regime fechado, fase mais severa do cumprimento da pena, possibilita o Projeto a outorga progressiva de parcelas da liberdade suprimida.

Ressalta-se que uma vez preenchidos os requisitos legais, a progressão de regime configura direito público subjetivo do sentenciado (MARCÃO, 2014, p. 159). Entretanto, a decisão não será absoluta, eis que, caso sua conduta não seja adequada ao novo regime, poderá ocorrer a regressão para regime mais rigoroso, como preceitua o artigo 118 da Lei de Execução Penal.

### **2.3 AFERIÇÃO DOS REQUISITOS PARA A PROGRESSÃO DE REGIME E A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA**

Os requisitos gerais para a progressão de regime são usualmente classificados em duas ordens: subjetivo e objetivo. Embora essa terminologia não conste expressamente na lei, é amplamente utilizada pela doutrina e jurisprudência (a título de exemplo: MARCÃO, 2014, 158-166; e STF, 2014, RHC 121851/SP).

O requisito subjetivo é referente ao bom comportamento carcerário, ao passo que o requisito objetivo é relativo ao tempo de pena cumprido no regime anterior, observando-se os patamares legais previstos no artigo 112, *caput*, da Lei de Execução Penal e no artigo 2.º, § 2.º, da Lei nº 8.072/90 (1/6 da pena para crimes não hediondos, 2/5 para crimes hediondos e equiparados, se não reincidente, e 3/5 da pena para crimes hediondos e equiparados, se reincidente).

Acentua-se que antes da alteração do artigo 112 da Lei de Execução Penal pela Lei nº 10.792/2003 era exigida a comprovação do “mérito” do sentenciado para progressão de regime, de forma que a decisão judicial deveria ser motivada e precedida do parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame crimi-

nológico, quando aconselhável. Com a nova redação do dispositivo, o bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento prisional, é suficiente para atestar o requisito subjetivo.

A Comissão Técnica de Classificação é o corpo de profissionais de criação determinada pela Lei de Execução Penal (artigos 5.º a 9.º) responsável pela classificação dos condenados e elaboração do programa individualizador de pena, em vistas a dar efetividade ao princípio constitucional da individualização da pena, previsto no art. 5.º, inciso XLVI, da Carta Magna.

E não é só. Segundo o escólio de Mirabete e Fabbrini (2014, pp. 32-33):

O princípio da classificação dos presos é contemplado nas Regras Mínimas para Tratamento do Preso da ONU (nº 8) e do Conselho da Europa (nº 7), no art. 16 da Lei Geral Penitenciária espanhola, no art. 2º do regulamento penitenciário canadense e no art. 8º das normas de aplicação da lei penitenciária sueca, estando presente em qualquer política criminal moderna e constituindo premissa constante de todos os estudos sobre a matéria.

Outrossim, a já mencionada Lei nº 10.792/2003 também alterou a redação do art. 6.º da Lei de Execução Penal, que antes estabelecia ser tarefa da Comissão a propositura de progressões e regressões de regime, bem como eventuais conversões. Embora tal atribuição tenha sido expurgada, o magistrado continua podendo solicitar sua manifestação para melhor apreciar essas questões, caso considere necessário.

Ferramenta ainda mais importante e de maior aplicabilidade para concretização do princípio da individualização da pena é o exame criminológico. A exposição de motivos, desta vez da Lei de Execução Penal (Exposição de motivos nº 213, de 9 de maio de 1984), ajuda a melhor compreender esse instrumento:

31. A gravidade do fato delituoso ou as condições pessoais do agente, determinantes da execução em regime fechado, aconselham o exame criminológico, que se orientará no sentido de conhecer a inteligência, a vida afetiva e os princípios morais do preso, para determinar a sua inserção no grupo com o qual conviverá no curso da execução da pena. [...] parte do binômio delito-delinquente, numa interação de causa e efeito, tendo como objetivo a investigação médica, psicológica e social, como reclamavam os pioneiros da Criminologia.

Atualmente, determina a legislação que seja submetido ao exame criminológico o sentenciado condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade no regime fechado, e, facultativamente, o condenado ao regime inicial semiaberto, no início do cumprimento da pena (artigo 34 do Código Penal e artigo 8.º da Lei de Execução Penal).

Assim como o parecer da Comissão Técnica de Classificação, embora o exame criminológico não constitua mais requerimento legal para a progressão de regime, não há óbice para que seja realizado, desde que por decisão fundamentada, conforme entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula 439 do STJ).

Entende-se que o juiz poderá determinar sua realização de ofício ou a pedido das partes. Mirabete e Fabbrini (2014, pp. 464-466) lecionam que configuram hipóteses que justificam a realização do exame, por exemplo, a gravidade dos crimes praticados, indícios de propensão à fuga, desobediência das condições impostas e dúvida quanto à possibilidade de adaptação em novo regime, ressaltando que o magistrado não estará vinculado ao laudo criminológico.

Além dos requisitos gerais, consistentes no cumprimento de determinado período de pena no regime anterior e no bom comportamento carcerário, a Lei de Execução Penal prevê no *caput* de seu artigo 112 que a transferência a regime menos gravoso deverá respeitar as normas que vedem a progressão de regime.

Nosso ordenamento jurídico já proibiu expressamente, através da Lei nº 8.072/90, em seu artigo 2.º, a progressão de regime dos condenados por crimes hediondos e equiparados (tortura, terrorismo e tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins).

No entanto, o dispositivo foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, por infringir o princípio da individualização da pena. A matéria foi objeto da Súmula Vinculante 26, que determinou a efetiva análise no caso concreto do preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos para progressão de regime, podendo, se necessário, determinar a realização do já abordado exame criminológico.

Em virtude de seu valioso teor didático, colaciona-se trecho do precedente que fundamentou a edição da supramencionada Súmula Vinculante:

A Constituição Federal, ao criar a figura do crime hediondo [...] Não fez menção nenhuma a vedação de progressão de regime, como, aliás - é bom lembrar -, tampouco receitou tratamento penal *stricto sensu* (sanção penal) mais severo, quer no que tange ao incremento das penas, quer no tocante à sua execução. [...] Evidente, assim, que, perante a Constituição, o princípio da individualização da pena compreende: c) individualização da sua execução, segundo a dignidade humana (art. 1º, III), o comportamento do condenado no cumprimento da pena (no cárcere ou fora dele, no caso das demais penas que não a privativa de liberdade) e à vista do delito cometido (art. 5º, XLVIII). Logo, tendo predicamento constitucional o princípio da individualização da pena (em abstrato, em concreto e em sua execução), exceção somente poderia aberta por norma de igual hierarquia nominal. (HC 82959, Voto do Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgamento em 23.2.2006, DJ de 1.9.2006).

A Lei nº 8.072/90 foi posteriormente alterada pela Lei nº 11.464/2007, deixando de impor o regime integralmente fechado para crimes hediondos e equiparados. Entretanto, com a referida alteração legislativa, instituiu-se a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena de tais crimes (art. 2.º, § 1.º, da Lei nº 8.072/90). Contudo, essa previsão é alvo de abundantes críticas, de forma que o STF passou a reconhecer sua inconstitucionalidade em diversos julgados, por novamente violar o princípio da individualização da pena.

Ademais, o Código Penal prevê em seu artigo 33, § 4.º, que a progressão de regime de condenado por crime contra administração está condicionada à reparação do dano que causou ou à devolução do produto do ilícito, dispositivo que também não escapa de censuras. Marcão (2014, pp. 160-161) explica que, uma vez comprovada a incapacidade de reparação do dano, deve-se desconsiderar esse óbice, pois contrário aos objetivos da Lei de Execução Penal.

Por fim, estabelece a legislação que o regime semiaberto deve ser cumprido em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, estando o condenado sujeito a trabalho durante o período diurno (artigo 33 do Código Penal), enquanto que o ingresso no regime aberto e o gozo do livramento condicional pressupõem, respectivamente, o trabalho ou a possibilidade de trabalho e a obtenção de ocupação lícita (artigo 114, inciso I e artigo 132, § 1.º, "a", ambos da Lei nº 7.210/84).

Em decorrência da exigência de labor e de outros fatores, como menor fiscalização do apenado nos regimes mais brandos, muitas vezes é instituída outra vedação à progressão de regime: o sentenciado ser passível de expulsão. Diante disso, procederemos a uma análise do instituto da expulsão, a fim de verificar se essa vedação é legítima.

### **3. EXPULSÃO**

#### **3.1 EXPULSÃO E INSTITUTOS CORRELATOS**

Inicialmente, impende-se ressaltar que a condição de estrangeiro é determinada por critério de exclusão: será estrangeiro aquele que não for nacional (CAHALI, 2010, p. 26). A nacionalidade brasileira é matéria disciplinada nos artigos 12 e 13 da Constituição Federal.

A deportação, a extradição e a expulsão são espécies de medidas compulsórias previstas pelo Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80), modalidades de retirada forçosa de estrangeiros do território nacional (SNJ, 2012, p. 18), regulamentadas pelo Decreto nº 86.715/81.

Conforme a lei brasileira, a primeira consiste em providência administrativa aplicável a estrangeiro que ingresse irregularmente ou cuja estadia tenha sido eivada de alguma irregularidade, não estando relacionada propriamente à prática de delito algum. Regularizada sua situação e após eventual ressarcimento do tesouro nacional, poderá o deportado retornar ao país (artigos 57 a 64 da Lei nº 6.815/80).

A segunda é uma medida bilateral ou multilateral de cooperação internacional, fundamentada em tratado ou promessa de reciprocidade, buscando a entrega à jurisdição de outro Estado de pessoa que deva responder a processo criminal ou para que cumpra pena, após condenada (artigo 76 e subsequentes do Estatuto do Estrangeiro).

A extradição deve atender a dois princípios fundamentais: o da especialidade, segundo o qual o Estado requerente não deve julgar o extraditado por crime diferente daquele fundamentado no pedido, e o da identidade, pelo qual não será concedida a extradição se o fato motivador não for crime em ambos os países e se o Estado requerente aplicar pena inadmitida pelo Estado requerido, circunstância em que deverá se comprometer a não fazê-lo (CAHALI, 2012, pp. 259-260).

Existe a participação do Poder Judiciário, sendo do Supremo Tribunal Federal a competência para analisar os pedidos de extradição solicitados por outro Estado ao Brasil (extradição passiva), nos termos do artigo 102, inciso I, "g", da Constituição. O judiciário não deverá adentrar no exame do mérito do pedido, atendo-se ao controle de legalidade (SNJ, 2012, pp. 22-23).

A extradição de nacionais é coibida na legislação da maioria dos Estados (DEL'OLMO; KÄMPF, 2011, p. 47). Os únicos brasileiros que podem ser alvejados pela extradição passiva são os naturalizados, na hipótese de crime comum cometido antes de sua naturalização ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes (artigo 5.º, inciso LI, da Constituição Federal).

A expulsão, por sua vez, é medida repressiva, de caráter administrativo, que visa à proteção da ordem pública e da segurança nacional. É aplicada unilateralmente a estrangeiros indesejados, estando normalmente conexa à prática de um crime. Deriva do exercício da soberania Estatal e da teoria da hospitalidade, segundo a qual o Estado que admite o estrangeiro pode também determinar seu afastamento, caso desobedecidas as regras do anfitrião (DEL'OLMO; KÄMPF, 2011, pp. 13-14).

Da mesma fora, Mello (2002, p. 1008) ensina que:

A melhor concepção é a que fundamenta a expulsão de estrangeiro no direito de soberania do Estado. A soberania se manifesta em um poder

sobre os indivíduos que se encontram no território de um Estado, inclusive o de expulsar os estrangeiros que violem a sua ordem pública. É preciso assinalar que o Estado não tem apenas o direito, mas também o dever de zelar pela sua ordem pública.

Um dos efeitos característicos da expulsão é a proibição de reingresso no país, sanção de caráter permanente, salvo revogação da medida pela autoridade competente. O reingresso de estrangeiro expulso configura crime, nos termos do artigo 388 do Código Penal.

Nossa legislação só permite a aplicação da medida a estrangeiros, eis que a expulsão de nacionais, sejam eles natos ou naturalizados, configura o banimento, expressamente vedado (artigo 5.º, inciso XLVII, “d”, da Constituição Federal).

Embora o Estatuto do Estrangeiro determine em seu artigo 66 que compita exclusivamente ao Presidente da República decidir sobre a conveniência e oportunidade da expulsão, bem como sobre sua eventual revogação, esse, por meio do Decreto nº 3.447/2000, delegou tal competência ao Ministro de Estado da Justiça, autoridade que a detém até hoje.

Pardi (2015, pp. 102-103) ressalta que a diferença entre competência exclusiva (indelegável) e privativa (delegável) foi introduzida em nosso ordenamento através da Constituição Federal de 1988, ou seja, posteriormente ao Estatuto do Estrangeiro de 1980, diploma que estabelece a competência, e ainda que a praxe das decisões administrativas leva a concluir que o Decreto encontra-se em vigor e é reconhecido pelos Tribunais Superiores.

Passando-se à análise das hipóteses de expulsão, o artigo 65 do Estatuto do Estrangeiro prevê que será passível de expulsão o estrangeiro que atentar contra a segurança nacional, a ordem pública ou social, a tranquilidade ou moralidade pública e a economia popular, bem como aquele cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais. Além disso, suas alíneas dispõem que poderá ser expulso aquele que entre ou permaneça no território nacional mediante fraude ou desrespeite proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro.

Quanto a essas proibições, o artigo 125 estabelece determinadas infrações cominadas em expulsão. A medida também pode ser aplicada em situações que se procederia à deportação ou à extradição do estrangeiro, se justificável (artigos 62 e 87).

Assim, embora taxativas, as hipóteses que legitimam a expulsão do estrangeiro (em especial as previstas no artigo 65 do Estatuto) possuem ampla abrangência, uma vez que abarcam conceitos genéricos como ordem pública, tranquilidade e procedimento nocivo aos interesses nacionais.

Entretanto, o Ministério da Justiça vem afastando-se de motivações abstratas e atualmente pauta a medida somente na prática de crime doloso com sentença condenatória transitada em julgado, em respeito ao princípio da inocência (PARDI, 2015, p. 75).

Além da proibição de expulsão de nacionais mencionada em momento anterior, existem hipóteses em que a aplicação da medida não será admitida, como aquelas elencadas no artigo 75 da Lei nº 6.815, a saber: a configuração de extradição inadmitida pela lei brasileira e ter o estrangeiro cônjuge brasileiro há mais de cinco anos, do qual não esteja divorciado ou separado, ou filho brasileiro sob sua guarda e que dele dependa economicamente – ressalta-se que as últimas não impedem a extradição, nos termos da Súmula 421 do STF.

Em relação à primeira delas, Cahali (2010, pp. 191 e 236) explica que a lei busca impedir a extradição dissimulada em expulsão e entende que o estrangeiro que não é passível de expulsão também não pode ser deportado. Um notório caso que exemplifica bem essas situações é o do foragido britânico Ronald Arthur Biggs.

Não havia à época da prisão de Biggs no Brasil tratado ou promessa de reciprocidade que possibilitasse sua extradição. O estrangeiro possuía companheira brasileira prestes a dar à luz filho seu, o que impediria sua expulsão. Destarte, o então Tribunal Federal de Recursos determinou que ele não pudesse ser deportado para seu país de origem ou qualquer outro que concedesse extradição à Inglaterra, inadmitida *in casu* (DEL'OLMO; KÄMPF, 2011, pp. 110-113). Uma vez firmado o tratado de extradição, o pedido foi negado em razão do advento da prescrição da pretensão executória (STF, 1997, Extradição 721).

Ademais, o artigo 75 do Estatuto estabelece que a adoção ou o reconhecimento de filho brasileiro supervenientes não constituem impedimento à expulsão, e que verificado o abandono do filho, o divórcio ou a separação, a medida poderá ser efetivada a qualquer tempo. Frisa-se que a interpretação desse dispositivo tem sido relativizada em razão do princípio constitucional da proteção da família, que não pode ser restringido apenas ao sustento e à guarda, além do melhor interesse da criança e seu direito ao convívio com os pais.

Esse é o posicionamento que tem adotado o Ministério da Justiça, como aponta Natália Medina Araújo em sua preleção no evento “Cooperação Jurídica de Fronteiras: desafios e perspectivas no âmbito do Direito Penal” (2014),<sup>24</sup> a qual enfatiza ainda que a expulsão não é decretada quando o estrangeiro comete crime cuja pena é igual ou inferior a um ano, por

<sup>24</sup> Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina\\_visualizar&id\\_pagina=1226](http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=1226)>. Acesso em: 14/08/2016.

configurar hipótese de extradição inadmitida, mas que diante de tratados internacionais que adotam como dois anos a pena mínima para extradição, tem-se utilizado esse montante como parâmetro para a aplicação da medida, em respeito à isonomia.

### 3.2 TRÂMITE E A PRISÃO PARA FINS DE EXPULSÃO

O Ministro da Justiça é o responsável por determinar a instauração de inquérito de expulsão, o que pode ser feito após o recebimento de cópia da sentença condenatória e dos antecedentes penais do sentenciado remetidos pelo Ministério Público, como de ofício ou mediante solicitação fundamentada (artigos 68 e 70 do Estatuto do Estrangeiro).

A condução do inquérito será de responsabilidade do Departamento de Polícia Federal, que deverá apurar se está presente alguma das hipóteses de inexpulsabilidade previstas na legislação e oportunizar ao estrangeiro o exercício do direito de defesa (artigo 103 do Decreto nº 86.715/81).

O Estatuto do Estrangeiro estabelece, ainda, a possibilidade de prisão do estrangeiro por determinação do Ministro da Justiça pelo período de até 90 (noventa) dias, prorrogável por igual prazo, a fim de concluir o inquérito ou efetivar a medida expulsória (artigo 69).

Contudo, por tratar-se de hipótese de prisão administrativa, os dispositivos que versam sobre esse instrumento devem ser interpretados à luz da Constituição de 1988, a qual determina que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente” (artigo 5.º, inciso LXI).

Mazzuoli (2015, p. 794) lança importante comentário acerca do assunto:

[...] não há dúvidas de que é competente para a decretação dessa prisão apenas o Juízo Federal da respectiva circunscrição (nos termos do art. 5º, inc. LXI, da Constituição de 1988) e não mais o Ministro da Justiça (uma vez que o art. 69 do Estatuto do Estrangeiro há de ser interpretado *conforme* a ordem constitucional vigente). Caberá, então, à Polícia Federal representar à Justiça Federal requerendo a prisão do expulsando, se for necessária a medida, a qual não poderá ultrapassar 90 dias, permitindo-se apenas uma prorrogação (para concluir o inquérito ou assegurar a execução da expulsão). Passados os 90 dias (ou sua prorrogação) sem que o inquérito tenha terminado ou sem que a medida tenha sido efetivada, deve o expulsando ser posto em liberdade. Tal liberdade, contudo, segundo a regra do art. 73 do Estatuto do Estrangeiro, será *vi-giada* em lugar designado pelo Ministro da Justiça, e guardará as normas de comportamento que lhe forem estabelecidas.

Assim, é possível a prisão do estrangeiro para a conclusão do inquérito ou para a efetivação da medida, desde que decretada pela autoridade judiciária competente, respeitado o prazo máximo legal.

Cahali (2010, p. 226) constata que com a promulgação da atual Carta Magna o Ministro da Justiça foi igualmente destituído da competência de decretar a liberdade vigiada do estrangeiro, prevista no artigo 73 do Estatuto, pois essa também constitui restrição à liberdade e, portanto, só pode ser determinada pelo Poder Judiciário.

Além disso, uma parte da doutrina nacional reconhece a hipótese de retirada voluntária do estrangeiro após a notificação da expulsão, a qual será executada coercitivamente apenas se indispensável (CAHALI, 2010, pp. 231-232) ou em caso de não cumprimento da determinação (MAZZUOLI, 2015, p. 795).

### 3.3 A NATUREZA DA MEDIDA EXPULSÓRIA

A expulsão encontra tratamento jurídico distinto em diversas nações. Em países como Portugal, França e Espanha, é prevista como pena acessória. A Itália a considera medida de segurança. Na Alemanha, por sua vez, é excluída do âmbito penal e tida como medida administrativa preventiva (PINTO, 2005, pp. 104-105), abordagem semelhante àquela dada ao instituto em nosso país.

No Brasil, trata-se de ato administrativo baseado na conveniência e oportunidade. Assim, a autoridade responsável pode deixar de decretar a expulsão do estrangeiro, mesmo que existam motivos para legitimá-la, mas não deve, de modo contrário, agir de forma arbitrária e decretá-la quanto ausentes os motivos ensejadores.

Embora a Lei nº 6.815/80 empregue o vocábulo “pena” para se referir à aplicação da expulsão aos estrangeiros que desobedecem a determinadas infrações (artigo 125, incisos XI, XII, XIII e XV), o termo pode ser utilizado tanto para versar sobre sanções administrativas quanto criminais (PARDI, 2015, pp. 68 e 79), sendo dominante o entendimento de que em nosso Estado a expulsão não é propriamente uma pena (MELLO, 2002, p. 1.008).

Cahali (2010, pp. 199-200 e 213) ressalta que mesmo não sendo pena não deixa de ser um provimento essencialmente sancionatório, ainda que de competência da autoridade administrativa, e que diante de sua severidade deve ser interpretada restritivamente, observando-se os princípios da legalidade e a amplitude do direito de defesa, e seja qual for o entendimento adotado é certo que o ato expulsório não escapa da proteção concedida pelo comando constitucional previsto no artigo 5.º, inciso XXXV, da CF, embora, assim como na extradição, o Poder Judiciário esteja adstrito ao exame da legalidade do ato, sem adentrar na análise de sua conveniência e oportunidade.

## 4. O SENTENCIADO ESTRANGEIRO

### 4.1 A ESTIGMATIZAÇÃO DO ESTRANGEIRO E DO PRESO

Moraes (2016) fez um relevante estudo acerca do fenômeno da “crimigração” no Brasil, denominação utilizada pela autora para abordar as intersecções entre a política migratória e a política criminal e a criminalização das migrações. Como bem aponta:

[...] a condição de estrangeiro é contraposta à de cidadão e, portanto, representa a exclusão, ou, em determinados momentos, o inimigo externo, como membro de uma nação estrangeira. Aliás, a cidadania, no Estado moderno, era a garantia, além da participação política, da proteção estatal, muitas vezes sendo vista como a única fonte de direitos individuais. (MORAES, 2016, p. 30).

Pardi (2015, p. 53) também destacou a estigmatização do estrangeiro, valendo-se do ensinamento de Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes (2009, pp. 31-33), a qual expõe que ser estrangeiro é um atributo negativo, designativo de não pertencimento, “o outro”, em contraposição à figura do imigrante, percebido como aquele entra em outro país para se estabelecer e residir.

Não é difícil identificar que os presos, de forma semelhante aos estrangeiros, padecem do estigma social exposto. O próprio exercício da cidadania é limitado ao sentenciado, dado que seus direitos políticos são suspensos enquanto duram os efeitos da condenação criminal, por expresse comando constitucional (art. 15, inciso III, da CF).

Nesse sentido, Zaffaroni e Pierangeli (2011, pp. 102-103) fazem um alerta quanto ao uso de termos como “ressocialização” e “reeducação”, assemelhando a pena a uma forma de “tratamento”, e lembram que o criminalizado é pessoa com plena capacidade jurídica e deve ser tratado em plano de igualdade, em respeito à sua dignidade.

Pinto (2005, pp. 110-111) tangenciou essa problemática em sua obra ao investigar eventual dupla punição do estrangeiro, através da aplicação da pena principal e da expulsão, por uma única conduta. Asseverou que a expulsão é medida securitária de eliminação do perigo, sanção própria do que Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá chamam de “direito penal do inimigo”, o que considerou preocupante por buscar combater a ação de determinados grupos de infratores, ao invés de pregar pela validade das normas (prevenção geral positiva).

Essa autora deduziu que para que não viole o princípio *non bis in idem* a condenação não pode fundamentar, abstratamente, a expulsão, ou seja, a medida expulsória não pode ser aplicada somente em função de o agente estrangeiro

ter cometido um crime, mas sim mediante a análise da particular gravidade da conduta criminosa (PINTO, 2005, p. 101-103).

Muito embora o Brasil adote uma Constituição que tenha como fundamento a dignidade da pessoa humana e a promoção do bem de todos, seja qual for sua origem, além de ser signatário de inúmeros tratados internacionais no mesmo sentido (destacando-se as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos) e pratique, por vezes, atitudes exemplares no âmbito dos direitos humanos, os resultados dessa “dupla estigmatização” do preso estrangeiro ainda se fazem presentes em vários níveis.

Aliás, tanto a execução da pena quanto a expulsão de estrangeiros são regidas por leis relativamente velhas, anteriores à própria Constituição Federal de 1988. O Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80), em especial, frequentemente é alvo de severas críticas por nortear-se em valores como a segurança nacional e o utilitarismo econômico, sem que a questão migratória acompanhe o desenvolvimento democrático do país (MORAES, 2016, p. 315).

#### **4.2 DADOS ACERCA DOS ESTRANGEIROS PRESOS**

A reportagem de Alana Gandra, da Agência Brasil (2012, p. 1), revelou que o número de presos estrangeiros assistidos pela Defensoria Pública Federal no Brasil que respondem pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes seria superior a 90%, os quais têm como perfil aquele de pessoas que passam por dificuldades financeiras em seu país de origem e são atraídos pelo tráfico para realizarem o transporte drogas, atuando como “mulas”.

Segundo o então Departamento de Estrangeiros (DEEST), atual Departamento de Migrações (DEMIG), dados de abril de 2013 informam que existem 16.319 (dezesesseis mil, trezentos e dezenove) processos de expulsão em trâmite no departamento. O número de inquéritos de expulsão instaurados entre 2012 e abril de 2013 foi de 784 (setecentos e oitenta e quatro), ao passo que o número de expulsões decretadas e efetivadas no mesmo período foi de 729 (setecentas e vinte e nove) e 155 (cento e cinquenta e cinco), respectivamente (ARAÚJO, 2014, pp. 10 e 14).

O Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), órgão que integra o Ministério da Justiça e que, dentre outras atribuições legais, é responsável pela execução da Política Penitenciária Nacional e pelo acompanhamento da aplicação das normas de execução penal e inspeção dos estabelecimentos e serviços penais (artigos 71 e 72 da Lei de Execução Penal) disponibilizou em 2014 o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN.

O relatório demonstrou a preocupação em estudar problemas de acessibilidade de grupos específicos da população carcerária, tais como lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros (LGBT), idosos, indígenas e estrangeiros.

Ao analisar especialmente a situação dos estrangeiros, acentuou que mais da metade das unidades penitenciárias sequer possui registro sobre a nacionalidade dos privados de liberdade, de forma que o número apurado de estrangeiros presos em território nacional, 2.784 (dois mil, setecentos e oitenta e quatro), deve ser interpretado com cautela. O Estado de Mato Grosso do Sul é o terceiro em maior número desses aprisionados, com 183 (cento e oitenta e três) à época, dos quais a grande maioria, 166 (cento e sessenta e seis), é proveniente de países da América. Quanto aos problemas que afetam os sentenciados estrangeiros, destacou (p. 60):

[...] a dificuldade de obtenção de livramento condicional e de progressão de regime, dada a maior dificuldade dessas pessoas em atender às condições exigidas pela Lei de Execução Penal (como a obtenção de ocupação lícita, dentro de prazo razoável); a dificuldade em receber visitação e manter contato com a família; a carência à assistência consular; as dificuldades relacionadas à barreira linguística, como a falta de acompanhamento jurídico; o desconhecimento das regras disciplinares e do processo de execução penal.

A dificuldade em obter benefícios da execução penal é um problema real enfrentado pelos estrangeiros sentenciados, que não raramente cumprem integralmente sua pena em regime fechado e, malgrado tal rigidez, ao serem postos em liberdade, diversas vezes permanecem em território nacional aguardando o cumprimento de eventual expulsão, em um verdadeiro “limbo”, como relatou Idoeda (2015, pp. 1-2).

#### **4.3 APLICABILIDADE DO REGIME PROGRESSIVO AOS EXPULSANDOS**

Embora não exista em nossa legislação dispositivo algum vedando a estrangeiros passíveis de expulsão direitos da execução penal, esses possuem grande dificuldade para obter benefícios que impliquem em menor vigilância pelo Estado, conforme anteriormente exposto.

Cahali (2010, pp. 218-222) aponta que a posição tradicional da jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, era a de negar qualquer forma de progressão a estrangeiros que possuem procedimento expulsório em trâmite ou que tiveram sua expulsão decretada. Os principais argumentos utilizados eram a chance de frustração da execução da medida de expulsão e o impedimento de exercício regular de atividade laborativa. O doutrinador indica que vem sendo acenada a possibilidade de reversão desse entendimento, mas que a matéria continua controversa.

Mirabete e Fabbrini (2014, pp. 444-445) entendem ser inadmissível a concessão de progressão de regime a sentenciado cuja expulsão foi decretada, “sob pena de poder vir a frustrar-se a própria ordem de expulsão, pela fuga”, e que “a ordem de expulsão afasta uma das funções essenciais da execução da pena e do sistema progressivo ao inviabilizar a possibilidade de reintegração social do condenado (art. 1º)”, mas que não havendo ordem de expulsão, o juiz deve analisar a viabilidade de adaptação em regime menos restritivo.

Quanto à jurisprudência, embora as decisões proferidas em primeiro e em segundo grau ainda apresentem considerável disparidade, os tribunais superiores parecem vir consolidando nos últimos anos o entendimento que preza pela boa aplicação do princípio da individualização da pena e da isonomia, consoante os acórdãos abaixo:

PENAL E PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. PROGRESSÃO DE REGIME. ESTRANGEIRO EM SITUAÇÃO IRREGULAR. PROCESSO DE EXPULSÃO EM ANDAMENTO. IMPEDIMENTO AO BENEFÍCIO NÃO CONFIGURADO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. “Esta Corte Superior consolidou entendimento no sentido de que a situação irregular do estrangeiro no País não é circunstância, por si só, capaz de afastar o princípio da igualdade entre nacionais e estrangeiros, razão pela qual a existência de processo ou mesmo decreto de expulsão em desfavor do estrangeiro não impede a concessão dos benefícios da progressão de regime ou do livramento condicional, tendo em vista que a expulsão poderá ocorrer, conforme o interesse nacional, após o cumprimento da pena, ou mesmo antes disto.» (HC 324.231/SP, Rei. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA. QUINTA TURMA, julgado em 03/09/2015, DJe 10/09/2015)

2. Agravo regimental improvido.

(STJ), Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 321157/SP. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Data de Julgamento: 05/04/2016, Sexta Turma, Data de Publicação/Fonte: DJe 18/04/2016).

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. ESTRANGEIRO. DECRETO DE EXPULSÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. ORDEM CONCEDIDA.

I - A exclusão do estrangeiro do sistema progressivo de cumprimento de pena conflita com diversos princípios constitucionais, especialmente o da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II) e o da isonomia (art. 5º), que veda qualquer discriminação em razão da raça, cor, credo, reli-

gião, sexo, idade, origem e nacionalidade. Precedente.

II – Ordem concedida para para (*sic*) afastar a vedação de progressão de regime à paciente, remetendo-se os autos ao juízo da execução para que verifique a presença dos requisitos do art. 112 da LEP.

(STF - *Habeas Corpus* 117.878/SP. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 19/11/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-099 DIVULG 02/12/2013 PUBLIC 03/12/2013).

O segundo caso citado merece atenção especial. Trata-se de uma sentenciada de origem sul-africana que foi condenada a 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão pela prática do crime de tráfico internacional de drogas, em regime inicial fechado. O acórdão informa que a previsão para o término da reprimenda era de 02/05/2014. Dos dados apresentados, infere-se que a apenada teria atingido o requisito objetivo para a progressão de regime, adotando-se o patamar de crime equiparado a hediondo (2/5 da pena), em 01/04/2010 e, para o livramento condicional (2/3 da pena), em 25/01/2012.

O pleito, contudo, foi indeferido em primeira instância. O *habeas corpus* impetrado no STJ não foi conhecido, motivo pelo qual se buscou o STF. O pedido liminar foi indeferido pela Corte Suprema em 22/05/2013. Somente em 19/11/2013, isto é, a menos de seis meses do término da pena, o remédio foi julgado, afastando a Corte a vedação de progressão de regime e determinando que o juiz da execução penal efetivamente analisasse os requisitos para concessão do benefício.

Desse imbróglio, percebe-se a importância da análise cuidadosa pelo juiz de primeiro grau da possibilidade de progressão de regime. Embora tenha obtido o provimento judicial almejado, a morosidade em sua concessão por pouco não o torna completamente desnecessário diante da iminência da extinção da reprimenda por seu integral cumprimento.

#### **4.4 A RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 110 DO CNIQ, A PORTARIA SNJ Nº 6 DE 30/01/2015 E O PL 2516/2015 (LEI DE MIGRAÇÃO)**

O CNIg, Conselho Nacional de Imigração, órgão vinculado ao Ministério do Trabalho, expediu em 2014 resolução autorizando a concessão de permanência de caráter provisório a sentenciados estrangeiros. A Secretaria Nacional de Justiça publicou em 2 de fevereiro de 2015 a Portaria SNJ nº 6, que regulamenta a aplicação da Resolução Normativa nº 110 do CNIg.

Além de seguir na mesma linha das recentes decisões das cortes superiores, a Resolução e a Portaria são marcos fundamentais no estudo do tema, pois proporcionam ao estrangeiro a regular permanência provisória com a finalidade

expressa do estabelecimento de igualdade de condições a estrangeiros que sejam réus ou que estejam cumprindo pena em território nacional.

Ana Luíza Nicolini (2016, p. 3) assinala a possibilidade de emissão de documentos como a Carteira de Trabalho e Previdência social, viabilizando o exercício regular de trabalho.

Com a regularização da situação administrativa do estrangeiro, afasta-se o óbice estipulado por parcela da doutrina e jurisprudência que consistia na impossibilidade de obter labor e assim atender às condições do regime aberto e do livramento condicional.

Também merece destaque o PL 2516/2015, conhecido como Lei de Migração, mais uma tentativa legislativa de substituir o Estatuto do Estrangeiro.

A atual redação do projeto propõe em seus artigos 52 a 58 alterações substanciais no instituto da expulsão, apresentando hipóteses menos abrangentes de condutas que a legitimam, mais causas de inexpulsabilidade, prazo determinado de duração dos efeitos da medida e a expressa viabilidade, durante o processamento da execução, da concessão de benefícios da execução penal, da suspensão condicional do processo e de outros propiciados em igualdade de condições aos nacionais brasileiros (salvo para o crime de genocídio, crime contra a humanidade e crime de guerra).

### **CONCLUSÃO**

Diante do exposto, constata-se que o sentenciado estrangeiro, embora goze da proteção oriunda da Constituição Federal de 1988 e dos tratados internacionais firmados pelo Brasil, está sujeito à aplicação de diplomas elaborados sob a égide de princípios obsoletos, que por vezes acabaram por não acompanhar a evolução da política criminal e especialmente da política migratória.

Aliado a isso, tem-se a visão duplamente negativa do estrangeiro condenado, que muitas vezes leva o operador do direito desatento à devida aplicação dos princípios hoje consagrados, como a isonomia e a individualização da pena, a impor óbices abstratos que inexistem em nosso ordenamento jurídico e tampouco condizem com a evolução e prevalência dos direitos humanos.

Eventual argumento de que a integração do expulsando à sociedade não interessaria ao Estado ou que seria incompatível com o instituto da expulsão, que busca sua exclusão do território nacional, não merece acolhida em um Estado Democrático de Direito que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, que adota como objetivo expresso em sua Carta Magna a promoção do bem

de todos, sem preconceito de origem, e rege-se em suas relações internacionais respeitando a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

A preocupação com a periculosidade e o risco de fuga do sentenciado, considerando fatos como a falta de laços afetivos locais e dificuldade de adaptação, não é característica exclusiva dos estrangeiros, existindo mecanismos para que sejam devidamente aferidos no caso concreto, como a elaboração de parecer pela Comissão Técnica de Classificação e a realização do exame criminológico.

Na mesma senda, tais alegações também demonstram uma visão rasa do instituto da expulsão, que não observa o fato de que o mesmo estabelece prazo limitado para a hipótese de prisão para garantia da medida e tampouco a realidade dos estrangeiros que mesmo após o cumprimento da pena permanecem no aguardo da conclusão do procedimento ou da efetivação da expulsão.

A impossibilidade de exercício regular de trabalho igualmente parece ter sido superada, em especial pela atuação do Conselho Nacional de Imigração e da Secretaria Nacional de Justiça, possibilitando a regularização da situação administrativa do estrangeiro condenado.

Semelhantemente, o posicionamento do legislador contemporâneo, ao menos na propositura do PL 2516/2015, aparenta ser no sentido de que a vedação absoluta à obtenção de benefícios da execução penal pelo estrangeiro expulsando não deve existir.

As consequências da negativa de concessão da progressividade são severas, em especial ante a morosidade para reapreciação do pedido pelo Judiciário, cabendo atenção especial àqueles que atuam em primeiro grau, em observância, além do que já foi exposto, ao posicionamento que têm se alinhado os tribunais superiores e em respeito à alteridade, para que analisem efetivamente se o estrangeiro passível de expulsão preenche aos requisitos legais para que obtenha o benefício almejado.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Natália Medina. *Deportação/Expulsão De Estrangeiro-Réu*. In: *Cooperação Jurídica de Fronteiras: Desafios e Perspectivas no âmbito do Direito Penal*. Foz do Iguaçu: Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2014. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina\\_visualizar&id\\_pagina=1226](http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=1226)>. Acesso em 15 de agosto de 2016.

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 15 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 3.447, de 5 de maio de 2000*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3447.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3447.htm)>. Acesso em 15 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 86.715, de 10 de dezembro de 1981*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Antigos/D86715.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D86715.htm)>. Acesso em 15 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm)>. Acesso em 15 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. DEPEN - Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – junho de 2014*. Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 15 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. *Exposição de Motivos nº 211, de 9 de maio de 1983*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>>. Acesso em 15 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. *Exposição de Motivos nº 213, de 9 de maio de 1983*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>>.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6815.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm)>. Acesso em 15 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em 15 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>. Acesso em 15 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.792.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm)>. Acesso em 15 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. *Portaria SNJ nº 6 de 30 de janeiro de 2015*. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=280716>>. Acesso em 15 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei nº 2516/2015*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1594910>>. Acesso em 15 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. *Resolução Normativa CNIg nº 110, de 10 de abril de 2014*. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=269310>>. Acesso em 15 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. Secretaria Nacional de Justiça (SNJ). *Manual de extradição*. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça (SNJ), Departamento de Estrangeiros, 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Habeas Corpus 321157/SP*. Relator Min. Nefi Cordeiro. Brasília, 05 de abril de 2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteirioteor/?num\\_registro=201500843195&dt\\_publicacao=18/04/2016](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteirioteor/?num_registro=201500843195&dt_publicacao=18/04/2016)>. Acesso em 15 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 439*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=SUMU&livre=@docn=%27000000438%27>>. Acesso em 15 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Extradição 721*. Relator Min. Maurício Corrêa. Brasília, 12 de novembro de 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=721&classe=Ext-QO&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 22 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 117.878/SP* Relator Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 19 de novembro de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4962079>>. Acesso em 15 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus 121.851/SP* Relator Min. Luiz Fux. Brasília, 13 de maio de 2014. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6179757>>. Acesso em 15 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 421*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000000421&base=baseSumulas>>. Acesso em 22 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante 26*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000000762&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em 15 de agosto de 2016.

CAHALI, Yussef Said. *Estatuto do Estrangeiro*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza; KÄMPF, Elisa Cerioli Del'olmo. *A extradição no direito brasileiro*. 1ª ed. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011.

GANDRA, Alana. Mais de 90% dos presos estrangeiros no Brasil cumprem pena por tráfico de drogas. *Agência Brasil*. 06 de julho de 2012. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2012-07-06/mais-de-90-dos-presos-estrangeiros-no-brasil-cumprem-pena-por-trafico-de-drogas>>. Acesso em 15 de agosto de 2016.

IDOEDA, Paulo Adamo. Condenados estrangeiros vivem limbo no Brasil ao sair da prisão. *BBC Brasil*. São Paulo: 13 de maio de 2015. Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/05/150507\\_presos\\_estrangeiros\\_limbo\\_pai](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/05/150507_presos_estrangeiros_limbo_pai)>. Acesso em 15 de agosto de 2016.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal, volume 1: parte geral*. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. *Direito de Imigração – O Estatuto do Estrangeiro em uma Perspectiva de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2009.

MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Execução Penal: Comentários à Lei nº 7.210 de 11-7-1984*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAES, Ana Luisa Zago de. *Crimigração: a relação entre política migratória e política criminal no Brasil*. Porto Alegre: PUCRS, 2016.

NICOLINI, Ana Luíza. Expulsão de estrangeiros do território nacional. *DireitoNet*. 08 de junho de 2016. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9805/Expulsao-de-estrangeiros-do-territorio-nacional>>. Acesso em 15 de agosto de 2016.

PARDI, Luis Vanderlei. *O regime jurídico da expulsão no Brasil: uma análise à luz da Constituição Federal e dos tratados de direitos humanos*. São Paulo: Almedina, 2015.

PINTO, Ana Luísa. *A Pena Acessória de Expulsão de Estrangeiros do Território Nacional*. Portugal: Coimbra Editora, 2005.

SILVA, Alexandre Calixto da. *Sistemas e Regimes Penitenciários no Direito Penal Brasileiro: Uma Síntese Histórico/Jurídica*. Maringá: UEM, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: volume I: parte geral*. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

## A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: ASPECTOS DESTACADOS ACERCA DA RATIFICAÇÃO DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS PELO BRASIL

### *FREEDOM OF EXPRESSION IN THE FEDERATIVE REPUBLIC OF BRAZIL: HIGHLIGHTED ASPECTS REGARDING BRAZIL'S RATIFICATION OF THE AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS*

Thalyta dos Santos

Mestranda em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-graduada em Direito Público Constitucional e Administrativo pela UNIVALI. Professora do Curso de Direito da Faculdade Cenecista de Joinville - FCJ.

**Submissão em 07.10.2016**

**Aprovação em 15.10.2016**

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v2i1.2276>

**Resumo:** Dentre as liberdades constitucionalmente garantidas encontra-se a liberdade de expressão, considerada uma das mais importantes para o pleno exercício da vida em comunidade pelo ser humano. Nesse sentido, o presente artigo tem como principal objeto de estudo o direito à liberdade de expressão no Brasil, em especial os méritos e eventuais limitações trazidos pela ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A abordagem do problema foi efetivada pelo método indutivo e a técnica utilizada foi a bibliográfica, buscando-se analisar como se desenvolveu a proteção dessa liberdade no Brasil após a ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

**Palavras-chave:** Direito fundamental; liberdade de expressão; proteção constitucional; Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

**Abstract:** *Freedom of expression is among the freedoms guaranteed by the Constitution. It is considered one of the most important freedoms for the full exercise of life in community by the human being. In this sense, the main object of study in this article is the right of freedom of expression in Brazil, in particular the merits and possible limitations brought by the ratification of the American*

*Convention on Human Rights. The approach to the problem was carried out by the inductive method and the technique used was bibliographic, seeking to analyze how the protection of this freedom was developed in Brazil after the ratification of the American Convention on Human Rights.*

**Keywords:** *Fundamental right; freedom of expression; constitutional protection; American Convention on Human Rights.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Liberdade de expressão: uma visão ampla. 2.1 Do direito à liberdade ao direito à liberdade de expressão. 2.2 Liberdade de expressão: conceitos e características. 3. Liberdade de expressão no regime constitucional brasileiro. 3.1 A Constituição Política do Império do Brasil de 1824. 3.2 A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. 3.3 A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. 3.4 A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937. 3.5 A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. 3.6 A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. 3.7 A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1988. 4. Avanços recentes: o Brasil no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos e a atuação da Relatoria para a Liberdade de Expressão. Conclusão. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

As liberdades garantidas aos indivíduos na atualidade encontram-se na categoria de direitos fundamentais, ou seja, aqueles que são atribuídos a todos e que se encontram positivados no direito constitucional dos Estados.

Dentre a gama de liberdades existentes encontra-se a liberdade de expressão, que se traduz em característica essencial da vida em sociedade, já que o ser humano necessita interagir e trocar ideias e opiniões com seus pares. A referida liberdade pode se manifestar por inúmeros modos e meios: disseminação de ideias, pensamentos, opiniões, convicções religiosas e políticas, por meio da fala, escrita ou pelos meios de comunicação em massa como televisão, rádio, jornais e internet.

Nesse contexto emerge o problema: como a proteção da liberdade de expressão se desenvolveu no Estado brasileiro e quais eventuais melhoras ocorreram após a ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos pelo Brasil?

Assim, o objetivo do presente estudo é a análise do direito à liberdade de expressão, a construção histórica de sua proteção e suas características no Brasil, bem como a constatação dos avanços ocorridos após a Constituição de 1988 e a ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos pelo Brasil.

Na efetivação da presente pesquisa, a abordagem do problema foi efetivada pelo método indutivo, tendo como ponto de partida a construção histórica da liberdade de expressão no constitucionalismo brasileiro para, posteriormente, analisar os progres-

sos com a ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos. A técnica utilizada foi a pesquisa bibliográfica, procedendo-se ao estudo acurado do material publicado acerca do tema: livros, revistas, jornais, artigos, informes, relatórios, documentos oficiais, e leis. A busca bibliográfica buscará compreender melhor o tema e o problema de pesquisa que está sendo investigado, no intuito de coletar subsídios suficientes para a reflexão acerca da proteção da liberdade de expressão no Estado brasileiro.

## 2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UMA VISÃO AMPLA

### 2.1 DO DIREITO À LIBERDADE AO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade, em sua acepção jurídica, é compreendida como a faculdade do ser humano de agir e pensar de acordo com sua própria determinação, baseando-se apenas em seu juízo pessoal de valor.

A liberdade é parte da constituição do ser humano, decorrendo esta do fato do homem ser um animal racional que possui inteligência e vontade própria. (MARTINS FILHO, 2004, p.36). O rol das liberdades encontra-se na categoria dos direitos fundamentais, que são *“aquellos derechos subjetivos que las normas de un determinado ordenamiento jurídico atribuyen universalmente a todos”* (FERRAJOLI, 2001, p.291).

Assim, os direitos fundamentais são os direitos subjetivos básicos que todos os cidadãos possuem e que se encontram constitucionalmente garantidos na Constituição dos Estados.

Acerca do tema, Célia Rosenthal Zisman (2003, p.30) afirma que *“através da proteção constitucional da liberdade, e da sua elevação a direito fundamental, (...) pretende-se reservar à pessoa uma área de atuação imune à intervenção do Estado e de outros indivíduos.”* Assim, as liberdades encontram-se em um setor da existência humana que não pode ser atingido por nenhuma proibição ou comando (KELSEN, 1998, p.48).

A liberdade plena não existiria se não houvesse a plena separação dos poderes, se no mesmo homem ou mesmo grupo de indivíduos estivessem concentrados todos os poderes do Estado (MONTESQUIEU, 2002, p.166). Nesse cerne, afirma Hans Kelsen (1998, p.48) que a liberdade somente será juridicamente garantida se a ordem jurídica proibir intrusões na mesma.

Assim sendo, a liberdade de expressão traduz-se em uma das dimensões do direito à liberdade e sua proteção consta não somente nas constituições de diversos países, mas também em diversos tratados de direitos humanos.

Conforme assevera Rui Barbosa (1978, p.100), *“de todas as liberdades, a do pensamento é a maior e mais alta. Dela decorrem todas as demais. Sem ela todas*

as demais deixam mutiladas a personalidade humana, asfixiada a sociedade, entregue à corrupção o governo do Estado”.

A história da liberdade de expressão remonta à Grécia antiga, com a luta pela sua proteção. Era reconhecido aos cidadãos de Atenas de forma igualitária o direito de utilizarem-se da palavra nas assembleias públicas (FARIAS, 2004, p.57). À época, o traço preponderante da democracia grega não foi a isonomia entre os cidadãos mas sim a *isegoria*, ou seja, o direito de todos se manifestarem publicamente nas reuniões (COMPARATO, 1999, p.308).

Sabe-se, entretanto, que a consolidação da liberdade de expressão como direito fundamental é relativamente recente, conforme opinou Pontes de Miranda (1963, p.428):

Se consultarmos a história, sabemos quanto é recente a liberdade de pensamento. Bastaria isso para mostrar quanto ainda somos primitivos. Mesmo porque essa liberdade ainda não se adquiriu em toda a sua amplitude; nem a vemos assegurada e garantida na maioria dos povos. Muito há de caminho por se percorrer, e muita luta por travar-se, para se conservar o que se conseguiu e se obter o que se deve ser obtido.

Já na Idade Moderna, serão as revoluções americana e francesa que configurarão a liberdade de expressão como é conhecida hoje (FARIAS, 2004, p.59). No continente americano, o *Virginia Bill of Rights* de 1776, que posteriormente serviu de base para a Constituição Americana, já proclamava a importância da liberdade de expressão.<sup>25</sup>

Em território francês, os ideais da revolução nasceram influenciados pelo Iluminismo e pela independência americana e dois importantes documentos na história da liberdade de expressão surgiram: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e a consequente Constituição Francesa de 1791. A Declaração trouxe em seu artigo 11 que “A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”. Ato contínuo, a Constituição Francesa garantiu em seu capítulo sobre direitos fundamentais a “liberdade a todo homem de falar, escrever, imprimir e publicar suas opiniões sem ter seus escritos submetidos a quaisquer censura ou inspeção antes de sua publicação, e exercer o culto que lhe agrada”.

No século XX, com a criação da Organização das Nações Unidas após o fim da Segunda Guerra Mundial, a Assembleia Geral da referida organização, já em

<sup>25</sup> Têm-se no texto original do *Virginia Bill of Rights*: “12. That the freedom of the press is one of the great bulwarks of liberty, and can never be restrained but by despotick governments.” Disponível em: <[http://www.constitution.org/bor/vir\\_bor.htm](http://www.constitution.org/bor/vir_bor.htm)>. Acesso em 05 abr. 2013.

seu primeiro período de sessões, emitiu a Resolução 59, intitulada “*Calling of an International Conference on Freedom of Information*”, estabelecendo que “a liberdade de informação é um direito humano fundamental e pedra angular de todas as liberdades para as quais as Nações Unidas são consagradas”.

Os demais documentos que nasceram do movimento pós-guerra de garantia dos direitos humanos visando coibir as atrocidades presenciadas na Segunda Guerra Mundial também abarcaram a liberdade de expressão: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem<sup>26</sup>, a Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>27</sup>, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos<sup>28</sup> e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Conforme artigo IV da Declaração: Toda pessoa tem direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão e difusão do pensamento, por qualquer meio. In: Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Abr. 1948. Disponível em: <[http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao\\_Americana.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm)>. Acesso em 06 abr. 2013.

<sup>27</sup> Conforme artigo XIX da Declaração Universal: Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras. In: Declaração Universal dos Direitos Humanos. 10 dez. 1948. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em 21 abr. 2013.

<sup>28</sup> Assevera o art. 19 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos: 1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou qualquer outro meio de sua escolha. 3. O exercício do direito previsto no § 2º do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral pública. In: Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. 16 dez. 1996. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/pacto\\_dir\\_politicos.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm)>. Acesso em: 06 abr. 2013.

<sup>29</sup> O art. 13 da Convenção Americana, que trata da liberdade de pensamento e de expressão assevera: 1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar: a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência. In: Convenção Americana sobre Direitos Humanos. 22 nov. 1969. Disponível em: <[http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao\\_Americana.htm](http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm)>. Acesso em 06 abr. 2013.

## 2.2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

É cediço que se expressar é característica intrínseca ao ser humano, sendo parte de seu desenvolvimento social e mental comunicar-se com o outro, trocar ideias e informações, participando, assim, ativamente da vida em sociedade.

Assevera Célia Rosenthal Zisman (2003, p.35) que, “sem o direito de expressar-se livremente, o indivíduo não pode contestar as regras a ele impostas, não pode se opor às normas sociais, muitas vezes abusivas, restando dessa forma oprimido”.

O homem que vive em sociedade necessita não só do direito de poder ter opiniões, ele deve poder convencer outros indivíduos de suas ideias, bem como precisa da certeza de que não será punido por suas crenças ou opiniões (BASTOS, 2001, p.44).

Para Edilsom Farias (2004, p.64), a compreensão da liberdade de expressão abarca duas perspectivas: a perspectiva subjetiva, que corresponde às teorias que afirmam ser a liberdade de expressão imperativa para a salvaguarda da dignidade da pessoa humana e do desenvolvimento livre da personalidade; e a perspectiva objetiva, cujas teorias afirmam que a liberdade de expressão é intrinsecamente ligada com a proteção dos regimes democráticos.

A liberdade de expressão, que se trata tanto do direito de emitir opiniões e informações quanto do direito de recebê-las, tem sua origem na liberdade da palavra, que, conseqüentemente, engloba a liberdade de pensamento, visto que nada haveria de efetivo no pensamento sem a liberdade de sua emissão (CARVALHO, 1999, p.20).

Neste cerne, insta salientar que os pensamentos, opiniões e ideias – que são o núcleo da liberdade de expressão – são impróprios para aferição do critério de verdade. Já a difusão de informação, principalmente de cunho jornalístico, requer a diligência do comunicador no sentido de divulgar informação correta.<sup>30</sup>

Assim, considera-se o termo liberdade de expressão gênero que abarca tanto a manifestação de pensamentos, opiniões, ideias, crenças e sensações como os meios que podem ser utilizados para operacionalizar tais manifestações: atividades artísticas, meios de comunicação e imprensa, expressões científicas e intelectuais, bem como o direito de acesso a tais informações –tanto individual quanto coletivamente.

Nesse sentido, destaca Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (2009, p.66) que “a liberdade de expressão engloba a exteriorização do pensamento, ideias, opinião, convicções, bem como e sensações e sentimentos em suas mais variadas formas, quais sejam, as atividades intelectuais, artísticas, científicas e de comunicação”.

<sup>30</sup> Nesse sentido tem-se, FARIAS, 2004 p. 91; MEYER-PFLUG, 2009. p. 50 e CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de, 1999, p. 24-25.

Seguindo essa vertente de entendimento, tanto José Afonso da Silva (2006, p.241) quanto Celso Ribeiro Bastos (2001, p.47) afirmam que somente o pensamento exteriorizado é o que tem relevância para o direito. Contrariamente, André Ramos Tavares (2007, p.553) assevera que o direito à liberdade de expressão protege também a liberdade de pensar sem a efetiva exteriorização e traz como exemplo as mensagens subliminares que ocorrem na mídia e visam influenciar o subconsciente humano.

Além da proteção, sabe-se que o direito à liberdade de expressão não é absoluto, já que a exteriorização de pensamentos não pode ferir outros direitos personalíssimos tais como a honra, a dignidade e a intimidade de outros indivíduos. O exercício abusivo desse direito, ferindo a regra da proporcionalidade, gera ao emissor as consequências previstas em lei.

Assim, o pleno exercício de um regime democrático passa indubitavelmente pela garantia da liberdade de expressão, como bem assevera Konrad Hesse (1998, p.302-303):

Sem a liberdade de manifestação da opinião e liberdade de informação, sem a liberdade dos “meios de comunicação de massa” modernos, imprensa, rádio e filme, opinião pública não pode nascer, o desenvolvimento de iniciativas e alternativas pluralistas, assim como “formação preliminar a vontade política” não são possíveis, publicidade da vida política não pode haver, a oportunidade igual das minorias não está assegurada com eficácia e vida política em um processo livre e aberto não se pode desenvolver.

Para Santiago Sánchez González (1992, p.31), a liberdade de expressão é sustentada em um Estado democrático por quatro premissas, a saber:

*(1) Es un medio para la realización personal. 'El fin propio del hombre es la realización de sus potencias como ser humano. La supresión de las creencias, de las opiniones o de cualquier forma de expresarse es una afrenta a la dignidad del hombre, una negación de su naturaleza'; (2) Sirve para incrementar el conocimiento y descubrir la verdad a través de la exposición y discusión de las ideas; (3) Es un requisito esencial para el normal desenvolvimiento del proceso democrático. Sin libertad de expresión no puede haber participación genuina de los miembros de la sociedad en la toma de decisiones políticas; (4) Por último, hace de las comunidades humanas agregados más flexibles y adaptables y por ende más estables, y facilita el mantenimiento de un 'equilibrio precario entre las divisiones sociales saludables y el necesario consenso'.*

Cumpre, também, evidenciar que o homem necessita do direito para que sua liberdade de expressão e pensamento seja plena, vale dizer, que a lei lhe assegure esse direito e regule os meios para seu exercício (BASTOS, 2001, p.44).

Destarte, é a liberdade de expressão um direito fundamental do homem que percorreu longo caminho para ter sua garantia e, possui estreita ligação com a plena caracterização de um Estado Democrático de Direito.

### **3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO REGIME CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

A proteção da liberdade de expressão no constitucionalismo brasileiro passou por muitas variações decorrentes, por certo, do momento histórico e social pelo qual a nação passava quando da adoção de cada Carta Constitucional.

#### **3.1 A CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO DO BRASIL DE 1824**

Nasceu logo após a independência do Brasil de seu colonizador: o Estado português. Ainda assim, a Constituição de 1824 foi outorgada pelo imperador português Dom Pedro I e nasceu sob a influência das Constituições Francesa de 1791 e espanhola de 1812.

No que tange à liberdade de expressão, a Carta Constitucional de 1824 assegurava a livre manifestação do pensamento por qualquer meio e sem censura. Entretanto, estipulava também que abusos cometidos no exercício do referido direito seriam responsabilizados.<sup>31</sup> Entretanto, com a existência do Poder Moderador que se sobrepunha em relação aos outros, não havia de fato a plena liberdade de decisões e opiniões.

#### **3.2 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1891**

Com a queda da monarquia e a proclamação da República no ano de 1889 uma nova Constituição nasceu e o Poder Moderador foi extinto.

Quanto à proteção da liberdade de expressão, a Constituição Republicana não trouxe grandes mudanças e seguiu os preceitos da Carta Constitucional anterior, sendo livre a manifestação dos pensamentos e dos cultos religiosos sem censura. A única novidade trazida pelo documento foi a expressa vedação ao anonimato.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> Conforme artigo 179, inciso IV da Constituição de 1824: todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escritos, e publicá-los pela Imprensa, sem dependência de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que cometerem no exercício deste Direito, nos casos, e pela forma, que a Lei determinar.

<sup>32</sup> Artigo 72, par. 12 da Constituição de 1891: Em qualquer assunto é livre a manifestação de pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato.

### 3.3 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1934

Com a Revolução de 1930, movimento que depôs o então Presidente da República Washington Luis, Getúlio Vargas foi nomeado chefe do Governo Provisório. Feita por uma Assembleia Constituinte eleita em 1933, a referida Constituição foi inspirada na Constituição de Weimar de 1919 e na Constituição Espanhola de 1931. O sufrágio feminino e o voto secreto foram suas grandes inovações.

Em seu capítulo II que tratava dos Direitos e Garantias Individuais, assim preceituou:

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

9) Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social.

Constata-se do aludido dispositivo que ele praticamente mantém o mesmo perfil da Constituição anterior abarcando mais algumas proteções, tais como o direito de resposta e a não necessidade de licença para a publicação de livros e periódicos. Entretanto, nota-se a inserção de disposição contrária à plena liberdade de expressão quando o texto permite a censura de espetáculos e diversões públicas.

### 3.4 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1937

Com seu mandato chegando ao fim e para manter-se no poder por prazo indeterminado Getúlio Vargas, com base na Constituição autoritária da Polônia, outorgou a Constituição de 1937 no mesmo dia, 10 de novembro de 1937, em que deu um golpe de estado para permanecer na presidência do país.

Foi uma Constituição com caráter nitidamente antidemocrático e que tolheu o amplo direito à liberdade de expressão anteriormente garantido. Conforme dispunha o artigo 122, inciso 15 da Carta de 1937, *in verbis*:

Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

15) todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei.

A lei pode prescrever:

a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação;

b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude;

c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado.

Desta feita, a Constituição outorgada em 1937 implantou na história do Brasil um dos sistemas mais rigorosos de censura prévia ao direito de expressar-se.

Neste contexto, afirmou Francisco Campos (2001, p.44) sobre a Carta Constitucional de 1937:

Ora, a Constituição é radicalmente contrária à liberdade de opinião. Ela postula, em princípio, essa liberdade, mas, logo em seguida, a condiciona e limita em tais termos que acaba por negar o que havia postulado. Ela estabelece, com efeito, a censura prévia da imprensa. Ora, o regime da censura prévia é, precisamente, o regime da suspensão da liberdade. Não se concebe regime democrático ou representativo em que não haja liberdade de opinião.

Adicionalmente ao controle já previsto na Constituição, em 1939, através do Decreto-lei no 1.949, Getúlio Vargas criou o Departamento de Imprensa e Propaganda que era responsável por fiscalizar todas as atividades de imprensa e propaganda no território nacional, incluindo a imprensa em si, cinema, teatro de diversões públicas, radiofonia, programas, artistas e auxiliares teatrais.

Assim, a Era Vargas foi marcada por severo controle dos meios de expressão e comunicação, restringido o direito de expressar-se livremente no Estado brasileiro.

### **3.5 A CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1946**

A Constituição de 1946 foi promulgada pela Assembleia Nacional Constituinte do mesmo ano. Trouxe novamente as liberdades anteriormente garantidas na Constituição de 1934 e que foram suprimidas na Constituição de 1937.

Assim, dispunha a Carta de 1946 acerca da liberdade de expressão:

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 5º - É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.

§ 7º - É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil.

§ 8º - Por motivo de convicção religiosa, filosófica ou política, ninguém será privado de nenhum dos seus direitos, salvo se a invocar para se eximir de obrigação, encargo ou serviço impostos pela lei aos brasileiros em geral, ou recusar os que ela estabelecer em substituição daqueles deveres, a fim de atender escusa de consciência.

Art. 173 - As ciências, as letras e as artes são livres.

O que se percebe no texto de 1946 é uma contradição, já que no artigo 173 dispunha que as artes eram livres, mas, contrariamente, dispunha no parágrafo 5º do artigo 143 que espetáculos e diversões públicas poderiam ser censurados.

Com o Golpe de Estado de 1964 a publicação dos chamados Atos Institucionais, os militares praticamente revogaram a Constituição de 1946. Dentre eles destaca-se o Ato Institucional no 2 que extinguiu sumariamente todos os partidos políticos existentes no país e permitiu ao Chefe do Executivo cassar mandatos e suspender direitos políticos de quaisquer cidadãos. Ademais, tal suspensão dos direitos políticos proibia os atingidos de se manifestarem, sob qualquer forma, acerca de assuntos de natureza política.

### **3.6 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1967**

Dando seguimento aos atos do Golpe Militar tentado por membros das Forças Armadas Nacionais, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 foi outorgada em janeiro do referido ano pelo Congresso Nacional. Destaca-se, que a convocação do Congresso Nacional foi feita por intermédio do Ato Institucional no 4 em 7 de dezembro de 1966, para que votassem até o dia 24 de janeiro de 1967 um projeto de constituição já elaborado pelo Ministro da Justiça Carlos Medeiros Silva.

O texto constitucional de 1967 praticamente não se modificou em relação ao texto anterior, assegurando a livre manifestação do pensamento independentemente de censura (salvo para espetáculos e diversões públicas), o direito de resposta e a publicação de livros e jornais sem necessidade de licença. Diferentemente da Constituição anterior, o que se adicionou ao final do parágrafo oitavo do artigo 150 foi que não seriam toleradas “as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes”<sup>33</sup>.

Entretanto, sabe-se que na prática o regime militar censurava severamente quaisquer tipos de manifestações contrárias ao governo, apesar do disposto no texto constitucional.

Em 1968, o governo militar publicou o Ato Institucional nº 5 – AI-5 que representou à época o ápice do controle ditatorial no país, concentrando plenos poderes nas mãos do governo. Através dos poderes outorgados ao Presidente da República pelo referido Ato Institucional, o Chefe do Executivo poderia decretar recesso ao Congresso Nacional, intervir nos Estados e Municípios sem quaisquer restrições, suspender direitos políticos e cassar mandatos eletivos. Ademais, o AI-5 suspendeu a garantia de *habeas corpus* em casos de crimes políticos e contra a segurança nacional e dispôs, ainda, que todos os atos praticados sob sua égide estavam excluídos de qualquer apreciação judicial (BRASIL, 1967).

Ato contínuo, em 1969, a Emenda Constitucional no 1 foi decretada pela Junta Militar que governava o Brasil. Tal emenda modificou quase que completamente o texto da Constituição de 1967 no sentido de adequar o texto aos Atos Institucionais até então impostos pelos militares, com o objetivo de revestir os mesmos de “legalidade”. Nesse contexto, afirmou José Afonso da Silva (2006, p.86) que,

Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil.

Deste modo, foi sob os efeitos da Emenda Constitucional de 1969 e do AI-5 que as liberdades e, conseqüentemente, a liberdade de pensamento e expressão sofreram suas maiores represálias na história brasileira.

<sup>33</sup> Redação original: art. 150, § 8º. É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.

### 3.7 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

O período de opressão arbitrária da Ditadura Militar enfrentado pelo Brasil entre os anos de 1964 e 1985 terminou com o governo do General João Baptista Figueiredo, que enfrentou diversas crises nos campos internacional, econômico e político.

Lentamente, a abertura democrática aconteceu e no ano de 1985 foi eleito o primeiro presidente não militar após o início da ditadura: Tancredo Neves. Entretanto, Tancredo foi acometido de grave doença e faleceu antes de sua posse, assumindo a presidência o seu vice-presidente José Sarney. Em 1985, é aprovada a Emenda Constitucional no 26, que convoca uma Assembleia Nacional Constituinte, que seria votada nas eleições de 1986 e que iniciaria os seus trabalhos em fevereiro de 1987.

O processo de redemocratização do país consolidou-se com a promulgação, em 5 de outubro de 1988, da atual Constituição da República Federativa do Brasil – a “Constituição Cidadã” nas palavras de Ulysses Guimarães – que trouxe a maior proteção a direitos fundamentais da história brasileira, representando um avanço em direção à plena de democracia.

A referida Constituição, considerada um marco sem precedentes para o sistema democrático brasileiro, reconhece sem qualquer tipo de distinção a todo e qualquer indivíduo o direito de formar opiniões através de seu juízo pessoal de valores e manifestar suas opiniões seja de forma escrita, falada ou pelos meios de comunicação.

No que tange à liberdade de expressão na atual Carta Constitucional brasileira, ela encontra-se elencada no rol dos direitos fundamentais e é protegida pelo instituto jurídico das cláusulas pétreas, ou seja, não pode ser abolida da Constituição. (art. 60, § 4o, IV).

Acerca do tema, destaca Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (2009, p.65):

A liberdade de pensamento, de expressão, ideológica e de reunião passam a ter destaque, igualmente, como a vedação a toda e qualquer espécie de censura ou licença. A liberdade de imprensa é valorizada como um elemento necessário à democracia e a promoção do debate público.

Assim, no Título II da Constituição de 1988, que trata dos direitos e garantias fundamentais tem-se disposto:

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

[...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Ademais, complementa o artigo 220 da Constituição de 1988:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Desta feita, a Carta Constitucional de 1988 caracteriza-se por proteger amplamente a liberdade de expressão e comunicação, pondo fim à censura anteriormente existente.

Destaca-se, ainda, que a proteção da liberdade de expressão contida na Constituição de 1988 não se traduz em direito absoluto, já que o próprio texto constitucional explicita as restrições, quais sejam: a vedação ao anonimato, a proteção à imagem, honra e intimidade e o direito de resposta para casos de abuso no exercício desse direito.

#### **4. AVANÇOS RECENTES: O BRASIL DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS D A ATUAÇÃO DA RELATORIA PARA A LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

A Organização dos Estados Americanos - OEA é um organismo regional fundado em 1948 com a assinatura em Bogotá da Carta da Organização dos Estados Americanos, que entrou em vigor em dezembro de 1951. Entre os propósitos de tal organização destaca-se “conseguir uma ordem de paz e de justiça, para promover sua solidariedade, intensificar sua colaboração e defender sua soberania, sua integridade territorial e sua independência”. O Brasil ratificou o referido documento em 11 de fevereiro de 1950.

Dentro do sistema interamericano, o documento de maior importância é a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica. Destaca-se, acerca deste documento, que apenas os Es-

tados membros da OEA têm a possibilidade de aderir a ele (PIOVESAN, 2010, p.256). Foi, essencialmente, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948 que trouxe a base normativa e contribuiu para o desenvolvimento do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos (CANÇADO TRINDADE, 2003, p.33-34).

Nesse cerne, o texto da Convenção Americana foi adotado, em 22 de novembro de 1969, na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos e entrou em vigor em 18 de julho de 1978, após onze Estados terem depositado seus instrumentos de ratificação ou adesão<sup>34</sup>.

Já para o Brasil, a Convenção Americana entrou em vigor apenas em 25 de setembro de 1992, quando o Estado brasileiro aderiu ao texto.<sup>35</sup>

Aderindo à Convenção,

[...] o Estado-parte tem a obrigação de respeitar e assegurar o livre e pleno exercício desses direitos e liberdades, sem qualquer discriminação. Cabe ainda ao Estado-parte adotar todas as medidas legislativas e de outra natureza que sejam necessárias para conferir efetividade aos direitos e liberdades enunciados (PIOVESAN, 2006, p.89).

Assim, o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos tem como seu principal documento a Convenção Americana, que define um sistema de monitoramento e implementação de seus direitos que é integrado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Especificamente acerca da proteção da liberdade de pensamento e expressão, a Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi criada em outubro de 1997, no 97o Período de Sessões. Foi estabelecida com caráter permanente, independência funcional e estrutura própria.

No que tange ao trabalho realizado por este órgão,

[...] *la Relatoría Especial ha trabajado en la promoción del derecho a la libertad de expresión a través de la asistencia técnica en el trámite de casos, medidas cautelares y realización de audiencias, entre otros. Con el mismo propósito, y en el marco de la CIDH, la Relatoría Especial ha preparado informes temáticos y regionales, ha realizado visitas oficiales y viajes de promoción, y ha participado en decenas de conferencias y seminarios que han logrado sensibilizar y capacitar a cientos de funcionarios públicos, periodistas y defensores del derecho a la libertad de expresión* (BOTERO, 2013, p.1).

<sup>34</sup> Regra prevista no artigo 74.2 da CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos. 22 nov. 1969.

<sup>35</sup> Informação disponível em < <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/convratif.asp>>. Acesso em: 01 de mai. 2016.

Tal Relatoria foi criada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos com o objetivo de incentivar a defesa da liberdade de expressão e pensamento, por considerá-la fundamental para a existência e desenvolvimento de sistemas democráticos (BOTERO, 2013, p.3).

Desta feita, tendo o Brasil ratificado a Convenção Americana de Direitos Humanos, submete-se ele ao trabalho de promoção e investigação realizado pela Corte Interamericana, pela Comissão Interamericana e pela Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão.

No que ao tange ao trabalho realizado pela Comissão Interamericana, oito relatórios de mérito envolvendo o Brasil e possíveis violações ao artigo 13 (liberdade de pensamento e expressão) já foram emitidos, sendo que seis casos preencheram os requisitos de admissibilidade e dois não foram admitidos.<sup>36</sup> Ademais, um informe de mérito foi emitido no ano de 2010<sup>37</sup> e nunca houve solução amistosa de um caso envolvendo o Brasil e a violação do direito à liberdade de pensamento e expressão.

Já na Corte Interamericana, um caso brasileiro foi sentenciado em que houve a declaração da violação por parte do Brasil do artigo 13 da Convenção Americana: o caso Gomes Lund e outros vs. Brasil, cuja sentença foi emitida em 24 de novembro de 2010<sup>38</sup>. Referido caso diz respeito à detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, resultante de operações do exército brasileiro que visavam erradicar a Guerrilha do Araguaia durante a ditadura militar no Brasil. Especialmente quanto à violação do artigo 13, a mesma deu-se em razão do Estado ter lesionado o direito de acesso à informação dos familiares das vítimas, especialmente porque a Convenção protege o direito que tem toda pessoa de solicitar informação que esteja em poder do Estado, no caso, acerca das vítimas desaparecidas.

Por fim, quanto ao monitoramento da proteção do direito à liberdade de pensamento e expressão realizado pela Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, o Brasil já foi alvo de trinta e quatro comunicados de imprensa, sendo um sobre o desaparecimento de um jornalista e trinta e três sobre jornalistas assassinados.

Assim, a entrada do Brasil no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos veio fortalecer o arcabouço de proteção à plena liberdade de pensamento

<sup>36</sup> Conforme informações disponíveis em: <[http://www.oas.org/es/cidh/expression/jurisprudencia/decisiones\\_fondo.asp](http://www.oas.org/es/cidh/expression/jurisprudencia/decisiones_fondo.asp)>. Acesso em: 07 mai. 2016.

<sup>37</sup> Petição 12.308. Informe nº 37/10. Manoel Leal de Oliveira vs. Brasil. Disponível em: <<http://cidh.oas.org/annualrep/2010sp/BRPU12308ES.doc>>. Acesso em: 07 set. 2016.

<sup>38</sup> Sentença completa disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/se-riec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/se-riec_219_por.pdf)>. Acesso em: 10 ago. 2016.

e expressão que nasceu com o processo de redemocratização pós-ditadura militar e a promulgação da Carta Constitucional de 1988. A atuação do Sistema Interamericano permite aos brasileiros se salvaguardarem de eventuais ingerências arbitrárias perpetradas pelo Estado brasileiro no contexto da liberdade de pensamento e expressão.

### CONCLUSÃO

Dentre as liberdades constitucionalmente garantidas ao homem na atualidade encontramos a liberdade de expressão, cujas origens remontam à Grécia antiga.

A proteção da liberdade de expressão é considerada pela Organização das Nações Unidas pedra angular de todas as outras liberdades e encontra guarida nos mais variados instrumentos internacionais, bem como nas constituições de diversas nações. Isso porque a liberdade de expressar pensamentos e opiniões tem estreita relação com a dignidade da pessoa humana, bem como com a plena existência de regimes verdadeiramente democráticos.

No constitucionalismo brasileiro, a proteção positivada da liberdade de expressão já era encontrada na Constituição do Império de 1824. Entretanto, referida liberdade sofreu grandes limitações na história, seja pela existência do Poder Moderador, pela repressão na Era Vargas com a Constituição por ele outorgada em 1937, ou pela ditadura militar iniciada em 1964 e que trouxe um dos sistemas de censura mais severos já vistos.

A redemocratização do Brasil e a conseqüente edição e entrada em vigor da Constituição de 1988 mudaram a história de repressões e censuras até então sofridas pelos brasileiros nos regimes militares. A “Constituição Cidadã” de 1988 representou um marco na história constitucional do Brasil, trazendo a plena proteção das liberdades e o regime democrático livre de quaisquer censuras.

Por fim, a ratificação pelo Brasil da Convenção Americana sobre Direitos Humanos representou primeiramente a intenção do Estado em garantir a proteção dos direitos humanos nela consagrados, bem como contribuiu de forma significativa para a ampla tutela e salvaguarda do direito de expressar-se livremente sem até mesmo a interferência do poder público, contribuindo, dessa forma, para a consolidação da democracia no Brasil.

### REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. *República: teoria e prática: textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na Primeira Constituição Republicana*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1978.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2o vol. 2a Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOTERO, Catalina. *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2012*: informe de la relatoría especial para la libertad de expresión. Washington: Organización de los Estados Americanos, 2013.

BRASIL. Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1967. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 10 fev. 1968.

CAMPOS, Francisco. Entrevista ao Correio da Manhã do Rio de Janeiro em 03 de março de 1945. In: PORTO, Walter Costa. *Constituições Brasileiras: 1937*. 2.ed. Brasília: Senado Federal; Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/137571>> Acesso em: 15 abr. 2013.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol.III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

CARTA da Organização dos Estados Americanos. 30 abr. 1948. Disponível em: <[http://www.oas.org/dil/port/tratados\\_A-41\\_Carta\\_da\\_Organiza%C3%A7%C3%A3o\\_dos\\_Estados\\_Americanos.pdf](http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.pdf)>. Acesso em 04 set. 2016.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de Informação e Liberdade de Expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. É possível democratizar a televisão? In: NOVAES, Adauto (Org.) *Rede imaginária: televisão e democracia*. 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras, Secretaria Municipal de Cultura, 1999.

CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos. 22 nov. 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em 06 abr. 2016.

DECLARAÇÃO Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Abr. 1948. Disponível em: <[http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao\\_Americana.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm)>. Acesso em 06 abr. 2016.

DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. 26 ago. 1789. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf)>. Acesso em: 06 ago. 2016.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. 10 dez. 1948. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso em 21 ago. 2016.

FARIAS, Edilson. *Liberdade de Expressão e Comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, Editorial Trotta, 2001.

FRANÇA. Constituição Francesa de 1791. 03 set. 1791. Texto em inglês disponível em <<http://isites.harvard.edu/fs/docs/icb.topic1069529.files/French%20Revolution%20Documents/Constitution%20of%20France%201791.doc>>. Acesso em: 06 jul. 2016.

GONZÁLEZ, Santiago Sánchez. *La libertad de expresión*. Madrid: Marcial Pons, 1992.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Reflexões sobre a liberdade. *Direito Público*. Porto Alegre, ano 1, n.4, p. 32-47, abr./jun.2004.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

PACTO Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. 16 dez. 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 22 set. 2016.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à constituição de 1946*. 4.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963. t. IV.

RESOLUÇÃO no 59 de 14 de dezembro de 1946 da Assembleia Geral das Nações Unidas. Texto completo em inglês disponível em <<http://www.un.org/documents/ga/res/1/ares1.htm>>. Acesso em 12 jun. 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

VIRGINIA BILL OF RIGHTS. 12 jun. 1776. Disponível em <[http://www.constitution.org/bor/vir\\_bor.htm](http://www.constitution.org/bor/vir_bor.htm)>. Acesso em 05 set. 2016.

ZISMAN, Célia Rosenthal. *A liberdade de expressão na Constituição Federal e suas limitações: os limites dos limites*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.



**O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO  
E SABERES TRADICIONAIS: DIGRESSÕES DESDE A  
PLURINACIONALIDADE PARA NOVAS PERSPECTIVAS  
DE SALVAGUARDA DOS DIREITOS HUMANOS  
INTERGERACIONAIS**

***THE NEW LATIN AMERICAN CONSTITUCIONALISM  
AND TRADICIONAL KNOWLEDGE: DIGRESSIONS SINCE  
PLURINATIONALITY FOR NEW PERSPECTIVES OF  
SAFEGUARDING INTERGENERATIONAL HUMAN RIGHTS***

Giane da Silva Ritter

Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM.

Evilhane Jum Martins

Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM.

Isabel Christine De Gregori

Doutora em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc.

**Submissão em 07.10.2016**

**Aprovação em 02.11.2016**

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v2i1.2278>

**Resumo:** A presente pesquisa objetiva analisar possíveis formas de tutela efetiva aos saberes tradicionais e biodiversidade associada a partir dos preceitos e fundamentos do novo constitucionalismo latino-americano, enquanto movimento regional capaz de aproximar regionalmente os pensamentos acerca dos valores universais de acordo com a identidade e necessidades próprias do continente. Parte-se da seguinte problemática: Quais os limites e possibilidades para que o novo constitucionalismo latino-americano seja capaz de confrontar os imperativos econômicos globais, com vistas à tutela efetiva da sociobiodiversidade e, por consequência, dos direitos humanos intergeracionais relacionados à vida e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado? Para responder, metodologicamente utiliza-se a perspectiva sistêmica. Como procedimento e técnica, a pesquisa

bibliográfica e construção de resumos e fichamentos. Como resultado pode-se inferir de forma inicial que a plurinacionalidade pode contribuir para os diálogos acerca da necessidade de criação de um instrumento jurídico-político para tutela efetiva dos saberes tradicionais e biodiversidade associada, e, portanto, dos direitos humanos intergeracionais.

**Palavras-chave:** Sociobiodiversidade; Direitos humanos intergeracionais; Novo constitucionalismo latino-americano; América Latina.

**Abstract:** *This research aims to explore possible ways of effective protection of traditional knowledge and associated biodiversity from the principles and foundations of the new Latin American constitutionalism, as a regional movement capable of regionally approaching thoughts about the universal values according to the identity and needs of the continent. It starts with the following issues: What are the limits and possibilities so that the new Latin American constitutionalism may be able to confront the global economic imperatives with the objective to guarantee the effective protection of sociobiodiversity and consequently the intergenerational human rights related to life and an ecologically balanced environment? To answer, the systems perspective is methodologically used. Bibliographic research and the construction of resumes and summaries are used as a procedure and technique. As a result it can be inferred is an initial form that plurinationality can contribute to the dialogue about the need for creating a legal and political instrument for effective protection of traditional knowledge and associated biodiversity, and therefore of intergenerational human rights.*

**Keywords:** *Sociobiodiversity; Intergenerational human rights; New Latin American constitutionalism; Latin America.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Colonialidade do poder e a subalternização dos saberes tradicionais: impasses à tutela da biodiversidade associada e direitos intergeracionais. 3. Novos arranjos para tutela dos direitos humanos intergeracionais: contribuições desde os saberes tradicionais e o paradigma da plurinacionalidade. Conclusão. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Ao se tratar da América Latina a partir de observações que levem em conta a relevância do continente para questões relacionadas à preservação de direitos humanos intergeracionais atinentes à sociobiodiversidade, é necessário realizar uma ampla análise: desde a necessidade de uma visão holística ao contexto histórico, colonial e exploratório em que foi submetido o continente até os dias atuais, por meio da subserviência latino-americana aos imperativos econômicos globais. Essa temática tem suscitado inúmeros estudos, diálogos e discussões, tendo em vista a sua notável proeminência para o resguardo ao direito humano à vida digna, ecologicamente equilibrada e sustentável para as presentes e futuras gerações.

Frente a tais considerações, a presente pesquisa objetiva analisar possíveis formas de tutela efetiva aos saberes tradicionais e biodiversidade associada a partir dos preceitos e fundamentos do novo constitucionalismo latino-americano, enquanto movimento regional capaz de aproximar regionalmente os pensamentos acerca dos valores universais de acordo com a identidade e necessidades próprias do continente.

Sob tais parâmetros busca-se responder a seguinte problemática: Quais os limites e possibilidades para que o novo constitucionalismo latino-americano seja capaz de confrontar os imperativos econômicos globais, com vistas à tutela efetiva da sociobiodiversidade e, por consequência, dos direitos humanos intergeracionais relacionados à vida e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado?

A fim de responder o presente questionamento, metodologicamente adotou-se o trinômio: Teoria de Base/Abordagem, Procedimento e Técnica. Como teoria de base e abordagem, utilizar-se-á a perspectiva sistêmica, unindo diversos ares do saber como: Direito Ambiental, Direito Internacional, Ecologia Política e Direitos Humanos, a fim de compreender os fenômenos sócio jurídicos que aqui se preleciona. Como procedimento adotou-se a pesquisa bibliográfica e documental e a técnica empregada foi à construção de fichamentos e resumos estendidos.

Como resultado final do estudo, pode-se inferir de forma inicial que a plurinacionalidade pode contribuir para os diálogos acerca na necessidade de criação de um instrumento jurídico-político para tutela efetiva dos saberes tradicionais e biodiversidade associada, portanto, dos direitos humanos intergeracionais. Isso porque, a plurinacionalidade pode ser compreendida como um paradigma que ressignifica as relações dos povos originários – tradicionais – dentro do Estado, conferindo a autodeterminação ou livre determinação, transcendendo, inclusive, para as relações entre sociedade e natureza. É, pois, uma perspectiva de empoderamento das nações originárias.

## **2. COLONIALIDADE DO PODER E A SUBALTERNIZAÇÃO DOS SABERES TRADICIONAIS: IMPASSES À TUTELA DA BIODIVERSIDADE ASSOCIADA E DIREITOS INTERGERACIONAIS**

A América Latina possui como característica precípua a constituição plural da sociobiodiversidade. Nesse sentido, o continente é composto por países ricos em biodiversidade e por inúmeras comunidades tradicionais. Nesse ínterim, a preservação dos componentes originários do território é de expressiva relevância para resguardar os direitos fundamentais intergeracionais para as presentes e futuras gerações. Segundo a Revista Eco-21 apenas dezessete países de cerca de duzentas nações do mundo são considerados megadiversas, as quais detêm cerca de 70% de seus territórios composto por biodiversidade. Dentre esses privilegiados estão países como Brasil, Peru, Equador, Venezuela, etc.

Não só em biodiversidade é rica a América Latina, mas também é uma das regiões com maior índice de povos tradicionais, os quais são responsáveis pela manutenção dessa biodiversidade. Compostos por indígenas, caboclos, caiçaras,

dentre outros, são detentores de saberes milenarmente construídos e passados de geração em geração – os saberes tradicionais.

A colonização espanhola e portuguesa no século XV foi responsável pela dizimação de milhares de comunidades tradicionais. Segundo Vandana Shiva a população originária americana declinou de 72 milhões em meados de 1492 para menos de 4 milhões poucos séculos mais tarde (SHIVA, 2001). Sucessivamente a história latino-americana vem sendo alvo de redefinições nas suas perspectivas identitárias, através da imposição de parâmetros eurocêntricos, os quais ditam os padrões de vivência e relacionamento intergeracionais.

Por conseguinte, a subserviência da América Latina aos ditames do Norte Social<sup>39</sup> configura o surgimento da “colonialidade do poder”, responsável pela subjugação dos saberes tradicionais à cientificidade, pela dizimação de espécies e biodiversidade e pela apropriação indevida dos conhecimentos tradicionais desses povos. Isso se deve principalmente ao fato de que o capital busca procurar novas colônias a serem invadidas e exploradas a fim de dar seguimento ao seu processo de acumulação (SHIVA, 2001).

A colonialidade do poder é entendida por Aníbal Quijano como fenômeno do poder, o qual se expressa como uma espécie de relação social com base em três elementos essenciais: dominação, exploração e conflito. Além disso, entende que o padrão de poder mundial é articulado pela dita colonialidade do poder, o capitalismo, o estado como forma central de controle da autoridade, o eurocentrismo como hegemonia de controle da subjetividade e do modo de produzir conhecimento (QUIJANO, 2002). Para Quijano, a colonialidade do poder está

---

<sup>39</sup> Ao discorrer acerca das Epistemologias do Sul, Santos demonstra a diferença crucial entre o Norte e o Sul: definidos assim de acordo com a perspectiva social, não levando em conta tão somente os aspectos geográficos: *Desde mi punto de vista, las Epistemología del Sur son el reclamo de nuevos procesos de producción, de valorización de conocimientos válidos, científicos y no científicos, y de nuevas relaciones entre diferentes tipos de conocimiento, a partir de las prácticas de las clases y grupos sociales que han sufrido, de manera sistemática, destrucción, opresión y discriminación causadas por el capitalismo, el colonialismo y todas las naturalizaciones de la desigualdad en las que se han desdoblado; el valor de cambio, la propiedad individual de la tierra, el sacrificio de la madre tierra, el racismo, al sexismo, el individualismo, lo material por encima de lo espiritual y todos los demás monocultivos de la mente y de la sociedad –económicos, políticos y culturales– que intentan bloquear la imaginación emancipadora y sacrificar las alternativas. En este sentido, son un conjunto de epistemologías, no una sola, que parte de esta premisa, y de un Sur que no es geográfico, sino metafórico: el Sur antiimperial. Es la metáfora del sufrimiento sistemático producido por el capitalismo y el colonialismo, así como por otras formas que se han apoyado en ellos como, por ejemplo, el patriarcado. Es también el Sur que existe en el Norte, lo que antes llamábamos el tercer mundo interior o cuarto mundo: los grupos oprimidos, marginados, de Europa y Norteamérica. También existe un Norte global en el Sur; son las elites locales que se benefician del capitalismo global. Por eso hablamos de un Sur antiimperial. Es importante que observemos la perspectiva de las Epistemologías del Sur desde este punto de partida* (Santos, Boaventura de Sousa., Introducción: las epistemologías del Sur in CIDOB (org.), Formas-Otras. Saber, nombrar, narrar, hacer. Barcelona: CIDOB Ediciones, 2011, p. 16).

imersa no conceito de “raça”, a qual foi originada há 500 anos no ambiente da América, Europa e Capitalismo.

São a mais profunda e perdurável expressão da dominação colonial e foram impostas sobre toda a população do planeta no curso da expansão do colonialismo europeu. Desde então, no atual padrão mundial de poder, impregnam todas e cada uma das áreas de existência social e constituem a mais profunda e eficaz forma de dominação social, material e intersubjetiva, e são, por isso mesmo, a base intersubjetiva mais universal de dominação política dentro do atual padrão de poder (QUIJANO, 2002, p.04).

Nesse contexto de disputa por poder é que o braço da colonialidade encontra respaldo também na ideia europeizada de conhecimento válido e não válido e de conhecimento científico e não científico, a qual coloca em situação de subalterno os conhecimentos tradicionais, subtraindo seu real valor e deixando efeitos nefastos à sua preservação. O capitalismo como elemento essencial dessa colonialidade acirra ainda mais tal condição, eis que, ao atribuir valor econômico aos saberes, principalmente por meio dos direitos de propriedade intelectual, com vistas à produção de lucro, solapa e subverte a essência do que são os saberes tradicionais, tornando-os meras mercadorias ou meras *comodities*.

Para Boaventura de Souza Santos, os debates epistemológicos durante o século XVII transformaram a ciência como única forma de conhecimento válido, em um longo e controverso processo que levou em conta fatores econômicos e políticos. Para o autor, a partir de então a ciência moderna conquistou o privilégio de definir o que é ciência e o que é conhecimento válido (SANTOS; MENESES E NUNES, 2005). Portanto, ao vislumbrar o palco contemporâneo em que se apresenta os saberes tradicionais, é perfeitamente possível afirmar que estes não são observados como científicos e, portanto, não são considerados conhecimentos válidos, principalmente aos olhos do capitalismo.

Outrossim, pode-se inferir dos ensinamentos de Vandana Shiva que a ciência atual, que exclui a criatividade e a originalidade dos conhecimentos tidos como “não-científicos”, desvalorizando-os, é uma ciência reducionista, ou seja, aquela ciência que compreende a própria ciência por suas estruturas subjacentes, abstraído de sua relação com a vida e as experiências humanas suas relações sociais e econômicas (SHIVA, 2001). Nesse sentido, esse panorama forma o que a autora chama de “pilhagem do conhecimento” ou a violência contra o próprio conhecimento seguida da “pilhagem da natureza” e

[...] consiste na afirmação de que o conhecimento não-reducionista simplesmente não é conhecimento. Em nome do “conhecimento científico” bem estabelecido, o conhecimento tradicional é não apenas desvalori-

zado, mas também explorado, suprimido, distorcido e considerado não merecedor de investigação empírica e aperfeiçoamento. [...] Projetos informados pela ciência reducionista tendem a “destruir a integridade inata da natureza e assim despojam de sua capacidade regenerativa” e a destruir a biodiversidade e a herança genética das regiões onde são aplicados. (SHIVA, 2001, p. 17)

Em outra obra, Shiva vai além e passa a trabalhar com a ideia de “monoculturas da mente”, como artefato que faz desaparecer a diversidade pelo que ela chama de “síndrome de FALAL” - falta de alternativas. Para a autora, “adotar a diversidade como forma de pensar, como um contexto de ação, permite o surgimento de muitas opções” (SHIVA, 2003, p. 15). Vandana Shiva aborda o sistema do saber enquanto um sistema de poder. Nesse sentido, afirma que as monoculturas ocupam primeiramente a mente e depois são passadas para o solo, de modo que as “monoculturas mentais geram modelos de produção que destroem a diversidade e legitimam a destruição como progresso, crescimento e melhoria” (SHIVA, 2003, p. 17).

Para a autora, a diversidade enquanto modo de pensar e enquanto maneira de viver são substratos para superação do empobrecimento gerado a partir da monocultura das mentes. Nesse sentido, descaracterizar o saber tradicional como saber válido é tonar a ciência moderna única forma de produção de conhecimento válido. É, pois, o estabelecimento de uma monocultura da mente que coloca em risco a própria manutenção da biodiversidade, das culturas, dos povos, e do direito humano à vida.

Nessa discussão, para melhor compreensão é necessário um resgate do que são e o que representam os saberes tradicionais e qual a sua relevância no cenário econômico. São, portanto, aqueles saberes produzidos pelas comunidades tradicionais em um determinado espaço e com base na utilização dos recursos naturais, utilizando modos de produção e técnicas consideradas de baixo impacto ambiental. A ideia de pertencimento, a qual remete à ideia de identidade, além do modo de vida, é um dos elementos mais relevantes para a caracterização dos povos tradicionais, conforme crê Antônio Carlos Diegues (DIEGUES, 2001). Para Stuart Hall, identidades culturais são aqueles aspectos da identidade que surgem na própria ideia de pertencimento a culturas étnicas, raciais, linguística, religiosa, nacionais (HALL, 2015).

O conceito de populações tradicionais e conhecimentos tradicionais originou-se nas ciências sociais. Juliana Santilli afirma que são aquelas populações definidas por sua simbiose com a natureza, com conhecimentos aprofundados acerca desta, de seus ciclos e detém a noção de seu território, onde se reproduzem economicamente e socialmente. Afirma que a formulação desse conceito está associada a um novo modelo de conservação ambiental, ou socioambiental (SANTILLI, 2005). Segue ainda afirmando que:

A produção de inovações e conhecimentos sobre a natureza não é motivada apenas por razões utilitárias, como por exemplo, descobrir a propriedade medicinal de uma planta para tratar uma doença, ou domesticar uma planta selvagem para cultivá-la e utilizá-la na alimentação. Transcende a dimensão econômica e permeia o domínio das representações simbólicas e identitárias. O conhecimento tradicional associado inclui toda informação útil à identificação de princípios ativos de biomoléculas ou características funcionais de células e microorganismos, independentemente de a utilização tradicional coincidir ou não com a utilização da biotecnologia (SANTILLI, 2005, p.196).

A relevância dos saberes tradicionais no cenário internacional e econômico eclodiu em razão do advento e crescimento da biotecnologia, a partir, sobretudo, dos anos 80/90. Visados pelas indústrias farmacêuticas, bioquímicas, agroquímicas e alimentícias, passaram a ser pauta de discussões e debates.

Nesse palco, a biodiversidade é vista como a matéria-prima para produção de produtos e bens a serem lançados no mercado e ao consumidor. Ou seja, é a fonte primária da biotecnologia, ao passo que os saberes tradicionais são vislumbrados como uma chave para desvendar os mistérios dessa biodiversidade, sem os quais a biotecnologia não prosperará. Para Santos, Nunes e Meneses (2005), o conhecimento indígena aparece como forma de descoberta das propriedades medicinais da biodiversidade, sobretudo quando se trata da indústria farmacêutica, em contraposição afirma que “esse fato atinge de ricochete a comunidade, pois as plantas têm vindo a desaparecer a uma velocidade relâmpago devido ao seu consumo excessivo, assunto que até recentemente pouco interesse suscitava” (SANTOS, NUNES E MENESES, 2005, p.67).

A demanda por proteção aos conhecimentos tradicionais e biodiversidade associada advém exatamente da expansão da biotecnologia. Isso porque, com o crescimento desse ramo econômico e os interesses comerciais e capitalistas voltados para a biodiversidade e os saberes tradicionais, deu-se início a uma intensa prospecção e à prática de biopirataria, ou seja, “aquela atividade que envolve o acesso aos recursos genéticos de um determinado país ou aos conhecimentos tradicionais associados a tais recursos genéticos (ou ambos) em desacordo com os princípios estabelecidos na Convenção Sobre a Diversidade Biológica” (SANTILLI, 2005, p. 198-199).

Ou seja, em breves palavras, a prática de biopirataria caracteriza-se pela apropriação indevida da biodiversidade e dos saberes tradicionais. Quer dizer, é a retirada sem consentimento e sem repartição de benefícios de saberes tradicionais e biodiversidade do sul social (detentores) para o norte social. Essa riqueza subtraída indevidamente é então processada, transformada, aperfeiçoada pelos saberes dito “científicos”, patenteado, apropriado privativamente e

lançado no mercado a custos exorbitantes, gerando grandes riquezas e lucros para as transnacionais da biotecnologia. Isso tudo sem qualquer reconhecimento de autoria às comunidades que produziram o conhecimento tradicional e repartição dos benefícios advindos da comercialização de tais produtos. É, pois, a exploração pela colonialidade do poder.

Assim, observa-se que o cenário imposto à América Latina impõe aos saberes tradicionais a mercantilização do saber e da ciência, tornando-os não-válidos e, portanto, como meras *comodities* de biopirataria. Ademais, impõe-se à biodiversidade efeitos nefastos de destruição e extinção da própria diversidade de bens naturais e culturais, alicerçada inclusive em instrumentos jurídicos internacionais.

Nesse aspecto, as condições geopolíticas que assolam a América Latina colocam em voga a preservação de direitos humanos intergeracionais, como o direito à vida e ao meio ambiente ecologicamente saudável e equilibrado para as presentes e futuras gerações. A economização de fatores fundamentais para manutenção do equilíbrio da vida em suas mais diversas acepções traz consigo a valoração exacerbada dos imperativos econômicos globais, em detrimento de condições básicas para a fruição de direitos.

Diante desse quadro é imperioso que se investigue métodos eficientes de tutela aos saberes tradicionais, sobretudo em razão da sua intrínseca ligação com a manutenção e preservação ambiental e, portanto, com o direito humano à vida sadia, equilibrada e sustentável para as presentes e futuras gerações, momento em que se permite pensar o novo constitucionalismo latino-americano alavancado na Bolívia como paradigma de tutela por seus fundamentos e valores constitucionais.

### **3. NOVOS ARRANJOS PARA TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS INTERGERACIONAIS: CONTRIBUIÇÕES DESDE OS SABERES TRADICIONAIS E O PARADIGMA DE PLURINACIONALIDADE.**

As linhas anteriores são capazes de demonstrar que os anseios econômicos do Norte Social vêm submetendo a América Latina à devassidão da sociobiodiversidade em prol da economização de todas as formas do saber e de diversas formas de vida. Nesse sentido, considerando que as lentes de observação que conduzem a presente pesquisa são lentes periféricas, desde a América Latina, registrar-se-á a partir de então questões cruciais para entender a inviabilidade da proteção de direitos humanos intergeracionais relacionados com a sociobiodiversidade em meio ao sistema-mundo atual.

Partindo desse ponto, busca-se efetuar construções sociojurídicas desde a periferia que abarque as pretensões contrapostas e incongruentes entre si, entre

Centro-Periferia, principalmente no que concerne à valorização de direitos humanos e minimização do caráter economicista das relações. Veja-se que isso se afirma tendo em vista que as pretensões humanistas e econômicas em âmbito global dividem-se de forma abissal entre aquelas provindas do centro e aquelas provindas da periferia. Assim, levando em conta que a conquista dos auspícios do Norte Social depende em muito dos sacrifícios do Sul Social, resta evidenciar a situação geopolítica que não permite a desconsideração das peculiaridades e da historicidade periférica da América Latina, para que possa vislumbrar os desafios pertinentes.

Nesse contexto, emana na América Latina o Novo Constitucionalismo Latino-americano com preceitos que buscam romper com a colonialidade imposta, a retomada dos povos originários, sua valorização e o rompimento com modelos clássicos europeizados imposto pelo histórico de colonização. Dentre esse novo paradigma, a Bolívia tem no preâmbulo de sua Constituição vanguardista a soberania e autonomia da diversidade dos povos como preceito maior, razão pela qual parte-se dessa premissa, desse país, como elemento paradigma para o desenvolvimento de novas formas de tutela aos saberes tradicionais e biodiversidade associada.

Assim, a implantação de mecanismos atinentes à democracia participativa, a integração dos povos e a implantação de uma nova concepção do papel da sociedade frente ao Estado e vice-versa, são exemplos de princípios intrínsecos ao novo constitucionalismo latino-americano. Ademais, o novo constitucionalismo latino-americano possui como premissa basilar a positivação de direitos que permitem a consagração dos direitos humanos sob uma acepção que leva em conta as originalidades dos povos que compõem cada estado<sup>40</sup>, tendo como pressuposto básico o pluralismo jurídico e, em sua mais nova fase, o reconhecimento da plurinacionalidade.

Em verdade, esse movimento constitucional é capaz de revelar uma imbricação de elementos próprios do novo constitucionalismo latino-americano, pois, ao mesmo tempo em que se está diante de processos constitucionais próprios de

---

<sup>40</sup> O novo constitucionalismo latino-americano, capitaneado pelas constituições da Venezuela (1999), Equador (2008) e Bolívia (2009), desenvolve no subcontinente como um conjunto normativo de densidade democrática e pluralista até então não experimentados no âmbito do constitucionalismo regional. Uma de suas dimensões de pluralidade resultou na incorporação no texto constitucional das cosmovisões dos povos indígenas originários, traduzido por bem viver, especificamente dos quíchuas na Constituição do Equador, de 2008, e dos aimarás na Constituição da Bolívia, de 2009. [...] Desse modo, o constitucionalismo, para esses países, passou a ter outro papel que não apenas o de declarar direitos fundamentais e assegurar a divisão de funções. Existe a proposta de voltar a atenção ao oprimido e devolver para ele sua dignidade e isso ocorre tanto pelos mecanismos de democracia ampliada (plebiscitos, referendos, revogação de mandato), como também pelo pluralismo, que não se limita ao aspecto político, promovendo a refundação do Estado com base em premissas diferentes daquelas que caracterizaram o Estado moderno de tipo europeu, como o da plurinacionalidade (SOUSA, Adriano Corrêa de. A libertação como objetivo central do novo constitucionalismo latino-americano: os caminhos para um constitucionalismo da libertação. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3bd7ef30b1a12dc7>> – Acesso em 22 de setembro de 2016, p. 03).

cada Estado, levando em conta questões atinentes à soberania e aos aspectos internos de cada país, se está também diante de problemáticas comuns à América Latina, de forma que qualquer ferramenta constitucional inerente à resolução de problemas sociopolíticos ou econômicos internamente ressoa as diversas questões próprias da colonialidade imposta ao continente como um todo.

A característica inusitada e verdadeiramente possível de mudar paradigmas de tutela aos conhecimentos tradicionais e biodiversidade associada, garantindo, portanto, o direito humano à vida e ao meio ambiente ecológicamente saudável, equilibrado e sustentável para as presentes e futuras gerações é a concepção de Estado plurinacional. Nesse sentido, a plurinacionalidade, inserta sobretudo no terceiro ciclo<sup>41</sup> do novo constitucionalismo latino americano, retrata não o mero reconhecimento de direitos aos povos originários, ao revés, compreende uma dimensão de cidadania muito além do dever estatal de reconhecer e garantir direitos.

A plurinacionalidade compreende a intenção de tornar os povos originários sujeitos de direito, atores sociais, e está intimamente vinculada à autodeterminação e/ou livre determinação dos povos. Nesse sentido, Raquel Fajardo afirma que

*Las Constituciones de Ecuador y Bolivia se proponen una refundación del Estado, iniciando con el reconocimiento explícito de las raíces milenarias de los pueblos indígenas ignorados en la primera fundación republicana, y se plantean el reto histórico de dar fin al colonialismo. Los pueblos indígenas son reconocidos no sólo como "cultura diversas" sino como naciones originarias o nacionalidades con autodeterminación o libre determinación. Esto es, sujetos políticos colectivos con derecho a definir su destino, gobernarse en autonomías, y participar en los nuevos pactos de Estado, el que se configura así como un "Estado plurinacional". Al definirse como un Estado Plurinacional, resulta de un pacto de pueblos, no es un Estado ajeno el que "reconoce" derechos a los indígenas, sino que los colectivos indí-*

<sup>41</sup>Raquel Fajardo trabalha com a idéia da formação do novo constitucionalismo latino-americano através de três ciclos. Assim a autora afirma que "*El primer ciclo del constitucionalismo pluralista se da con la emergencia del multiculturalismo em los ochentas del s. XX, pero sin llegar a reconocerse el pluralismo jurídico. El segundo ciclo de este horizonte, durante los noventas, se da luego de la adopción del Convenio 169 Sobre pueblos indígenas y tribales em países intependientes de la Organización Internacional del Trabajo (1989), em el cual se reconoce el modelo de Estado pluricultural y el pluralismo jurídico. El tercer ciclo del constitucionalismo pluralista se da luego de la adopción de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007). Las constituyentes de dos estados andinos (Ecuador 2008 y Bolivia 2009), asumen que los pueblos indígenas constituyen naciones o nacionalidades originarias que, haciendo un nuevo pacto de Estado, conforman um "Estado Plurinacional". Em el marco de um proyecto descolonizador, reconocen la jurisdicción indígena y aspiran a um pluralismo jurídico igualitario*". (FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena em el horizonte del constitucionalismo pluralista. In: BALDI, César Augusto (org.). Aprender desde o sul: novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade – aprendendo desde o sul. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 35).

*genas mismo se yerguen como sujetos constituyentes y, como tales y junto con otros pueblos, tienen poder de definir el nuevo modelo de Estado y las relaciones entre los pueblos que lo conforman* (FAJARDO, 2015, p. 46).

Disso depreende-se que a plurinacionalidade traz a possibilidade de novas conformações ao Estado, importando, ainda, em reflexos nas formas de relações com o outro. É dado aos povos originários – e tradicionais – a possibilidade e o direito de autodeterminar-se, de atuar e decidir ativamente nas questões que lhes importam, especialmente falando-se de saberes tradicionais e biodiversidade associada.

A plurinacionalidade importa na formação mais realista da cidadania, pelo que, segundo Bartolomé Claveró, “é a plurinacionalidade que pode caracterizar, se for levado à sério, um novo paradigma constitucional” (CLAVERÓ, 2015, p.112). E, como tal, pode ressignificar o diálogo acerca dos mecanismos e instrumentos jurídicos-políticos de tutela dos saberes tradicionais e biodiversidade associada, permitindo que se assegurem os direitos humanos intergeracionais à vida e ao meio ambiente ecologicamente saudável e sustentável para as presentes e futuras gerações. Claveró ainda afirma que

[...] é necessário acrescentar de imediato que a plurinacionalidade não se esgota nessa matriz de reconhecimento de direitos políticos de povos indígenas e de sua conseguinte articulação dentro do Estado, em cujo caso dificilmente poderia representar todo um novo paradigma do constitucionalismo e não apenas uma nova variante constitucional. A própria expressão de Estado plurinacional transformou-se em chave de algo mais, bastante mais, do que o substantivo e o adjetivo literalmente significam um Estado reconhecidamente formado por uma pluralidade de nações. (CLAVERO, 2015, p.115)

Essa chave de algo mais, ou bastate mais, que o autor se refere, vem logo em seguida justificado pelas palavras de Alberto Acosta – utilizadas por Claveró, as quais afirmam que a plurinacionalidade não importa apenas no reconhecimento passivo da diversidade dos povos e de nacionalidades diversas, é, na verdade, a declaração pública do desejo e anseio de incorporação de perspectivas diferentes com relação à sociedade e à natureza. Quer dizer que se a visão ou cosmovisão dos povos originários, indígenas, é relevante constitucionalmente ao passo que são reconhecidos como sujeitos de direito por título próprio, depreende-se que “essa visão caracteristicamente indígena oferece uma postura mais favorável aos direitos todos, tanto aos próprios quanto aos alheios, o constitucionalismo pode convir em adotá-la” (CLAVERO, 2015, p116).

Em verdade, pode-se dizer que novas perspectivas constitucionais que direcionam as ações do Estado e da própria sociedade em prol de uma integração entre diferentes povos é característica principal do movimento denominado novo

constitucionalismo latino-americano. Tal movimento procura legitimar constitucionalmente anseios e peculiaridades próprias dos povos latinos, a fim de aproximar as regras magnas de um país ao ideário real de seu povo.

A possível refundação da figura estatal no âmbito da América Latina poderia ser demonstrada através de uma escala evolutiva, a qual é apresentada por Wolkmer da seguinte forma: o desenvolvimento inicial do novo constitucionalismo latino-americano iniciou-se por intermédio de um primeiro ciclo que reúne as Constituições do Brasil (1988) e da Colômbia (1991), caracterizado por positivar ideais de ordem social e por seu caráter descentralizador; O segundo ciclo incluiu a Constituição da Venezuela (1999), caracterizado sumariamente por ser um constitucionalismo participativo popular e pluralista; Já o terceiro ciclo abarcou as Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009) em que então afirmou-se a plurinacionalidade comunitária e a qual é o objeto do estudo em questão (WOLKMER, 2011).

Assim, verifica-se que o reconhecimento da plurinacionalidade e direitos dela supervenientes – como por exemplo a autonomia de povos indígenas ou tradicionais para gerir questões relacionados a sua cultura e seus saberes – configura-se como o ponto crucial para que se possa efetivamente reconhecer a vigência de um novo constitucionalismo latino-americano. Segundo Hebert Klein, a Bolívia é formada etnicamente por 55% de ameríndios, 15% de origem europeia e 30% de mestiços (KLEIN, 2004). Percebe-se que a maior parte da população é formada por grupos tradicionais ou descendentes deles. Característica essencial para a formação de um Estado plurinacional.

Aliás, no que se refere ao Estado Plurinacional, Magalhães e Weill prelecionam:

A ideia de Estado Plurinacional pode superar as bases uniformizadoras e intolerantes do Estado nacional, onde todos os grupos sociais devem se conformar aos valores determinados na constituição nacional em termos de direito de família, direito de propriedade e sistema econômico entre outros aspectos importantes da vida social. Como vimos anteriormente o Estado nacional nasce a partir da uniformização de valores com a intolerância religiosa. [...] A grande revolução do Estado Plurinacional é o fato que este Estado constitucional, democrático participativo e dialógico pode finalmente romper com as bases teóricas e sociais do Estado nacional constitucional e democrático representativo (pouco democrático e nada representativo dos grupos não uniformizados), uniformizador de valores e logo radicalmente excludente. O Estado Plurinacional reconhece a democracia participativa como base da democracia representativa e garante a existência de formas de constituição da família e da economia segundo os valores tradicionais dos diversos grupos sociais (étnicos e culturais) existentes (MAGALHÃES, WEIL, 2015).

Tem-se que a plurinacionalidade<sup>42</sup> enquanto pressuposto do novo constitucionalismo latino-americano, sobretudo da constituição boliviana, revela-se como condicionante, além de elemento eficaz para o empoderamento dos povos e comunidades tradicionais frente à necessidade de tutela de seus saberes e de sua apropriação indevida pelo Norte social. A insurgência de novos parâmetros evidencia em sua legislação constitucional ideais que primam pela efetiva descolonização do território e consequente integração de seus povos, a fim de fortalecer a identidade e resgatar os aspectos culturais originários do povo da América Latina. Trata-se de tarefa fadada ao novo constitucionalismo latino-americano, desde a perspectiva constitucional boliviana.

As tendências atuais desse novo paradigma remetem sem dúvida alguma à congregação de esforços para a construção de uma nova ordem política e social que preze pelo reconhecimento da identidade e cultura de seus povos, inerente ao processo de descolonização e a uma nova ideia de desenvolvimento a partir do empoderamento dos povos. Para Boaventura de Souza Santos, esse projeto descolonizador tem seus alicerces em um universo epistemológico de apreensão da realidade social a partir da visão do Sul (SANTOS, 2010). Há, portanto, um sentido de emancipação nessa moldura da pós-colonialidade, não bastando o mero reconhecimento das diferenças, sendo necessário um encontro com o passado e o reconhecimento de uma dívida histórica (VIEIRA, DYNIEWICZ, 2014).

Vieira e Dyniewicz, citando Balibar, mencionam que o referido autor traz a afirmação de que o Direito Internacional universalizou e tornou obrigatória a forma Estado, e a consequência dessa imposição é o encobrimento dos conflitos dentro do que se convencionou chamar de “Estado-nação”. Assim, afirma que a essa forma de Estado permitiu unir as pessoas em torno do ideal do capitalismo, pois, ao dar cidadania formal a todos, suprimiu, por exemplo, a ideia de luta de classes, dando a possibilidade de o Estado intervir na reprodução da economia, na formação dos próprios indivíduos, da família, etc. (VIEIRA, DYNIEWICZ, 2014). A história colonial encobriu as diferenças dos grupos humanos, unificando-os e homogeneizando-os em torno de uma cidadania formal, de uma nacionalidade única, de uma língua pátria e de um sistema de justiça monista. Com isso, anulou-se por anos a

---

<sup>42</sup> *Los grupos sociales en situaciones en que los derechos individuales de las personas que los integran resultan ineficaces para garantizar el reconocimiento y la persistencia de su identidad cultural o el fin de la discriminación social de que son víctimas. Como lo demuestra la existencia de varios Estados plurinacionales (Canadá, Bélgica, Suiza, Nigeria, Nueva Zelanda, etc.), la nación cívica puede coexistir con varias naciones culturales dentro do mismo espacio geopolítico, del mismo Estado. El reconocimiento de la plurinacionalidad conlleva la noción de autogobierno y autodeterminación, pero no necesariamente la idea de independencia* (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010, p. 81).

diversidade dos povos, a sua verdadeira identidade, tornando-os subalternos e estigmatizados, marginalizados em um sistema dominador e opressor.

A Bolívia é tida como um dos países com maior índice de miserabilidade na América Latina. Após séculos de exploração das classes inferiores pelos governantes que se sucederam, das elites senhoris e militares, o neoliberalismo que aportou no país trouxe a adoção de diversas políticas desestatizantes e privatizantes, sobretudo dos recursos naturais do país – a água, o gás e o petróleo. Essas políticas possibilitaram a entrada de transnacionais no país, excluindo parcela relevante da população ao acesso a esses recursos naturais antes estatais e agora privatizados.

Os fundamentos e preceitos do novo constitucionalismo latino-americano, a partir da perspectiva descolonizadora de ruptura com a visão e modelos imperativos eurocêntricos, sobretudo, da constituição de um Estado Plurinacional, podem fomentar a criação de um importante instrumento de empoderamento frente aos clássicos instrumentos de propriedade intelectual e a biopirataria, anunciando um precedente para uma efetiva tutela dos saberes tradicionais e biodiversidade associada.

A exploração dos conhecimentos tradicionais e da biodiversidade associada, como já mencionado anteriormente, estão imersos no contexto da colonialidade do poder, que os subalterna à ciência moderna, desprezando as populações tradicionais e seu reconhecimento como produtores de ciência. A premissa no novo constitucionalismo latino-americano, enquanto instrumento que concede cidadania formal e material, direito de participação política, econômica e social a todas as comunidades originárias, sobretudo no contexto de plurinacionalidade Boliviana, apresenta-se como importante substrato para o desenvolvimento de novas perspectivas de tutela aos conhecimentos tradicionais.

É inegável que a valorização dos povos, das diversidades, e seu reconhecimento, chamando-os como atores sociais, revela o empoderamento capaz de gerar reações aos modelos impostos. Como viu-se, a união dos povos pelas suas diversidades étnicas, culturas, sociais, frente a subtração de um direito ao acesso aos recursos naturais é capaz de mudar concepções e modelos estagnados, outrora dominantes e opressores.

Assim, conclui-se o presente trabalho tendo a crença de que é possível o novo constitucionalismo latino-americano, sobretudo a partir da perspectiva da Constituição Plurinacional da Bolívia, ser um elemento essencial para o desenvolvimento de um modelo inaugural e paradigma de tutela aos saberes tradicionais. Justamente a partir da perspectiva descolonizadora de ruptura com os modelos imperialistas e neoliberais, que se dá efetivamente pelo reconhecimento de uma cidadania material, o reconhecimento e valorização da diversidade dos povos,

conferindo a estes o empoderamento e a concessão de uma condição de atores ativo no contexto do país. De modo que isso evidencia-se como um poder contra hegemônico capaz de fomentar um instrumento de tutela aos saberes tradicionais e biodiversidade associada frente ao avanço da biotecnologia, domínio do Acordo Trips, e da colonialidade do poder/saber. Por fim, acredita-se que o novo constitucionalismo latino americano, especialmente pautado na plurinacionalidade do Estado da Bolívia, pode representar um eixo de proposição paradigmática a ser defendida no contexto da modernidade e crise do sistema capitalista, em defesa dos saberes tradicionais e biodiversidade, a partir dos olhares desde o Sul.

### CONCLUSÃO

O presente estudo objetiva investigar e/ou vislumbrar os saberes tradicionais associados à biodiversidade sob a égide do novo constitucionalismo latino americano, sobretudo a partir do aspecto da plurinacionalidade como fomento para uma redefinição dos diálogos acerca de sua tutela, tendo este como elemento crucial para salvaguarda do direito humano à vida e ao meio ambiente ecologicamente saudável, equilibrado e sustentável para as presentes e futuras gerações. Para tanto, partiu-se de uma análise reflexiva dos aspectos sociais, históricos e econômicos que envolvem a temática para formular uma possível conclusão.

Posto isso, uma vez demonstrado a relevância dos saberes tradicionais na preservação da biodiversidade e, conseqüentemente, do direito humano à vida e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, saudável e sustentável, direitos intergeracionais, portanto, faz-se necessário que se pensem em formas eficientes à sua tutela a partir de novas perspectivas de diálogo. A relevância da análise acerca da imposição de um novo modelo de colonização que subalterniza o conhecimento tradicional à cientificação moderna, a monocultura das mentes, a ciência reducionista aliadas às práticas de biopirataria são elementos essenciais para a desvalorização desses saberes enquanto ciência, subjugando os povos tradicionais à ideologia da inferioridade cultural, e a conseqüente destruição da biodiversidade e o risco de manutenção de um direito humano à vida.

Portanto, a partir do panorama exposto traz-se em comento a vanguarda do novo constitucionalismo latino americano, por suas características inovadoras de descolonização e empoderamento dos povos originários enquanto atores ativos nas relações e sujeitos de direitos, sobretudo, pela perspectiva da plurinacionalidade como paradigma de reformulação das estruturas Estatais. Representa, ademais, a emancipação e ruptura com modelos clássicos europeizados e excludentes, expressados pela valorização da diversidade étnica, da cidadania formal e material e pela participação popular.

Por derradeiro, pode-se concluir de forma inicial, que o elemento da plurinacionalidade, inserto no terceiro ciclo do novo constitucionalismo latino-americano, enquanto paradigma que ressignifica as relações dos povos originários – tradicionais – dentro do Estado, conferindo a autodeterminação ou livre determinação, transcendendo, inclusive para as relações entre sociedade e natureza, pode representar um paradigma a contribuir efetivamente para os diálogos acerca da tutela aos saberes tradicionais e biodiversidade associada, garantindo a salvaguarda do direito humano à vida e ao meio ambiente ecologicamente saudável e equilibrado, intergeracionalmente. A plurinacionalidade representa, em grau maior, o empoderamento de fato dos povos tradicionais, através de uma cidadania real. Por tudo isso, acredita-se que a perspectiva de tutela sob a égide do novo constitucionalismo latino americano constitui-se um paradigma de substrato para as discussões dos instrumentos jurídicos-políticos destinados à tutela dos saberes tradicionais e biodiversidade associada. Alternativa viável, portanto, para salvaguarda do direito humano à vida.

### REFERÊNCIAS

- BELLO, Enzo. *A cidadania no constitucionalismo latino americano*. Caxias do Sul: Educs, 2012.
- CLAVERO, Bartolomé. Estado plurinacional: aproximações a um novo paradigma constitucional americano. In: BALDI, César Augusto (org.). *Aprender desde o sul: novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade – aprendendo desde o sul*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- DE GREGORI, Isabel Christine. Os conhecimentos tradicionais e a biodiversidade: direitos intelectuais coletivos ou monopólio da natureza?. In: TYBUSCH, Jerônimo Siqueira (org.); ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de (org.); SILVA, Rosane Leal da (org.). *Direitos emergentes na sociedade global*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM. Ijuí: Editora Ijuí, 2013.
- DIEGUES, Antonio Carlos Santana. *O mito da natureza intocada*. 3 ed. São Paulo: HUCITEC, 2001.
- FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena em el horizonte del constitucionalismo pluralista. In: BALDI, César Augusto (org.). *Aprender desde o sul: novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade – aprendendo desde o sul*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- FLÓREZ, Margarita. Proteção do conhecimento tradicional?. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Semear outras soluções: Os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Rio de Janeiro: 2005.
- FONSECA, Gustavo. *Os 17 países da megadiversidade*. Edição nº 33. Disponível em: <<http://www.eco21.com.br/textos/textos.asp?ID=975>>. Acesso em: 02 de agosto de 2016.
- GARGARELLA, Roberto. Pensando sobre la reforma constitucional em América Latina. In: GARAVITO, César Rodríguez (Coord.). *El derecho em América Latina: um mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução: Tomaz Tadeu daSilva & Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro: Lamparina, 2015.

KLEIN, Harbert S. *Bolívia: do período pré-incaico à independência*. Tradução: Alberto Alexandre Martinse Maria Glória P. Kok. São Paulo: Brasiliense, 2004.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. WEIL, Henrique. *Bioética no Estado de Direito Plurinacional*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14151/bioetica-no-estado-de-direito-plurinacional>>. Acesso em 20 de novembro de 2015.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade, poder, globalização e democracia. In: *Revista Novos Rumos*, Ano 17, nº 37, 2002.

SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: Proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula G.; NUNES, João Arriscado. Para ampliar o cânone da ciência: a diversidade epistemológica do mundo. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Semear outras soluções: Os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Rio de Janeiro: 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza; MENESES, Maria Paula. *Epistemologias do Sul*. São Paulo: Editora Cortêz, 2010.

SHIVA, Vandana. *Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento*. Tradução: Laura Cardellini Barbosa de Oliveira. Petrópolis: Vozes, 2001.

SHIVA, Vandana. *Monocultura da mente: perspectivas da biodiversidade e da biotecnologia*. São Paulo: Gaia, 2003.

SHIVA, Vandana. Biodiversidade, Direitos de Propriedade Intelectual e Globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Semear outras soluções: Os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Rio de Janeiro: 2005.

VIEIRA, José Ribas; DYNIEWICZ, Letícia Garcia Ribeiro. Estado plurinacional na América latina: diálogo conceitual entre multiculturalismo canadense e teoria pós-colonial. In: DE MORAES, José Luis Bolzan(org); BARROS, Flaviane de Magalhães (org). *Novo constitucionalismo latino americano: o debate sobre novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juízes*. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2014.

WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. *Pensar*, Fortaleza, 2011.



## A CONFORMAÇÃO IDENTITÁRIA DE UM CONSTITUCIONALISMO REGIONAL NA AMÉRICA LATINA

### *THE IDENTITY OF A REGIONAL CONSTITUTIONALISM IN LATIN AMERICA*

Caio César Bueno Schinemann  
Graduando em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR.

**Submissão em 07.10.2016**

**Aprovação em 02.11.2016**

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v2i1.2279>

**Resumo:** O presente trabalho analisará as relações entre os direitos humanos e fundamentais e a práxis do constitucionalismo latino-americano da contemporaneidade. Almeja-se compreender de que maneira estes direitos podem ser efetivados e concretizados mediante as ferramentas constitucionais disponíveis nos ordenamentos jurídicos nacionais, bem como apontar as vicissitudes das quais padecem as relações institucionais no âmbito da América Latina. Em um primeiro momento, são apresentados os principais desafios do direito constitucional na região: a pobreza e a desigualdade, no âmbito socioeconômico, e a concentração de poder, no âmbito político. Demonstra-se, assim, que o constitucionalismo social que se arraigou na região a partir do século XX não conseguiu cumprir suas promessas. Desta decepção com o direito constitucional de cunho social, surge, a partir do final do século XX, o movimento constitucional denominado “novo constitucionalismo latino-americano”, o qual se propõe a revisitar as bases do direito constitucional da região e reformar seus institutos de modo a adequá-los às sociedades por eles regidas. Argumenta-se, entretanto, que este movimento não se trata de uma nova vertente de um constitucionalismo da região, à medida que é possível falar de uma identidade constitucional compartilhada da América Latina que engloba tanto os “novos” quanto os “velhos” constitucionalismos da região. A partir desta constatação, propõe-se que se trabalhe com a noção de *ius commune latino-americano* como forma de estímulo à integração da região no tocante aos direitos humanos.

**Palavras-chave:** Direitos humanos; Integração regional; Constitucionalismo latino-americano contemporâneo; Novo constitucionalismo latino-americano; *Ius commune* latino-americano.

**Abstract:** This paper will examine the relationships between human and fundamental rights and the practice of contemporary Latin American constitutionalism. It aims to understand how these funda-

*mental and human rights can be effected and implemented through constitutional tools available in national legal systems, as well as point out the problems of the institutions and its relations in Latin America. At first, there are exposed the main challenges of constitutional law in the region: poverty and inequality in the socio-economic context, and the concentration of power in the political sphere. It is shown, so that the social constitutionalism that took root in the region in the Twentieth Century failed to fulfill its promises. This disappointment above the social constitutionalism made arise from the late Twentieth Century a so-called constitutional movement named "Latin American new constitutionalism", which aims to review the basis of constitutional law in the region and carry out reforms in their institutes, to suit them to the societies that are ruled by them. It is argued, however, that this movement is not about a new strand of constitutionalism in the region, as it is possible to speak of a shared constitutional identity of Latin America. From this finding, it is proposed to work with the notion of *ius commune* Latin America as a way of fostering the integration of the region with regard to human rights.*

**Keywords:** *Humans rights; Regional integration; Latin American contemporary constitutionalism; Latin American new constitutionalism; Latin American *ius commune*.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Há um novo constitucionalismo latino-americano? Notas acerca de uma identidade constitucional da região 3. Direitos humanos e integração regional: por um direito constitucional comum à América Latina. Conclusão. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A gênese da organização política predominante na América Latina se deu a partir de um peculiar pacto liberal-conservador, através do qual se estabeleceu o presidencialismo, proveniente dos liberais, que defendiam um sistema de freios e contrapesos aos moldes do norte-americano, ao mesmo tempo em que se estabeleceu uma grande concentração de poder no Chefe do Poder Executivo, proveniente dos conservadores, de viés monarquista (GARGARELLA, 2014, p. 49-50).

O sistema presidencialista, desta forma, assume contornos muito próprios na América Latina, que o afasta definitivamente do modelo que o inspirou, o norte-americano, o qual dispõe de um Congresso forte, atuante e de ideologias bem definidas, e um Poder Judiciário institucionalmente bem organizado. No contexto latino-americano, o presidencialismo transforma-se no *hiperpresidencialismo*.

O conceito de hiperpresidencialismo com o qual aqui se trabalha é o de concentração de poder nas mãos do Chefe do Poder Executivo sem que haja Poderes Legislativo e Executivo de força institucional suficiente para fazer o contraponto a este poder – em suma, um desequilíbrio do sistema de freios e contrapesos.

Ou seja, o termo “hiperpresidencialismo” não é uma crítica, mas uma constatação. Os sistemas de governo da América Latina sempre foram, em maior ou menor medida, hiperpresidencialistas. Este não é um termo que descreve eventuais regimes de tendências autoritárias na região, mas uma das características que a organização política latino-americana assumiu em seus momentos de formação e que perdura até hoje.

Observa-se que nesta análise não está se falando de nomes ou se citando momentos históricos. O fenômeno “hiperpresidencialismo” não diz respeito a grandes caudilhos, ou a Vargas, Perón e Chávez, mas diz respeito ao arranjo político da região em uma análise geral.

As ameaças que o hiperpresidencialismo pode<sup>43</sup> representar à democracia são de diversas ordens, que aqui serão sistematizadas em duas frentes principais: a ameaça à democracia *propriamente dita* e a ameaça à estabilidade político-social.

Em primeiro lugar, o efeito mais notório de um sistema que consagra o hiperpresidencialismo, enquanto ameaça à democracia propriamente dita, é a tendência ao autoritarismo. O Poder Executivo encontra-se em tamanha situação de privilégio que quaisquer ameaças a sua hegemonia podem levar a uma imposição de sua autoridade por meio da força (GARGARELLA, 2011, p. 294). O resultado costuma ser um só: *o golpe*. Ou por parte de quem já está no poder e anseia mantê-lo, ou por parte de seus opositores.

O hiperpresidencialismo, ao concentrar o poder em um único ator político, impede o avanço e o amadurecimento da democracia e do sistema político como um todo. O protagonismo exacerbado do Poder Executivo impede o desenvolvimento das demais instituições, o que se reflete na instabilidade política e social que permeou a região durante toda sua história. Exemplo categórico do que aqui é exposto é o fato de os países da América Latina terem sido regidos por 115 Constituições diferentes desde o momento de sua Independência (NEGRETTO, 2010).

O diagnóstico que se fez até agora não tem somente relevância histórica, mas também jurídica e política, considerando que grande parte do que foi exposto até o momento, no que se refere à organização política do Estado e suas vicissitudes em relação à concentração de poder, não foi alterado nas reformas constitucionais da redemocratização – ou, em outras palavras, a casa de máquinas permaneceu intocada (GARGARELLA, 2014, p. 309).

A matriz de poder definida no século XIX permeia as Constituições latino-americanas contemporâneas na essência de sua organização política. Isto significa que parte do desenho institucional que se tem no constitucionalismo atual é herdado de uma concepção verticalista de poder definida ainda no século XIX (GARGARELLA, 2014, p. 10).

---

<sup>43</sup> A escolha do termo “pode”, ilustrando uma possibilidade, e não a uma certeza, foi proposital. Por óbvio, não se pode reputar, individualmente, todos os governantes latino-americanos, como autoritários e antidemocráticos. Dentro de um sistema que tende à concentração de poder, há opções políticas feitas pelo estadista da ocasião que vão dar a tônica do governo em questão, que pode tanto pender para a ditadura como para a tentativa de se construir uma verdadeira democracia.

A estabilidade política que vem se arraigando na região nas últimas décadas não teve o condão de atacar o hiperpresidencialismo, mesmo sendo este constitucionalismo um resultado direto – e, sobretudo, uma resposta – a regimes autoritários e ditatoriais.

Mesmo eleições limpas e o respaldo popular não são impeditivos da utilização de meios autoritários para a manutenção do poder, como intervenções indevidas na esfera judiciária<sup>44</sup>, a restrição inapropriada de direitos fundamentais, tal qual a liberdade de imprensa<sup>45</sup>, e a tentativa de mudar a Constituição da maneira conveniente aos interesses do Chefe do Poder Executivo.<sup>46</sup> Como se verá adiante, até mesmo as mais recentes experiências constitucionais, respaldadas em amplo apoio popular, trazem ínsitas a si traços de um hiperpresidencialismo autoritário.

Além do delicado contexto político, a América Latina também é a região mais desigual do mundo (CEPAL, 2014). Embora esta não seja uma informação anteriormente desconhecida, uma vez que as origens da pobreza e da desigualdade social se confundem com a própria origem da América Latina, a grande questão na contemporaneidade é a convivência desta desigualdade com a estabilidade política conquistada após os processos de redemocratização.

Se, por um lado, a manutenção da democracia por este largo período de tempo é uma conquista extremamente relevante para a região, ao mesmo tempo, esta consolidação democrática não afetou de forma significativa os números da desigualdade, da pobreza e da exclusão social.

Desta maneira, verifica-se a convivência persistente de um regime politicamente democrático com a pobreza e a desigualdade social. Não há, em nenhuma outra região do globo, tamanha concentração de renda que não seja justificada pela vigência de regimes autoritários e ditatoriais.

Desta situação singular, depreendem-se as novas configurações que os ideais de democracia e cidadania devem receber em um contexto latino-americano, que ultrapassa a concepção liberal de cidadania formada quando das revoluções liberais do século XVIII.

---

<sup>44</sup> Cf. Venezuela age sobre o Supremo para controlar Judiciário. *O Globo*, 09-10-2015. Disponível em <<http://glo.bo/1Op69Re>>. Acesso em: janeiro de 2016.

<sup>45</sup> Cf. OEA se diz preocupada com cassação de TV na Venezuela. *O Globo*, 05-01-2007. Disponível em <<http://glo.bo/1nYg4Tr>>. Acesso em: janeiro de 2016.

<sup>46</sup> Cf. Parlamento do Equador aprova emendas que incluem reeleição indefinida. *Estadão*, 04-12-2015. Disponível em <<http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,parlamento-do-equador-aprova-emendas-que-incluem-reeleicao-indefinida,1806868>>. Acesso em: janeiro de 2016.

A cidadania e a democracia na América Latina devem ser desenvolvidas de forma integral e substancial, que conjuguem a defesa dos direitos ao exercício político com a proteção e promoção dos direitos de cunho social, econômico e culturais. Isto significa reconhecer as necessidades socioeconômicas do exercício da democracia.

A mais relevante reação do constitucionalismo latino-americano à situação de pobreza e desigualdade na região foi, ao longo do século XX, a constitucionalização dos direitos sociais.

Foi a Constituição revolucionária mexicana de 1917 a primeira Carta Política a dar aos direitos sociais seu caráter de fundamentalidade. Mais importante do que o pioneirismo no âmbito da história constitucional mundial (COMPARATO, 2008, p. 177), a Constituição de 1917 inaugurou, em âmbito latino-americano, um movimento sem volta de escolha por um constitucionalismo de perspectivas emancipatórias.

Entretanto, mesmo sendo a constitucionalização dos direitos sociais um avanço relevante, voltamos à “casa de máquinas da Constituição”: o que fizeram os movimentos constitucionalistas latino-americanos do século XX foi “introduzir direitos sociais em Constituições hostis a eles” (GARGARELLA, 2014, p. 253).

As reformas do constitucionalismo social criaram uma série de novos direitos ao mesmo tempo em que a organização do poder permanecia intocada. A introdução de direitos conquistados no século XX em Constituições cuja mentalidade permaneceu no século XIX representa empecilhos à promoção e concretização destes direitos. Diante de concepções como “progressividade dos direitos sociais”, “respeito à limitação orçamentária” e “princípio da reserva do possível”, os direitos sociais na América Latina continuam, em grande medida, “à mercê da boa-vontade e da caridade estatal” (FACHIN, 2015, p. 119).

A impossibilidade de cumprir as promessas do constitucionalismo social acima caracterizada gerou, nas últimas duas décadas, um movimento denominado “novo constitucionalismo latino-americano”, o qual se propõe a revisitar as noções basilares do direito constitucional a fim de promover um constitucionalismo adequado à experiência social dos países da região. Haveria, desta forma, uma ruptura entre o constitucionalismo transicional da região, datado da década de 1980 e 1990, e um constitucionalismo “novo”, do final da década de 1990 e dos anos 2000.

Neste trabalho, entretanto, entende-se que esta distinção doutrinária não se faz válida, propondo-se, desta forma, que toda a região latino-americana, em que pese suas evidentes diferenças, compartilha de uma identidade constitucional composta por características comuns.

## 2. HÁ UM “NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO”? NOTAS ACERCA DE UMA IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DA REGIÃO

Objetiva-se, neste momento, demonstrar a existência de uma identidade constitucional comum na América Latina, argumentando-se que os países da região latino-americana se encontram em um único *momento* constitucional, de modo a refutar recentes tentativas doutrinárias de diferenciação entre um “velho” e um “novo” constitucionalismo na região.

Quando aqui se fala em “constitucionalismo latino-americano contemporâneo”, refere-se às transformações constitucionais ocorridas na região ao longo das três últimas décadas. Neste período, todos os ordenamentos jurídicos aqui estudados<sup>47</sup> ou promulgaram novas Constituições, ou vivenciaram profundas reformas nas Constituições já existentes – como a Argentina, que apesar de formalmente possuir a mesma Constituição desde 1853, aprovou significativas mudanças em 1994, que a colocam no mesmo contexto constitucional dos demais países latino-americanos.

Outro caso peculiar é o do Chile. A Constituição chilena atualmente em vigor data de 1980, portanto, é produto da ditadura de Augusto Pinochet. A partir da redemocratização do país, a Constituição passou por uma série de reformas que visavam eliminar seu ranço autoritário e antidemocrático, sendo a mais proeminente delas em 2005. Ainda assim, o país se prepara para a convocação de uma Assembleia Constituinte ainda nesta década.<sup>48</sup>

O considerável lapso temporal entre a promulgação das Constituições aqui trabalhadas – de mais de vinte anos entre a do Brasil (1988) e a da Bolívia (2009), por exemplo – poderia suscitar dúvidas em relação ao potencial dialógico entre o direito constitucional destes. E, de fato, vem sendo corrente na doutrina uma divisão teórica que aponta algumas das Constituições latino-americanas como sendo fruto de um “neoconstitucionalismo”, ao passo que as mais recentes experiências constituintes da região caracterizariam um “novo constitucionalismo latino-americano” (PASTOR, 2013).

O assim denominado “novo constitucionalismo latino-americano” refere-se aos movimentos constitucionalistas que tiveram início na região latino-americana a partir da promulgação da Constituição da Venezuela (1999), com a posterior adesão do Equador (2008) e da Bolívia (2009), também através de

<sup>47</sup> Para efeitos de limitação do objeto de estudo, as análises presentes neste trabalho se restringiram aos países da América do Sul, à exceção do Suriname e das Guianas, e ao México. Esta metodologia é afim à utilizada em BOLONHA, 2015, com a exceção ao fato de a Venezuela não fazer parte do estudo do referido autor, enquanto neste trabalho é um país levado consideração.

<sup>48</sup> Cf. Michelle Bachelet anuncia nova constituição para o Chile. *Exame*, 13-10-2015. Disponível em <<http://exame.abril.com.br/mundo/noticias/michelle-bachelet-anuncia-nova-constituicao-para-o-chile>>. Acesso em: janeiro de 2016.

novas Constituições. Este surge como um movimento que visa, principalmente, o rompimento com o constitucionalismo liberal e o reconhecimento da pluralidade da sociedade, dando voz a grupos antes aliados do processo político.

Em que pese a grande dificuldade de formular teoricamente um conceito deste movimento, dada “sua indeterminação quanto à origem acadêmica do modelo e quanto à falta de uniformidade de suas proposições” (BOLONHA, 2015), a doutrina sobre a temática, mesmo que ainda incipiente, elenca algumas das características que seriam próprias deste movimento constitucionalista.

Rodrigo Uprimny divide as mudanças oriundas do novo constitucionalismo latino-americano em alterações dogmáticas e orgânicas (UPRIMNY, 2011, p. 110). São dogmáticas as alterações que se referem ao conjunto de direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, e orgânicas aquelas que se referem a alterações na forma de organização e distribuição do poder.

Dentre as mudanças dogmáticas apontadas por Uprimny, destaca-se a relevância dada ao pluralismo jurídico na Constituição, em especial na grande extensão de direitos conferidos às comunidades indígenas e quilombolas. As mudanças orgânicas, por sua vez, concentram-se na ampliação e no fortalecimento da democracia e dos espaços de participação dos cidadãos, através de um incremento dos mecanismos de democracia direta e do controle da gestão pública.

O que chama a atenção, no entanto, é que uma série das supostas mudanças que, segundo Uprimny e outros autores, caracterizariam um novo movimento constitucionalista na América Latina, são, na verdade, velhas conhecidas do constitucionalismo da região.

Uprimny cita como características dogmáticas do novo constitucionalismo, por exemplo, a abertura ao direito internacional dos direitos humanos por meio de um tratamento privilegiado aos tratados de direitos humanos, a adoção de mecanismos de discriminação positiva e cláusulas de afirmação da igualdade de direitos entre homens e mulheres (UPRIMNY, 2011, p. 111).

De fato, estes são avanços de grande importância. No entanto, são categorias já conhecidas do constitucionalismo latino-americano há quase trinta anos, sobretudo a partir da promulgação da Constituição do Brasil (1988), da Constituição da Colômbia (1991) e da reforma constitucional argentina (1994).

As objeções à suposta originalidade do novo constitucionalismo latino-americano se dão de maneira ainda mais proeminente quando são analisadas as mudanças de ordem orgânica. Como anteriormente referido, a grande promessa do novo constitucionalismo, nesta seara, é a mudança do centro do poder, que passa a ser do povo, através de uma democracia cada vez mais direta.

Os mecanismos extensivos de democracia direta utilizados pelos países em questão são, por certo, inovações no constitucionalismo regional – para efeitos de comparação, o Brasil, desde sua redemocratização, realizou um plebiscito e um referendo de caráter nacional, ao passo que a Bolívia, apenas nos últimos seis anos, realizou quatro referendos.

Entretanto, não só as vias de democracia direta não extenuaram o hiperpresidencialismo como, ao contrário, abriram espaço para o seu fortalecimento.

Ao enfraquecer ainda mais a figura do Poder Legislativo, o Presidente, nos países “novo constitucionalistas”, pode ver seus anseios políticos atendidos pelo povo, através da aprovação de leis e, sobretudo, de reformas constitucionais, pela via popular.

Carlos Bolonha defende a tese segundo a qual “os processos de mudança constitucional por que tem passado a América Latina estão associados ao fortalecimento dos presidentes latino-americanos” (BOLONHA, 2015, p. 118).

O “novo constitucionalismo latino-americano”, portanto, é inconsistente ao adotar uma postura supostamente contrária ao hiperpresidencialismo – considerando que prega uma mudança do centro de poder – e, simultaneamente, se comportar de forma apologética às mudanças constitucionais, sobretudo através dos mecanismos de democracia direta.

Não é coincidência que os três países apontados como expoentes do novo constitucionalismo (Venezuela, Equador e Bolívia) tenham se empenhado na aprovação da reeleição indefinida ao cargo de presidente – sendo a Bolívia, dentre estes, o único país onde esta tentativa fracassou.

Ora, a possibilidade de uma mesma pessoa se reeleger indefinidamente para o cargo de Chefe de Executivo contraria frontalmente a noção mais básica de República, que é a alternância do poder, e é especialmente lastimável quando se origina de movimentos cujo mote é de *renovação e rompimento com as amarras liberais do passado*.

A conclusão a que se chega a respeito do “novo constitucionalismo” não é exatamente surpreendente ou sequer inédita neste trabalho: a “casa de máquinas da Constituição” não foi alterada, conforme já percorrido na primeira parte do trabalho.

Seja por repetir categorias dogmáticas de direitos e garantias já conhecidas na região, seja por não dar maior efetividade aos mecanismos de controle do poder, restou comprovada a inviabilidade de se sustentar teoricamente a existência de um “novo constitucionalismo latino-americano”, que segregue as experiências venezuelana, equatoriana e boliviana dos demais constitucio-

nalismos da região, assim como não há por que se falar em uma impossibilidade do diálogo jurisdicional entre estes países e o restante da região.

Para que se continue em direção ao proposto, é de fundamental importância neste momento que se crie um conceito autêntico e sólido de constitucionalismo latino-americano, que dê azo à principal proposição deste trabalho, o diálogo horizontal entre as jurisdições da região.

Ressalta-se que o que se busca aqui não é um conceito unívoco de constitucionalismo latino-americano, não se trabalhando com conceitos social, político e jurídicos homogêneos. Isto porque os constitucionalismos da região, em que pese partilhem diversos pontos comuns, regulam sociedades diversas e dotadas cada uma de suas próprias complexidades. A título exemplificativo, 70 posições separam o Chile e o Paraguai no ranking de IDH.<sup>49</sup>

A identidade constitucional comum que aqui se busca erigir é ampla, devendo ser estabelecida a partir de critérios comuns, que transcendam as especificidades de cada uma das Constituições aqui trabalhadas.

O estabelecimento de uma identidade constitucional comum aos países da América Latina se dará a partir de três vieses: o marco teórico-filosófico, a tipologia constitucional e a internacionalização do direito constitucional.

O marco teórico-filosófico no qual se insere o constitucionalismo regional é o do pós-positivismo. O positivismo jurídico, sobretudo o de matriz kelseniana, recebido de forma “múltipla e transformadora” na América Latina (LOPEZ MEDINA, 2004, p. 201) foi paulatinamente dando lugar ao trabalho de teóricos como Habermas, Hesse, Dworkin e Alexy, em especial nos constitucionalismos de redemocratização.

Diego Lopez Medina aponta que a derrocada do positivismo jurídico na América Latina se deu sobretudo pela pressão por uma maior efetividade dos direitos humanos e pelo pessimismo em relação à pretensa neutralidade do sistema legal (LOPEZ MEDINA, 2004, p. 204). Sobretudo o trabalho de Dworkin trouxe à academia latino-americana o conhecimento dos “discursos jurídicos mais persuasivos” da *common law*, o que leva ao declínio das matrizes formalistas da Teoria do Direito (LOPEZ MEDINA, 2004, p. 202).

O “triumfo tardio” do direito constitucional nos países da região, orientado pelo marco teórico-filosófico do pós-positivismo, é o que possibilita o advento de uma nova hermenêutica constitucional, passando a ser reconhecida a for-

---

<sup>49</sup> O Chile encontra-se em 41º lugar; o Paraguai, em 111º. Cf. UNDP. *Human Development Report 2014*, p. 160-1. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr14-report-en-1.pdf>> Acesso em: fevereiro de 2016.

ça normativa da Constituição, o que calha, também, na expansão da jurisdição constitucional (BARROSO, 2011).

A tipologia constitucional, por sua vez, diz respeito à plena adoção na região de um constitucionalismo pautado pela mudança social, no qual a Constituição dá as diretrizes da atuação estatal em determinado sentido, por meio de planos e programas interventivos na sociedade – o que se materializa no conceito de “Constituição dirigente” de Canotilho (CANOTILHO, 1982). Assim, as Constituições dos Estados latino-americanos, por serem dotadas de conteúdo programático, vinculam os poderes instituídos às suas diretivas, obrigando-os à concretização de seus planos político-sociais.

Por fim, verifica-se na região uma orientação constitucional voltada à internacionalização do direito constitucional através da ratificação dos tratados internacionais de direitos humanos, das cláusulas de abertura material das Constituições e, sobretudo, através do cada vez maior diálogo entre as jurisdições locais e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Notadamente a Corte Interamericana de Direitos Humanos permitiu a desestabilização dos regimes autoritários, deu a tônica da busca da justiça nos processos de transição democrática e, na atualidade, demanda o fortalecimento da democracia e de uma cultura voltada ao respeito aos direitos humanos (PIOVESAN, 2014, p. 144).

Em suma, chega-se, enfim, a um conceito possível de constitucionalismo latino-americano contemporâneo: um constitucionalismo aberto, dirigente e que impõe o seu conteúdo através de sua força normativa.

O fato de se poder falar em uma identidade constitucional latino-americana é fator hábil a fomentar as discussões acerca de uma integração regional. Entretanto, a integração regional a qual aqui se referencia não diz respeito a tentativas de integração econômica e de mercado, mas, sobretudo, a uma integração através da linguagem dos direitos humanos.

### **3. DIREITOS HUMANOS E INTEGRAÇÃO REGIONAL: POR UM DIREITO CONSTITUCIONAL COMUM À AMÉRICA LATINA**

O parágrafo único do art. 4º da Constituição Federal de 1988 dispõe que “a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina”, de modo a formar “uma comunidade latino-americana de nações”.

Sobretudo a partir da década de 1990, os países sul-americanos empenharam-se em diversas tentativas de se realizar integrações formais na re-

gião, aos moldes da União Europeia, sendo a de maior destaque o Mercado Comum do Sul – MERCOSUL.<sup>50</sup>

Apesar de alguns avanços relevantes, os esforços destes processos de integração concentram-se tão somente no aspecto comercial, pautado em iniciativas que dizem respeito tão somente à área econômica.

Em que pese a importância do âmbito comercial para o desenvolvimento da região, estas tentativas de integração regional demonstram pouco – ou nenhum – apego à questão social, o que, como demonstrado anteriormente, configura uma das mais importantes dentre as mazelas que atingem a região latino-americana.

Além disso, cabe analisar até que ponto estas integrações formais e vinculantes são necessárias – e possíveis – no contexto latino-americano. Isto porque, a despeito da União Europeia, que mesmo tendo sua gênese em um momento pós-Guerra foi, desde seu início, composta por democracias maduras e países desenvolvidos, os países da América Latina ainda possuem instituições fracas e uma democracia em constante desenvolvimento.

Em outras palavras, uma integração que pressupõe instituições supranacionais sólidas não será bem-sucedida quando seus Estados-membro forem compostos, internamente, por instituições fracas.

Neste sentido, a *integração regional* ao qual o título deste trabalho faz referência não é uma integração pautada por um mercado comum, mas uma integração pautada pelo discurso, que dê azo ao combate às mazelas sociais e políticas.

Virgílio Afonso da Silva divide as possibilidades de integração regional em integração institucional-legal e integração discursiva (SILVA, 2010, p. 517). A primeira forma de integração é aquela, como o próprio nome indica, que depende de instituições comuns, assim como legislação, parlamento e uma jurisdição partilhada entre os países em questão.

Conforme demonstrado no ponto anterior, a despeito de uma democracia que se enraíza cada vez mais nas sociedades latino-americanas, as instituições dos países da América Latina ainda são fracas. Como pontua Virgílio Afonso da Silva, “concentrar esforços apenas na ideia de integração institucional-legal pode ser contraproducente” (2010, p. 517), considerando que não é possível se desenvolver instituições regionais fortes a partir de instituições nacionais deficitárias.

A segunda forma de integração, a discursiva, no entanto, não depende de instituições comuns. Na verdade, este tipo de integração pressupõe apenas “realidades - sociais, econômicas, culturais - semelhantes” (SILVA, 2010, p. 517).

<sup>50</sup> Além do MERCOSUL, v.g., UNASUL (União de Nações Sul-Americanas) e CAN (Comunidade Andina).

Portanto, a integração que aqui se pauta se baseia não no *direito formalmente comum*, aos moldes do direito comunitário europeu, mas sim em um *direito constitucional* em constante debate, diálogo e trocas.

Um ponto que poderia ser contraposto à proposta que aqui se faz é se esta troca horizontal – o diálogo entre jurisdições nacionais – seria necessária no âmbito latino-americano, considerando que a América Latina já dispõe de um sistema supranacional de proteção aos direitos humanos.

Não seria suficiente apenas o diálogo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos? A jurisprudência emanada da jurisdição supranacional, por si só, não serviria como um compêndio das jurisprudências locais?

De fato, o diálogo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos é muito mais imediato e espontâneo do que o diálogo horizontal de jurisdições, especialmente pelo número reduzido de casos julgados, o que torna a jurisprudência da Corte mais sistematizada, e pela força vinculante de suas decisões.

Entretanto, no âmbito latino-americano, o diálogo tão somente com a Corte Interamericana não se demonstra o bastante, por dois principais motivos.

O primeiro destes motivos é justamente o fato de a Corte julgar poucos casos. O litígio perante a Corte pressupõe o esgotamento das instâncias internas, o que torna o seu funcionamento muito menos dinâmico em relação às atividades jurisdicionais internas.

Além disso, a Corte Interamericana atua com base em um tratado, um instrumento do direito internacional que, por sua natureza, não dispõe das complexidades ínsitas a uma Constituição. Por isso, a Convenção Americana de Direitos Humanos é muito menos permeável às mudanças de ordem política e social.

Exemplo disso é o caráter unicamente de progressividade dado aos direitos sociais na Convenção Americana<sup>51</sup>, o que se reflete em uma jurisprudência ainda tímida da Constituição no que se refere à judicialização dos direitos sociais.

Desta forma, retorna-se à proposição de um *ius commune* latino-americano que vá além do diálogo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em que pese a sua relevância.

---

<sup>51</sup> Art. 26. Desenvolvimento progressivo – Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Ao retirar os esforços de uma integração política e econômica, bem como se desvincular das discussões que reduzem a integração regional a uma vinculação à Corte Interamericana, o *ius commune* abre espaço para os esforços em prol da concretização dos direitos humanos através de mecanismos já existentes nas Constituições. Isto significa dizer que “o debate gerado com o objetivo de garantir, em escala regional, o cumprimento das principais promessas das constituições estatais é a origem da abordagem conhecida como *ius constitutionale commune* na América Latina” (VON BOGDANDY, 2015, p. 25).

### CONCLUSÃO

O exposto até o momento intenta apontar caminhos para o fortalecimento dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito na América Latina, partindo de um diagnóstico comum aos países latino-americanos, de exclusão de determinados setores da sociedade, deficiência na normatividade dos direitos fundamentais e pouco apreço à cultura dos direitos humanos.

Reivindica-se, assim, uma integração regional, não em sentido formal e vinculante, mas a partir de um direito constitucional comum, que reconheça a tão estreita relação existente entre o direito constitucional, o direito internacional e o direito comparado (VON BOGDANDY, 2015, p. 14), sobretudo no âmbito de concretização dos direitos humanos e fundamentais.

A criação de um direito constitucional comum e dialogado, por si só, dá maior legitimidade à atuação do juiz constitucional, considerando que traz ao debate um maior nível de concordância, proveniente de uma fundamentação que se frui de argumentos já utilizados em situações materialmente conexas ao que se é discutido.

### REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Disponível em <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)>. Acesso em: janeiro de 2016.

BOLONHA, Carlos.; RANGEL, Henrique.; CORRÊA, Flávio. Hiperpresidencialismo na América Latina. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, vol. 60, n. 2, p. 115-140, maio/ago. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

CEPAL. *Panorama Social da América Latina*. Disponível em <[repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37706/S1420848\\_pt.pdf](http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37706/S1420848_pt.pdf)>. Acesso em: janeiro/2016.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

FACHIN, Melina Girardi. *Direitos Humanos e Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

GARGARELLA, Roberto. El constitucionalismo latinoamericano y la „sala de máquinas“ de la Constitución (1980-2010). *Gaceta Constitucional* n° 48, p. 289-305, 2011.

\_\_\_\_\_. *La Sala de Máquinas de la Constitución*. Buenos Aires: Katz Editora, 2014.

LÓPEZ MEDINA, Diego. *Teoría Impura del Derecho: la transformación de la cultura jurídica latino-americana*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2004.

NEGRETTO, Gabriel. La reforma política en América Latina: reglas electorales y distribución de poder entre Presidente y Congreso. *Desarrollo Económico*, vol. 50, n. 198, p.197-221, 2010.

PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Derechos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdiccionales e os desafios da reforma. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD), v. 6, n. 2, p.142-154, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia (orgs.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.515-530.

UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. In: RODRÍGUEZ GARAVITO, César (org.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.

VON BOGDANDY, Armin. Ius constitutionale commune na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, p. 13-66, maio/ago, 2015.

## **MECANISMOS DE RETIRADA FORÇADA DO ESTRANGEIRO DO TERRITÓRIO NACIONAL: A FAMÍLIA COMO CAUSA IMPEDITIVA DA EXPULSÃO**

### ***MECHANISMS OF FORCED WITHDRAWAL OF FOREIGNER FROM NATIONAL TERRITORY: THE FAMILY AS AN IMPEDITIVE CAUSE OF EXPULSION***

Leonardo Chaves de Carvalho

Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Pós-graduado em Educação em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da UFMS e em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Ematra/MS. Bacharel em Direito pela UFMS. Servidor técnico-administrativo da UFMS/Câmpus de Paranaíba.

Ana Paula Martins Amaral

Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS. Doutora em Direito pela PUC/SP. Pós-Doutora pela UFSC.

**Submissão em 12.11.2016**

**Aprovação em 19.11.2016**

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v2i1.2560>

**Resumo:** O artigo visa analisar as causas relacionadas à proteção familiar e aos interesses da criança que impedem a expulsão de estrangeiro do Brasil. Para isto, expõem-se brevemente as questões que autorizam um Estado a retirar um indivíduo de seu território, bem como os mecanismos da deportação e da extradição. Discorre-se especificamente da expulsão e de suas características legais. Por fim, são examinadas as hipóteses que impedem a expulsão de estrangeiro que tenha criado vínculos familiares no país, sob a ótica da legislação nacional e das decisões das Cortes Superiores brasileiras em questões polêmicas e inovadoras. A pesquisa é bibliográfica e documental.

**Palavras-chave:** Soberania; Expulsão; Proteção da família; Interesses da criança; Direitos humanos.

**Abstract:** The article aims to analyze the causes related to family protection and the child's interests that prevent foreigners expulsion from Brazil. For this, the issues that allow a State to withdraw an

*individual from its territory, as well as the mechanisms of deportation and extradition are briefly exposed. Expulsion and its legal characteristics are specifically discussed. Finally, the hypotheses that prevent the expulsion of foreigners who have created family ties in the country are examined from the perspective of national legislation and from the decisions of Brazilian Superior Courts in polemic and innovative issues. The research is bibliographic and documental.*

**Keywords:** *Sovereignty; Expulsion; Family protection; Child's interests; Human rights.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Os mecanismos legais de retirada forçada do estrangeiro do território brasileiro. 2.1. Deportação. 2.2. Extradicação. 3. O mecanismo da expulsão no Brasil. 4. a proteção da família como obstáculo à expulsão do estrangeiro. 4.1 A união de estrangeiro com cidadão brasileiro. 4.2. A existência de filho brasileiro. Conclusão. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

É costume de todo Estado possuir em sua legislação migratória normas que regulam o ingresso, a permanência e a retirada forçada de seu território de indivíduos não nacionais. No Brasil, a Lei n.º 6.815, de 19 de agosto de 1980, conhecida como Estatuto do Estrangeiro, juntamente com o seu regulamento, o Decreto n.º 86.715, de 10 de dezembro de 1981, são os responsáveis por disciplinar as questões migratórias brasileiras.

Nestes documentos legais se encontram os mecanismos de retirada forçada do estrangeiro do Brasil: a deportação, a extradicação e a expulsão. Todos estes institutos se baseiam em questões relativas à soberania nacional

No entanto, com a solidificação dos preceitos dos direitos humanos a nível internacional por meio da Declaração Universal de 1948 e dos tratados internacionais pactuados entre as nações, as diretrizes voltadas à dignidade da pessoa passaram a fazer parte das ordens constitucionais da maioria dos Estados de Direito, influenciando na característica da soberania absoluta, de modo a relativizá-la em favor da proteção do indivíduo.

Nas questões migratórias não foi diferente, a proteção dos direitos humanos do indivíduo passou a ser considerada no momento do Estado decidir sobre sua permanência ou sua retirada de seu território.

Este artigo analisa os mecanismos de retirada forçada do estrangeiro do Brasil, em especial o instituto da expulsão, apresentando as características legais deste instrumento, com especial atenção quanto às causas impeditivas da discricionariedade do Estado brasileiro em expulsar o indivíduo de seu território. Tais causas se relacionam à proteção familiar e aos interesses da criança quando o estrangeiro cria vínculos familiares com algum cidadão brasileiro.

Para esta análise, no primeiro item faz-se uma breve exposição sobre as questões que autorizam um Estado a retirar alguém do seu território, passando pela exposição sucinta dos mecanismos da deportação e da extradição. No segundo ponto do trabalho discorre-se especificamente acerca da expulsão de estrangeiro do Brasil, apresentando suas particularidades sob a ótica da legislação nacional e alguns documentos internacionais.

Por fim, são apresentadas as hipóteses que impedem a expulsão de estrangeiro que tenha criado vínculos familiares no país, ou seja, de indivíduo casado e/ou em união estável, ou que tenha filho brasileiro. Neste momento do trabalho, o exame destes impedimentos será feito com base na legislação migratória, levando-se em conta, principalmente, as decisões das Cortes Superiores brasileiras em questões polêmicas e inovadoras, como, por exemplo, a união homoafetiva e o momento de nascimento do filho, antes ou depois do fato que levou à abertura do processo expulsório.

A pesquisa é bibliográfica e documental, feita sob o método dedutivo, com fulcro nos ensinamentos de autores que tratam da temática migratória e do Direito Internacional, além de se utilizar da legislação nacional, de tratados internacionais e, principalmente, da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

## **2. OS MECANISMOS LEGAIS DE RETIRADA FORÇADA DO ESTRANGEIRO DO TERRITÓRIO BRASILEIRO**

O fluxo migratório internacional é contínuo e a cada ano aumenta por diversos fatores ambientais, sociais, bélicos, etc. Os Estados devem estar preparados tanto do ponto de vista legal e jurídico, quanto do ponto de vista dos direitos humanos para receber os estrangeiros que adentram seu território. Sobre o disciplinamento do movimento migratório pelo Direito, no âmbito interno e internacional, escreve Cahali (1983, p.71):

O movimento migratório, próprio de todos os tempos com maior ou menor intensidade, representa um fenômeno irreversível das civilizações, restando ao direito apenas enquadrá-lo e equacionar-lhe as conseqüências.

O contínuo deslocamento de indivíduos, determinado por fatores sociais, religiosos, políticos e principalmente econômicos, reclama dos países que os acolhem uma disciplina jurídica adequada de composição dos limites: possibilidade de acesso do imigrante e preservação dos interesses nacionais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 13, item II, prescreve que “todo ser humano tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar”; do mesmo modo, o item II, do artigo 22, da Con-

venção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) diz que “toda pessoa tem o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive do próprio”. Ambos os documentos consagram como direito humano a livre circulação de pessoas entre os países da comunidade internacional.

Entretanto, o Direito Internacional garante que nenhum Estado soberano é obrigado a permitir a entrada ou a permanência em seu território de pessoas que não possuam vínculos relacionados à nacionalidade, a qual, em regra, é regulamentada por normas constitucionais. Assim, por exclusão, “o estrangeiro é o não nacional” (CAHALI, 1983, p.11), ou seja, “aquele que não tem a nacionalidade do Estado em cujo território se encontra” (FRAGA, 1985, p.01).

De acordo as “Regras Internacionais sobre Admissão e Expulsão dos Estrangeiros”, estabelecidas na sessão de Genebra em 1892 do Instituto de Direito Internacional, “para cada Estado, o direito de admitir ou não estrangeiros em seu território, ou de admiti-lo apenas condicionalmente, ou de expulsá-los, é uma consequência lógica e necessária da sua soberania e de sua independência” (MAZZUOLI, 2008, p. 649).

O artigo 1º da Convenção Interamericana sobre Condição dos Estrangeiros enuncia que “os Estados tem o direito de estabelecer, por meio de leis, as condições de entrada e residência dos estrangeiros nos seus territórios”. Esta convenção foi celebrada em Havana no ano de 1928 e ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n.º 18.956, de 22 de outubro de 1929.

Deste modo, a admissão de estrangeiros em seu território é ato discricionário do Estado, tendo como pressupostos a legislação interna, os tratados interestatais e o interesse público nacional. Porém, a negativa à concessão de permissão de ingresso do estrangeiro em seu território não poderá ser feita sob justificativas que possam configurar discriminação racial, ideológica, religiosa, de origem ou sexual.

No Brasil, compete exclusivamente à União legislar sobre emigração, imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros, conforme previsão do inciso XV, do artigo 22, da Constituição Federal. A condição jurídica do estrangeiro é disciplinada pela Lei n.º 6.815, de 19 de agosto de 1980, conhecida como Estatuto do Estrangeiro, sendo regulamentada pelo Decreto n.º 86.715, de 10 de dezembro de 1981.

É no Estatuto do Estrangeiro que estão previstos os mecanismos legais de retirada forçada do estrangeiro do território nacional, sendo eles: a deportação, a expulsão, e a extradição. Os dois primeiros partem da iniciativa das autoridades estatais de onde o estrangeiro se encontra, já a extradição é requerida por outro Estado ao país onde o extraditando se encontra.

## 2.1. DEPORTAÇÃO

A deportação consta nos artigos 57 a 64 da Lei n.º 6.815/1980, e nos artigos 98 e 99 do Decreto n.º 86.715/1981, sendo o instituto utilizado pelo Estado para retirar compulsoriamente o estrangeiro que entrar ou permanecer de forma irregular no país. Estas irregularidades dizem respeito à entrada clandestina; problemas nos documentos de identidade e/ou passaporte; expiração de visto; exercício de atividade remunerada pelos detentores de visto de turista, trânsito ou temporário; mudança de endereço não comunicada ao Ministério da Justiça, dentre outras enumeradas no § 1º, do artigo 57, da Lei de migrações.

Não se deve confundir a deportação com o impedimento à entrada, “no qual o estrangeiro não chega a efetivamente entrar no território nacional, não passando da barreira policial da fronteira, porto ou aeroporto, caso em que é mandado de volta” (MAZZUOLI, 2008, p. 654).

O estrangeiro deportado poderá ser enviado para o país de sua nacionalidade, país de procedência ou outro país no qual os requisitos de entrada permitam o seu ingresso. A deportação é ato individual, sendo vedada a deportação coletiva, bem como “se implicar em extradição inadmitida pela lei brasileira” (art. 63 do Estatuto).

A competência para realizar as deportações no Brasil é do Departamento de Polícia Federal, que notifica o estrangeiro e lhe concede o prazo de 03 (três) a 08 (oito) dias para a saída, dependendo da irregularidade que autoriza a retirada forçada. Caso o indivíduo não saia espontaneamente no prazo concedido, a deportação é feita imediatamente. A fixação de prazos não é obrigatória, podendo a deportação ser feita independentemente deste requisito, desde que seja conveniente aos interesses nacionais.

Caso fique comprovado que não houve responsabilidade da empresa transportadora pelas despesas com a retirada do estrangeiro, o Tesouro Nacional efetuará o pagamento das custas da deportação, se o estrangeiro ou terceiro não puder arcá-las.

O estrangeiro poderá ser recolhido à prisão por ordem do Ministro da Justiça pelo prazo de 60 (sessenta) dias, enquanto a deportação não for efetivada. Este prazo poderá ser prorrogado por igual período, sempre que não for possível identificar o deportando ou obter documento de viagem para promover a sua retirada. Ao fim do prazo da prisão, o indivíduo é posto em liberdade vigiada.

A deportação poderá ser convertida em expulsão quando ela não for exequível ou quando houver sérios indícios de periculosidade ou indesejabilidade da permanência do estrangeiro em território nacional.

Por se tratar de medida administrativa e não punitiva, não se relacionando com a prática de crime, o estrangeiro poderá reingressar no território nacional

quando sanadas as irregularidades que levaram a sua retirada, devendo ressarcir o Tesouro Nacional pelas despesas com sua deportação, além de ser obrigado ao pagamento de multa que porventura tenha sido aplicada por conta das irregularidades cometidas. Brasileiros natos ou naturalizados não podem ser deportados.

## 2.2. EXTRADIÇÃO

O mecanismo da extradição é normatizado pelos artigos 76 a 94 do Estatuto do Estrangeiro e regulamentado pelo Decreto n.º 86.715/1981, no artigo 110. Trata-se de ato bilateral de cooperação internacional no âmbito penal, no qual um Estado solicita a outro a entrega de indivíduo que violou suas leis penais ou que tenha sido condenado por descumpri-las, com o objetivo de levá-lo a julgamento ou ao cumprimento da pena imposta.

Caso não haja tratado bilateral de extradição entre o Brasil e o país requerente, é possível a extradição mediante a promessa de reciprocidade, ou seja, a promessa de análise de eventual pedido de extradição futuro. A extradição é diferente do instituto da entrega, sendo este aplicado em casos e situações diversas. A entrega é prevista no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

A extradição deverá ser requerida pela via diplomática ou, se houver previsão em tratado, ao Ministério da Justiça, não podendo ser baseada em atos ilícitos civis, administrativos ou fiscais, apenas na prática de crimes. Portanto, para ser extraditado, o indivíduo deve ter cometido ato que seja considerado crime tanto no Estado requerente como no Brasil (princípio da identidade, também conhecido como “dupla punibilidade” ou “dupla tipicidade”), este crime ainda não pode estar prescrito pela lei brasileira ou do país requerente, bem como não se admite a extradição por crimes de menor potencial ofensivo ou atos que “a lei brasileira impuser ao crime a pena de prisão igual ou inferior a 1 (um) ano” (inciso IV, art. 77 do Estatuto).

Se o estrangeiro estiver respondendo ou já respondeu por crime semelhante ao que se fundamenta o pedido de extradição, esta será indeferida por conta da proibição do *bis in idem*, não se admitindo novo pedido baseado no mesmo fato (art. 88 do Estatuto).

A extradição também não será concedida por crimes políticos ou de opinião, por força do inciso LII, do artigo 5º da Constituição Federal, uma vez que

[...] a vedação da extradição por crime político se deve, primeiramente, à subjetividade que normalmente envolve a criminalidade política, ou seja, ao fato de que o crime político amiúde é definido a partir de concepções ideológicas que não admitem a pluralidade de ideias. Com isso, o crime político choca-se diretamente com valores caros à demo-

cracia, atualmente mais valorizada nas relações internacionais, como a liberdade de expressão, de opinião, de reunião e de associação. Ainda nesse sentido, atos entendidos como “crimes políticos” em alguns Estados são vistos como normais e salutares em outros sistemas políticos, o que, aliás, descaracteriza o aspecto cooperativo da extradição. Outrossim, a definição do crime político costuma ser imprecisa, contrariando a necessidade de que os tipos penais sejam definidos com a maior clareza e precisão possíveis. Por fim, é comum que as sanções aos acusados de crimes políticos sejam totalmente contrárias à dignidade humana. (PORTELA, 2014, p. 343-344)

Do mesmo modo, a proibição constitucional de aplicação no Brasil das penas de morte e prisão perpétua (CF, art. 5º, XLVII, “a” e “b”), impede a extradição de estrangeiro que possa sofrer tais punições pelo Estado requerente. A possibilidade de o extraditando responder perante Tribunal de exceção também inadmite a sua extradição.

A extradição nunca atinge os brasileiros natos, apenas os estrangeiros e os brasileiros naturalizados. Estes últimos, em duas situações: quando o naturalizado cometeu crime comum antes da naturalização ou quando da prática de crime de tráfico internacional de entorpecentes e drogas afins, nos termos da lei, conforme autoriza o inciso LI, do artigo 5º, da Constituição brasileira.

A súmula n.º 421 do Supremo Tribunal Federal (STF) autoriza a extradição de estrangeiro que é casado com brasileira ou tenha filho brasileiro ao expor que “não impede a extradição a circunstância de ser o extraditando casado com brasileira ou ter filho brasileiro”.

A competência para processar e julgar os pedidos de extradição solicitados por Estado estrangeiro é do Supremo Tribunal Federal (alínea “g”, inciso I, do art. 102, da Constituição), senda ratificada no artigo 83 do Estatuto do Estrangeiro. O Supremo apenas analisa os requisitos legais sobre o pedido de extradição, não sendo possível a análise do mérito do processo que o extraditando responde no exterior.

Entretanto, a palavra final da extradição será do Presidente de República, ou seja, o STF apenas analisa as formalidades legais do pedido do Estado requerente e, caso autorize a extradição, caberá ao Presidente concedê-la ou não, com base na sua discricionariedade, por conta do artigo 84, inciso VII, da Lei Maior. Se o STF não autorizar a extradição, o Presidente não poderá concedê-la. Este entendimento foi ratificado pelo julgamento da extradição n.º 1.085, do italiano Cesare Battisti em 08 de junho de 2011, quando o STF autorizou a extradição e o então Presidente Luis Inácio Lula da Silva não a concedeu.

[...] 9. No campo da soberania, relativamente à extradição, é assente que o ato de entrega do extraditando é exclusivo, da competência indecliná-

vel do Presidente da República, conforme consagrado na Constituição, nas Leis, nos Tratados e na própria decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal na Extradicação nº 1.085. (...)12. O Presidente da República, no sistema vigente, resta vinculado à decisão do Supremo Tribunal Federal apenas quando reconhecida alguma irregularidade no processo extradiçional, de modo a impedir a remessa do extraditando ao arrepio do ordenamento jurídico, nunca, contudo, para determinar semelhante remessa, porquanto, o Poder Judiciário deve ser o último guardião dos direitos fundamentais de um indivíduo, seja ele nacional ou estrangeiro, mas não dos interesses políticos de Estados alienígenas, os quais devem entabular entendimentos com o Chefe de Estado, vedada a pretensão de impor sua vontade através dos Tribunais internos. (...) (STF –Ext. n.º1.085. Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento:08/06/2011, Plenário)

Assim como a deportação, a extradicação não possui caráter punitivo, pois é meio de “cooperação internacional para a repressão de crimes” (MAZZUOLI, 2008, p. 660), portanto, o estrangeiro extraditado poderá retornar ao Brasil após o cumprimento de sua pena com a justiça do Estado solicitante.

A expulsão é o mecanismo de retirada forçada do estrangeiro do território nacional que for considerado nocivo ou inconveniente aos interesses nacionais, o qual será tratado com mais detalhes no item seguinte.

Vale ressaltar, por fim, que a partir do momento que o Estado brasileiro autoriza a permanência em caráter provisório ou permanente do estrangeiro em seu território, este indivíduo tem reconhecido os direitos e garantias fundamentais de qualquer cidadão, independentemente do motivo que o trouxe, por força do princípio da igualdade previsto no artigo 5º da Cartaconstitucional.

### **3. O MECANISMO DA EXPULSÃO NO BRASIL**

A primeira vez que se mencionou legalmente sobre a expulsão de estrangeiro no Brasil foi no Decreto n.º 18.956, de 22 de outubro de 1929, o qual promulgou seis convenções de direito internacional público, aprovadas pela Sexta Conferência Internacional Americana, dentre as quais se encontrava a Convenção de Havana de 1928 sobre a Condição dos Estrangeiros, que estabelecia em seu artigo 6º: “Os Estados podem, por motivo de ordem ou de segurança pública, expulsar o estrangeiro domiciliado, residente ou simplesmente de passagem pelo seu território”.

A expulsão também está prevista em alguns documentos internacionais ratificados pelo Brasil. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, objeto do Decreto n.º 562, de 06 de julho de 1992, disciplina a expulsão em seu artigo 13:

Um estrangeiro que se ache legalmente no território de um Estado Parte do presente Pacto só poderá dele ser expulso em decorrência de decisão adotada em conformidade com a lei e, a menos que razões imperativas de segurança nacional a isso se oponham, terá a possibilidade de expor as razões que militem contra sua expulsão e de ter seu caso reexaminado pelas autoridades competentes, ou por uma ou varias pessoas especialmente designadas pelas referidas autoridades, e de fazer-se representar com esse objetivo.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), incorporada ao ordenamento jurídico nacional pelo Decreto n.º 678, de 06 de novembro de 1992, traz no artigo 22 o direito de circulação e residência, onde se encontram os seguintes itens sobre a expulsão:

6. O estrangeiro que se ache legalmente no território de um Estado Parte nesta Convenção só poderá dele ser expulso em cumprimento de decisão adotada de acordo com a lei.

8. Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas.

Já o artigo 3º da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984, incorporada no Brasil pelo Decreto n.º 40, de 15 de fevereiro de 1991, preocupa-se com a possibilidade de tortura do estrangeiro expulso do território nacional:

1. Nenhum Estado Parte procederá à expulsão, devolução ou extradição de uma pessoa para outro Estado quando houver razões substanciais para crer que a mesma corre perigo de ali ser submetida a tortura.

2. A fim de determinar a existência de tais razões, as autoridades competentes levarão em conta todas as considerações pertinentes, inclusive, quando for o caso, a existência, no Estado em questão, de um quadro de violações sistemáticas, graves e maciças de direitos humanos.

Na legislação nacional, a expulsão está prevista nos artigos 65 a 75 do Estatuto do Estrangeiro, e nos artigos 100 a 109 do Decreto n.º 86.715/1981. Este mecanismo de retirada forçada visa expulsar do país o estrangeiro que “de qualquer forma, atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranquilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais” (art. 65 do Estatuto).

Além disso, é passível de expulsão, segundo o parágrafo único, do artigo 65, o estrangeiro que “praticar fraude a fim de obter a sua entrada ou permanência

no Brasil; havendo entrado no território nacional com infração à lei, dele não se retirar no prazo que lhe for determinado para fazê-lo, não sendo aconselhável a deportação; entregar-se à vadiagem ou à mendicância; ou desrespeitar proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro”.

Como se depreende, o instituto da expulsão é ato discricionário de soberania nacional. Os motivos que o autorizam se revestem de subjetividade, cabendo à autoridade competente decidir sobre a sua autorização, no entanto, esta discricionariedade não é absoluta, devendo ser pautada nos limites legais e nos princípios constitucionais.

No Brasil, o Presidente da República é a autoridade competente para resolver sobre a conveniência e a oportunidade da expulsão ou de sua revogação, o fazendo por meio de Decreto publicado no Diário Oficial da União. Entretanto, desde o ano 2000, o Presidente delegou esta competência ao Ministro da Justiça (Decreto n.º 3.447, de 05 de maio de 2000), que deverá decidir sobre a expulsão por publicação de Portaria. Da decisão da expulsão cabe pedido de reconsideração no prazo de 10 (dez) dias contados da publicação no Diário Oficial.

Para haver a expulsão é necessária a instauração de processo administrativo (inquérito) junto ao Ministério da Justiça, cabendo ao Ministro determiná-la de ofício ou mediante solicitação fundamentada. Ainda segundo o Estatuto do Estrangeiro, o Ministério Público remeterá de ofício ao Ministério da Justiça, em até trinta dias após o trânsito em julgado, “cópia da sentença condenatória de estrangeiro autor de crime doloso ou de qualquer crime contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a economia popular, a moralidade ou a saúde pública, assim como da folha de antecedentes penais constantes dos autos” (art. 68).

Recebidos os documentos do Ministério Público, o parágrafo único do artigo 68 não prescreve a discricionariedade, o Ministro da Justiça determinará a instauração do inquérito para a expulsão do estrangeiro.

É autorizada, ao Ministro da Justiça, a decretação da prisão por até 90 (noventa) dias, do estrangeiro que estiver sendo submetido a processo de expulsão, podendo prorrogá-la por igual período quando necessitar para fins de conclusão do inquérito ou para assegurar a execução da medida. Se o Judiciário suspender provisoriamente a efetivação do ato expulsório, o prazo de prorrogação da prisão ficará interrompido até a decisão definitiva do Tribunal.

Quando não for necessária a prisão ou quando o prazo desta tenha vencido, o estrangeiro ficará em liberdade vigiada em lugar designado pelo Ministro da Justiça, devendo obedecer a normas de comportamento a ele estabelecidas. As normas de conduta e o local de residência do estrangeiro podem ser modificadas pelo Ministro de ofício ou a pedido.

Há a possibilidade de instauração de inquérito sumário de expulsão, o qual não excederá o prazo de 15 (quinze) dias, nos casos em que o estrangeiro cometer infrações “contra a segurança nacional, a ordem política ou social e a economia popular, assim como nos casos de comércio, posse ou facilitação de uso indevido de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, ou de desrespeito à proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro” (art. 71 do Estatuto). Tanto no inquérito sumário, como no inquérito regular, o direito à ampla defesa e ao contraditório devem ser garantidos ao estrangeiro (art. 5, LV, Constituição Federal).

Relevante mencionar que há críticas quanto à possibilidade de decretação de prisão do estrangeiro pelo Ministro da Justiça tanto no caso da expulsão, quanto na deportação, uma vez que este ato afrontaria a competência constitucional do Poder Judiciário, prevista no artigo 5º, inciso LXI da Magna Carta. Os críticos escrevem que os artigos 61, 73 e 139 da Lei n.º 6.815/1980, não foram recepcionados pela Constituição de 1988.

O estrangeiro que for expulso não poderá retornar ao território brasileiro, salvo quando houver revogação do ato de expulsão (decreto ou portaria) emitido pela mesma autoridade que o expulsou. Ao ser expulso, o estrangeiro poderá ir para qualquer país que aceite recebê-lo.

Caso retorne indevidamente ao Brasil, o indivíduo estará cometendo o crime de reingresso de estrangeiro expulso, tipificado no artigo 338, do Código Penal, podendo ser condenado de 01 (um) a 04 (quatro) anos de reclusão, sem prejuízo de nova expulsão após o cumprimento da pena. Para esta nova expulsão mencionada na Lei penal, não necessita ser aberto novo inquérito administrativo junto ao Ministério da Justiça.

Este mecanismo de retirada forçada de estrangeiro não pode ser considerado uma pena no âmbito criminal, mas sim uma medida político-administrativa inerente ao poder de polícia do Estado. Mazzuoli (2008, p. 656) assim explica:

A expulsão não é *pena* no sentido criminal, uma vez que o legislador brasileiro não a incluiu no elenco dessas medidas jurídico-penais. É, sim, medida político-administrativa (que não deixa, por isso, de ser *repressiva*) inerente ao poder de polícia do Estado, sem qualquer intervenção do Poder Judiciário no que tange ao mérito da decisão. Trata-se de medida administrativa *discrionáriae* não de ato *arbitrário* do governo, como se poderia pensar à primeira vista. A diferença é que, neste último caso, não existem condições nem limites à atuação do Executivo, enquanto naquela (na medida *discrionária*) o governo está condicionado às hipóteses previstas em lei, sendo o seu ato irrestrito tão-somente no que tange à conveniência e oportunidade da medida. A *discrionariedade* é *permissiva* da medida, não estando o governo *obrigado* a procedê-la,

mesmo nos casos em que todos os requisitos necessários à sua realização se façam presentes (Grifos do autor).

Apesar de não poder adentrar no mérito da questão, por ser ato privativo do Poder Executivo, o Judiciário poderá intervir quando acionado pelo estrangeiro que se sentir de alguma forma prejudicado durante o inquérito de expulsão, já que continua a lhe ser garantido o direito de petição, com base no princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, consagrado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Comumente o estrangeiro submetido ao mecanismo da expulsão ingressa com *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, quando o ato é portaria ministerial ou no Supremo Tribunal Federal, quando o ato é decreto presidencial, conforme leciona Yussef Said Cahali (1983, p.252):

[...] o poder discricionário que o art. 66 do Estatuto concede ao mais alto mandatário do País não descarta sumariamente do controle jurisdicional o decreto expulsório; sendo o *habeas corpus* a via de impugnação mais adequada, com a competência privativa do Supremo Tribunal Federal para sua apreciação.

A expulsão só será feita contra estrangeiros. Brasileiros natos ou naturalizados não podem ser expulsos do país, uma vez que a Constituição veda a pena de banimento (art. 5º, XLVII, “d”). Do mesmo modo, é proibida a expulsão de estrangeiro que objetivar pedido de refúgio, por conta do princípio do *non refoulement*, bem como a expulsão coletiva de estrangeiros, devido à vedação escrita no item 9, do artigo 22, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O artigo 75 do Estatuto do Estrangeiro elenca três impedimentos à expulsão de estrangeiro do Brasil. *In verbis*:

Art. 75. Não se procederá à expulsão:

I - se implicar extradição inadmitida pela lei brasileira; ou

II - quando o estrangeiro tiver:

a) Cônjuge brasileiro do qual não esteja divorciado ou separado, de fato ou de direito, e desde que o casamento tenha sido celebrado há mais de 5 (cinco) anos; ou

b) filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua guarda e dele dependa economicamente.

Como se observa, estas causas impeditivas limitam a discricionariedade do Estado ao analisar o processo de expulsão de estrangeiro, devendo o indivíduo suscitar-las no decorrer de seu inquérito. Os dois impedimentos expostos no inciso II dizem respeito à proteção familiar, estando sob a seara do Direito de Família, os quais serão analisados mais detalhadamente no próximo tópico deste trabalho.

#### 4. A PROTEÇÃO DA FAMÍLIA COMO OBSTÁCULO À EXPULSÃO DO ESTRANGEIRO

Conforme já adiantado, as duas hipóteses que impedem a expulsão do estrangeiro do território brasileiro se relacionam diretamente à proteção da família e do Direito de Família, em consonância ao prescrito no item 3, do artigo XVI da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”.

A análise destas causas impeditivas será feita com base na legislação e jurisprudências recentes que orientam como o Estado brasileiro deve proceder quando o estrangeiro possuir vínculos familiares no País.

##### 4.1. A UNIÃO DE ESTRANGEIRO COM CIDADÃO BRASILEIRO

Apesar do Estatuto do Estrangeiro mencionar na alínea “a”, do inciso II, do art. 75, o impedimento à expulsão de estrangeiro que não estiver separado ou divorciado de cônjuge brasileiro, e que o casamento tenha sido celebrado há mais de 05 (cinco) anos, é necessário estender a previsão desta causa impeditiva à união estável, devidamente reconhecida como entidade familiar pela legislação civil e constitucional brasileira, devendo ser protegida pelo Estado (§ 3º, do art. 226, da Constituição).

Maria Berenice Dias escreve sobre a simetria entre casamento e união estável:

Ninguém duvida que há quase uma **simetria** entre casamento e união estável. Ambas são estruturas de convívio que têm origem em elo afetivo. A divergência diz só com o modo de **constituição**. Enquanto o casamento tem seu início marcado pela celebração do **matrimônio**, a união estável não tem termo inicial estabelecido. Nasce da consolidação do vínculo de **convivência**, do comprometimento mútuo, do entrelaçamento de vias e do embaralhar de patrimônios. (DIAS, 2011, p.171) (Grifos da autora)

Há jurisprudência dos Tribunais Superiores que demonstram que a união estável também impede a expulsão de estrangeiro, desde que observado prazo de mais de 05 (cinco) anos de convivência. Veja decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) do ano 2000 que já ratificava o posicionamento:

DIREITO INTERNACIONAL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO QUE, NO BRASIL, CUMPRIU PENA POR CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES, AQUI PRATICADO. “HABEAS CORPUS”. Alegação de constrangimento ilegal, decorrente do ato expulsório, por inobservância do disposto no art. 75, II, a, da Lei nº 6.815/80, alterada pela Lei nº 6.964/81, já que o expulsando teria mantido união

estável com brasileira, no país (art. 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal). Inocorrência dessa hipótese. O fato de o expulsando ter sido visitado pela amásia, na prisão, durante certo período, enquanto esteve cumprindo pena, não configura a hipótese prevista no art. 75, II, a, da Lei nº 6.815/80, alterada pela Lei nº 6.964/81, nem a união estável de que trata o parágrafo 3º do art. 226 da C.F., de modo a obstar, no caso, a expulsão. “H.C.” indeferido. (STF - HC: 80322 SP, Relator: Min. Sydney Sanches, Data de Julgamento: 18/10/2000, Tribunal Pleno).

No entanto, desde 05 de maio de 2011, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132, o STF admite o reconhecimento da união homoafetiva, com base nos preceitos fundamentais da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, estendendo aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo, os mesmos direitos e deveres das uniões estáveis heterossexuais. Assim decidiram os ministros sobre a união homoafetiva:

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELEECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. (...) A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “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 seja parte” (STF - ADI: 4277-DF, Relator: Min. Ayres Britto, Data de Julgamento: 05/05/2011, Plenário)

A partir desta decisão paradigmática, fica evidente o impedimento da expulsão de estrangeiro que faça parte de união homoafetiva devidamente comprovada no prazo mínimo estabelecido no artigo 75 do Estatuto do Estrangeiro. Transcreve-se decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) a respeito do tema:

ADMINISTRATIVO. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. EXPULSÃO DE ESTRANGEIRA DO TERRITÓRIO NACIONAL.

AUSÊNCIA DE DEFESATÉCNICA. NULIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. SÚMULA VINCULANTE 5/STF.CONVIVÊNCIA SOCIOAFETIVA, DEPENDÊNCIA ECONÔMICA E EMPREGO FIXODEMONSTRADOS. PRECEITOS FUNDAMENTAIS. CIDADANIA E DIGNIDADE DAPESSOA HUMANA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA. (...) 7. Não se mostra razoável a expulsão de estrangeira que se encontra com sua vida solidificada em nosso país, tendo cumprido a pena que lhe foi imposta pelo Estado brasileiro, e não havendo, desde sua soltura em 2004 até a presente data, nenhum registro de ocorrência que desabone sua conduta social. Ao contrário, parece ter constituído família (união homoafetiva) e mantém relação de trabalho com empresa brasileira. 8. Ordem concedida. (STJ - HC: 198169 SP 2011/0036779-1, Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, Data de Julgamento: 14/09/2011, S1 - Primeira Seção, Data de Publicação: DJe 16/11/2011) (Grifo nosso)

Assim, aduz Maria Berenice Dias a respeito do reconhecimento da união homoafetiva pelo Judiciário:

É no âmbito do Judiciário que, batizadas com o nome de uniões homoafetivas, as uniões de pessoas do mesmo sexo começaram a encontrar reconhecimento. Com isso as barreiras do preconceito vêm, aos poucos, arrefecendo e cedendo lugar a que os vínculos afetivos sejam compreendidos sem que se interrogue a identidade dos parceiros. Vencer o preconceito é uma luta árdua, que vem sendo travada diuturnamente, e que, aos poucos, de batalha em batalha, tem se mostrado exitosa numa guerra desumana. (DIAS, 2011, p. 197)

A afetividade está presente nas uniões estáveis e uniões homoafetivas, sendo uma característica inerente desta entidade família. A seguir, será demonstrado que a afetividade também é levada em conta pelas Cortes ao decidirem sobre a expulsão de estrangeiros que possuem filhos brasileiros.

#### **4.2. A EXISTÊNCIA DE FILHO BRASILEIRO**

O Estatuto do Estrangeiro é claro quando impede a expulsão de estrangeiro que possua filho brasileiro, o qual esteja sob sua guarda e dependência econômica, de modo comprovado. Ressalva-se não impedimento da expulsão quando houver a adoção ou o reconhecimento de filho brasileiro após o fato motivador (art. 75, § 1º).

A proibição neste caso visa garantir os interesses da criança, tendo por fundamento o direito ao convívio familiar. Assim asseverou o STJ:

HABEAS CORPUS. LEI 6.815/80 (ESTATUTO DO ESTRANGEIRO). EXPULSÃO. ESTRANGEIRO COM PROLE NO BRASIL. FATOR IMPEDITIVO. TUTELA DO INTERESSE DAS CRIANÇAS. ARTS. 227 E 229 DA CF/88. DECRETO

99.710/90- CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA. 1. A regra do art. 75, II, b, da Lei 6.815/80 deve ser interpretada sistematicamente, levando em consideração, especialmente, os princípios da CF/88, da Lei 8.069/90 (ECA) e das convenções internacionais recepcionadas por nosso ordenamento jurídico. 2. A proibição de expulsão de estrangeiro que tenha filho brasileiro objetiva resguardar os interesses da criança, não apenas no que se refere à assistência material, mas à sua proteção em sentido integral, inclusive com a garantia dos direitos à identidade, à convivência familiar, à assistência pelos pais. 3. Ordem concedida. (STJ - HC: 31449 DF 2003/0196013-6, Relator: Ministro Francisco Falcão, Data de Julgamento: 12/05/2004, S1 - Primeira Seção, Data de Publicação: DJ 31/05/2004)

A primeira controvérsia sobre a alínea “b”, do inciso II, do art. 75, da Lei n.º 6.815/1980 é quanto à cumulatividade ou não da guarda e da dependência econômica, uma vez que a lei escreve “esteja sob sua guarda e dele dependa economicamente” (grifo nosso). A princípio, a cumulatividade é necessária, devido à orientação do STF:

1. EXPULSÃO. Estrangeiro condenado por tráfico de entorpecentes. Filha brasileira. Reconhecimento ulterior à expedição do Decreto de expulsão. Inexistência, ademais, dos requisitos simultâneos da guarda e da dependência econômica. Não ocorrência de causa impeditiva. HC denegado. Interpretação do art. 75, caput, inc. II, letra b, e § 1º, da Lei n.º 6.815/90 (sic). A existência de filha brasileira só constitui causa impeditiva da expulsão de estrangeiro, quando sempre a teve sob sua guarda e dependência econômica, mas desde que a tenha reconhecido antes do fato que haja motivado a expedição do decreto expulsório. (...) (STJ - HC: 82893-SP, Relator Min. Cezar Peluso. Julgamento: 17/12/2004. Tribunal Pleno)

Fica a dúvida quando a guarda é de um dos pais ou quando há guarda compartilhada, recentemente normatizada. Contudo, nos últimos anos os julgadores estão se baseando em requisito mais abrangente que a guarda e dissociável da dependência econômica: o afeto entre o estrangeiro e seu filho.

Para Flávio Tartuce (2007, p. 12), “o afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a palavra afeto no Texto Maior como um direito fundamental, podemos dizer que o afeto decorre da valorização constante da dignidade humana”.

Neste sentido, o próprio Supremo já reconhece que a existência da afetividade e da “dependência socioafetiva” (PORTELA, 2014, p. 333), devidamente comprovada, entre estrangeiro e seu filho brasileiro, pode ensejar a obstrução da discricionariedade do Estado em expulsá-lo de seu território<sup>52</sup>. Observe:

<sup>52</sup> Vale constar que a afetividade é prevista no § 3º, do art. 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.69/90) e no artigo 1.584, § 5º do Código Civil.

Habeas corpus. Medida liminar. Expulsão de estrangeiro. Paternidade sobre filho menor impúbere brasileiro nascido após a prática do delito ensejador do ato de expulsão. O status quaestionis na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Condições de inexpulsabilidade: dependência econômica ou vínculo sócio-afetivo. Considerações em torno do afeto como valor constitucional irradiador de efeitos jurídicos. A valorização desse novo paradigma como núcleo conformador do conceito de família. A relação sócio-afetiva como causa obstativa do poder expulsório do estado. Dever constitucional do estado de proteger a unidade e de preservar a integridade das entidades familiares fundadas em relações hétero ou homoafetivas. Necessidade de proteção integral e efetiva à criança e/ou ao adolescente nascidos no Brasil. Plausibilidade jurídica da pretensão cautelar. Configuração do “periculum in mora”. Medida cautelar deferida. (STF - HC: 114901 CE, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 26/11/2012)

Como se interpreta, a aplicação do Estatuto do Estrangeiro está deixando de ser feita somente pela ótica da literalidade da lei, sendo também considerados os preceitos constitucionais, de direitos humanos e, principalmente, da Convenção sobre os Direitos da Criança, a qual foi incorporada no ordenamento jurídico nacional pelo Decreto n.º 99.710, de 21 de novembro de 1990. Consequentemente, o vínculo afetivo não deve ser restrito apenas ao parentesco biológico, como também ao parentesco entre pai/mãe e filho adotivo.

Importante destacar outra grande controvérsia nesta questão envolvendo estrangeiro e filho brasileiro: a cronologia da “existência” do filho brasileiro. A jurisprudência encontra-se dividida na autorização da expulsão de estrangeiro quando o nascimento de seu filho brasileiro ocorrer após o fato motivador.

A divergência possui tamanha importância que em 2011 foi elevada ao Supremo Tribunal Federal sob o status de Repercussão Geral, ainda aguardando julgamento pelo Plenário da Corte.

ESTRANGEIRO – EXPULSÃO – FILHO BRASILEIRO – SOBERANIA NACIONAL VERSUS FAMÍLIA – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da possibilidade de expulsão de estrangeiro cujo filho brasileiro nasceu posteriormente ao fato motivador do ato expulsório. (STF – RE 608898 RG-SP, Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 10/03/2011).

Desta feita, o STF terá que decidir sobre a ordem cronológica de nascimento do filho brasileiro de estrangeiro que enfrenta processo de expulsão, como fato que impedirá ou não a sua expulsão. Ou seja, como coloca o Ministro Marco Aurélio em seu voto de reconhecimento da repercussão geral, se está “diante de conflito de interesse do Estado brasileiro, no tocante à pro-

teção de direitos e garantias fundamentais aparentemente conflitantes, com reflexos interna e internacionalmente”.

Não se pode olvidar que se verificado o abandono do filho, o divórcio ou a separação, de fato ou de direito, a qualquer tempo poderá ser efetivada a expulsão. É o que determina o § 2º, do artigo 75, do Estatuto do Estrangeiro.

Por fim, imperativo expor a necessidade de revisão da redação da Súmula n.º 1 do STF, a qual prescreve que “é vedada a expulsão de estrangeiro casado com brasileira, ou que tenha filho brasileiro, dependente da economia paterna”. Primeiramente, diferente da Lei n.º 6.815/80 que consta “cônjuge brasileiro”, a súmula especifica que o casamento tenha sido contraído com brasileira. Ademais, a dependência econômica “paterna”, deve ser entendida em sentido amplo, pois haverá casos de dependência econômica materna. Ainda, especifica a questão do casamento, não constando a união estável. A igualdade entre homens e mulheres e a união estável devem ser levadas em conta no momento da interpretação deste entendimento sumulado da Suprema Corte.

### CONCLUSÃO

O caráter absoluto da soberania nacional vem sendo relativizado ao longo dos anos. Os sistemas internacionais e regionais de proteção dos direitos humanos é um dos motivos que levaram a esta relativização, uma vez que a dignidade da pessoa humana deve ser respeitada em qualquer país da comunidade internacional, com base na universalidade destes direitos, já proclamada tanto na Declaração Universal de 1948, quanto na Convenção de Viena de 1993.

Desta feita, apesar de serem previstos no ordenamento jurídico brasileiro, os mecanismos de retirada forçada de estrangeiro do território nacional não devem afrontar os preceitos básicos dos direitos humanos, tampouco os princípios constitucionais inerentes ao Estado de Direito. A importância da proteção da família e dos interesses das crianças deve ser considerada sob o status de igualdade com a soberania nacional, devendo cada caso ser analisado com zelo por parte das autoridades estatais e judiciais.

A expulsão é medida extrema, que impede o retorno do estrangeiro ao Brasil, ou seja, há o rompimento familiar e afetivo entre o indivíduo e sua família composta por cidadãos nacionais por conta de ordem discricionária estatal. Até que seja feita uma revisão e atualização legislativa, cabe ao Poder Judiciário, por meio de suas decisões, adequar as leis migratórias à nova realidade de respeito às diferenças, de proteção e promoção dos direitos humanos e de observância dos princípios da Constituição Federal e dos tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro.

A união estável, a união homoafetiva, o direito ao convívio familiar entre cônjuges/companheiros e os filhos, a afetividade, bem como os interesses da criança, devem ser levados em conta nos processos de expulsão de estrangeiro que tenha criados vínculos familiares no Brasil. Espera-se que o Supremo Tribunal Federal considere a cronologia do nascimento do filho brasileiro após o fato motivador da expulsão, como uma causa não absoluta de autorização da retirada forçada do estrangeiro do território brasileiro.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto n.º 18.956, de 22 de outubro de 1929. Promulga seis convenções de direito internacional publico, aprovadas pela Sexta Conferencia internacional americana. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, 12 dez. 1929. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18956-22-outubro-1929-549004-publicacaooriginal-64267-pe.html>>. Acesso em: 26 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 25 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto n.º 40, de 15 de fevereiro de 1991. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 18 de fevereiro de 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm)>. Acesso em 29 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto n.º 562, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 07 de julho de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em 29 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto n.º 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 09 de novembro de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em 29 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 ago. 1980. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/leis/L6815compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L6815compilado.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n.º 198.169-SP*. Paciente: Cláudia Marisa Aguiar Lopes. Impetrante: Bruno Pereira Gomes. Impetrado: Ministro de Estado de Justiça. Relator: Ministro Aroldo Esteves Lima. Brasília, 14 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21047180/habeas-corpus-hc-198169-sp-2011-0036779-1-stj>>. Acesso em 30 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n.º 31.449-DF*. Paciente: Emmanuel Abioudun Dipeolu. Impetrante: Fabiana Mendes dos Santos. Impetrado: Ministro de Estado da Justiça. Relator: Francisco Falcão. Brasília, 12 de maio de 2004. Disponível em: <ht-

[tps://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=200301960136](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200301960136)>. Acesso em 30 mai. 2016.

\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n.º 82.893-SP*. Paciente: John Nwolisa. Impetrante: Dolores Rodrigues Pinto. Impetrado: Ministro da Justiça. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 17 de dezembro de 2004. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/766195/habeas-corporus-hc-82893-sp>>. Acesso em 30 mai. 2016.

\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277-DF*. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em 30 mai. 2016.

\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n.º 80.322-SP*. Paciente: José Horácio Hernandez Rueda ou Ramon Compte Badia. Coator: Presidente da República. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, 18 de outubro de 2000. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14752806/habeas-corporus-hc-80322-sp>>. Acesso em 30 mai. 2016.

\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Informativo n.º 690*. Brasília, DF, 26 a 30 de novembro de 2012. Processo Habeas Corpus n.º 114.901-DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo690.htm#transcricao>>. Acesso em 30 mai. 2016.

\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Petição Avulsa na Extradicação 1.085 República Italiana*. Requerente: Governo da Itália. Extraditando: Cesare Battisti. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 08 de junho de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630001>>. Acesso em 28 mai. 2016.

\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n.º 608.898-SP*. Requerente: União. Requerido: Edd Abadallah Mohamed. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 10 de março de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628058>>. Acesso em 30 mai. 2016.

\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n.º 421*. Não impede a extradicação a circunstância de ser o extraditando casado com brasileira ou ter filho brasileiro. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_401\\_500](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500)>. Acesso em 28 mai. 2016.

CAHALI, Yussef Said. *Estatuto do Estrangeiro*. São Paulo: Saraiva, 1983.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FRAGA, Mirtô. *O Novo Estatuto do Estrangeiro Comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em 13 jul. 2015.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 6 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano, v. 10, 2007. Disponível em: <<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/12035/material/Principios%20do%20Dir%20de%20Familia.pdf>>. Acesso em 30 mai. 2016.

## TRIBUTAÇÃO E IGUALDADE DE GÊNERO: UM OLHAR SOBRE DIREITOS HUMANOS

### *TAXATION AND GENDER EQUALITY: A HUMAN RIGHTS POINT OF VIEW*

Fabio Pugliesi

Doutor em Direito pela UFSC. Mestre em Direito pela USP. Especialista em Administração pela EAESP-FGV. Professor adjunto da Escola Superior de Administração e Gerência da Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC).

Micheline Ramos de Oliveira

Doutora e Mestre em Antropologia Social pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora do Mestrado em Gestão de Políticas Públicas (PMGPP/UNIVALI). Professora do curso de Direito e Psicologia (UNIVALI). Professora da ITCP/UNIVALI. Pesquisadora associada ao grupo do CNPq NAUI (UFSC)- Núcleo de dinâmicas urbanas e patrimônio cultural.

Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza

Doutora e Mestre em *Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad* pela Universidade de Alicante – Espanha. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professora no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica, e na Graduação no Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

**Submissão em 03.11.2016**

**Aprovação em 17.12.2016**

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v2i1.2583>

**Resumo:** Neste artigo, descreve-se, inicialmente, a condição feminina considerando a experiência brasileira e as perspectivas de Jean Paul Sartre e Amartya Sen. Em seguida, analisa-se a classificação dos tributos, sua vinculação à atuação do Estado e em relação à sua pessoalidade. Analisa-se a tributação pelo imposto de renda e sua relação com o gênero. Conclui-se ao final que deve ser problematizada uma dedutibilidade maior das despesas do imposto de renda para mulheres para mediação e equivalência de equidade de gênero,

no sentido de uma reparação dos ultrajes do tempo vinculado aos Direitos Fundamentais e Humanos daquelas que experenciam a condição feminina na contemporaneidade.

**Palavras-chave:** Gênero; Direito Tributário; Direitos Humanos.

**Abstract:** *In this article, we first describe the feminine condition considering the Brazilian experience and the perspectives of Jean Paul Sartre and Amartya Sen. Next, we analyze the classification of the taxes, their linkage to the state's performance and in relation to their personalities. Income taxation and its relation to the gender are analyzed. It is concluded at the end that a greater deductibility of income tax expenses for women for mediation and equivalence of gender equity should be problematized, in the sense of repairing the outrages of time tied to the Fundamental and Human Rights of those who experience the feminine condition in contemporary times.*

**Keywords:** *Gender; Tax Law; Human Rights.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Um diálogo entre Amartya Sen e Jean Paul Sartre aplicado à condição feminina. 3. Classificação dos tributos e igualdade tributária. 4. Tributos e as limitações constitucionais ao poder de tributar. 5. Imposto de renda e a progressividade na tributação. Conclusão. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Este artigo adota, como pressuposto, a ideia que uma tributação diferenciada para as mulheres, pode equacionar os “excedentes” de uma memória coletiva, da qual somos também responsáveis, no sentido de reparação dos “ultrajes do tempo” em relação a um fenômeno, desigualdade de gênero, que por vezes pode cair no esquecimento quando tratamos da fundação e porque não, reprodução, manutenção e duração de nossa sociedade.

Nos propomos aqui a pensar gênero como um processo imbricado pelas relações de poder, onde as diferenças sexuais são também construídas nos discursos dessas relações. Assim, entendemos que o que se compreende sobre homem e mulher é variável, e se constrói nas relações, nas diferenças perceptivas e legitimadas pelas relações de poder (SCOTT, 1994, p. 88).

Vislumbrando isso, torna-se pertinente discutir gênero em relação ao direito tributário e aos direitos humanos, assim, decorre este artigo da relevância da alteridade com a condição masculina (OLIVEIRA, 2009, p. 203-209), bem como do reconhecimento que a moeda, por ser o objeto em torno do qual se organiza a tributação (PUGLIESI, 2010, p. 39-48), pode garantir o aumento das possibilidades daquelas que se consideram na condição feminina, quando reduzida a tributação a seu favor.

Considerando isto, neste trabalho analisamos a possibilidade da promoção da igualdade de gênero por meio da tributação, promovendo-se a capacidade econômica das mulheres, segundo a terminologia de Amartya Sen.

Além disto, este artigo propõe-se a servir de subsídio de uma política tributária que diminua esta assimetria, reconhecendo que a igualdade formal da legislação tributária afasta-se dos objetivos da CRFB.

Aceita-se que todos devem pagar tributos, em decorrência da regra que veda a discriminação entre brasileiros, contida no artigo 19 da Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB.

Decorre disto a disposição que veda “tratamento desigual entre contribuintes, que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”, contida no artigo 145 da CRFB (AMARO, 2005, p. 135).

Todavia, a força normativa da CRFB determina que a concretização dos direitos fundamentais deva relacionar-se com a capacidade das pessoas pagarem tributo, mas também para garantir a igualdade de chances (HESSE, 1991, p.65).

Poder-se-ia argumentar que políticas públicas destinadas a amenizar a desigualdade de gênero por meio de prestações ativas do Estado podem ser mais eficazes para redução da desigualdade e a inclusão das pessoas discriminadas em razão do gênero.

Aqui a perspectiva que se propõe é o empoderamento feminino que, por meio de uma redução de tributos, pode garantir uma melhoria da condição feminina com o aumento da renda disponível.

Observado que a Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB, em seu artigo 145, dispõe que os impostos devem ter caráter pessoal, segundo a capacidade econômica das pessoas, impõe-se analisar como este dispositivo relaciona-se com a condição feminina e objetivo de redução da desigualdade de gênero.

Desta forma, inicialmente analisamos antropologicamente a condição feminina, partindo de um diálogo entre o pensamento de Amartya Sen e Jean Paul Sartre, bem como as vicissitudes relacionadas ao ser mulher na contemporaneidade, focalizando os impactos no orçamento da mulher para situar-se, sem negar a diferença, numa relação de equidade ao homem, para a conquista de seu empoderamento em uma sociedade que historicamente a subjugou.

Em seguida, analisamos a classificação dos tributos, segundo sua vinculação à atuação do Estado e em relação à sua pessoalidade, a tributação pelo imposto de renda e por fim, analisamos a tributação e gênero no imposto de renda.

## **2. UM DIÁLOGO ENTRE AMARTYA SEN E JEAN PAUL SARTRE APLICADO À CONDIÇÃO FEMININA**

Embora Gilberto Freyre tenha sido muito criticado pela ideia de miscigenação na sua forma de descrever a formação da sociedade brasileira, o autor aponta a violência e o terror dos portugueses contra os povos indígenas, em particular, o estupro das índias, o genocídio, as revoltas e a violência dos gestos de imposição de tal “civilização” (FREYRE, 2002, p. 38-52; HOLANDA, 2009, p. 85-97; DA MATTA, 1983, p. 125-137; OLIVEN, 1982, p. 13-25; ROCHA, 1994, p.215-235).

Verifica-se que o valor-família, o “valor-trabalho”, o “valor-maternidade”, pesam nas trajetórias das mulheres brasileiras.

A desigualdade de gênero, nos termos de uma tragédia da cultura, re-situa parte dos jogos de memória dos conflitos-violentos como parte integrante dos arranjos sociais na sociedade brasileira. Nesse sentido, as práticas culturais objetivas, autorizadas pelo Estado, estão entremeadas por múltiplas e díspares experiências subjetivas das violências ordenando a vida cotidiana das mulheres, dos laços de parentesco em suas famílias, tecendo os laços de vizinhança nos seus bairros e enlaçando suas relações pessoais, profissionais, afetivas e sexuais.

A fim de avaliar a importância do empoderamento feminino, tecemos um diálogo entre o conceito de capacidade proposto por Sen e a discussão de campo de possibilidades vinculado à noção de projeto, problematizada por Sartre (SARTRE, 2005, p. 35-74), por permitirem identificar o desvelamento das mazelas das mulheres, bem como apresentar meios para a sua superação.

Na década de 50, em seu clássico “Segundo Sexo”, Simone de Beauvoir denunciou a relação hierárquica entre homens e mulheres e os padrões culturais forjados historicamente nas esferas públicas e privadas.

Esse discurso é composto categoricamente por um campo de possibilidades restrito, isso significa dizer que os projetos de futuro das mulheres, já em sua formatação original, sofrem restrições “estruturais” que a antropologia existencialista de Sartre propõe transcender.

A antropologia existencialista, segundo Sartre, estabelece que a liberdade permite que o ser humano crie a si mesmo e os objetos exteriores a ele.

Por sua vez, Amartya Sen entende que aumento de bem-estar da condição feminina deve garantir às mulheres meios para superar a desigualdade e, com maior renda disponível, garantir o papel ativo feminino na condição de agentes da mudança (SEN, 2010, p. 251-253).

Adota-se a proposta de Amartya Sen para transcender as limitações de nossas perspectivas posicionais (SEN, 2009) ao se adotar a perspectiva da condição feminina por meio da qual se busca ver o papel da mulher além de sua pers-

pectiva na procriação, considerando portanto o papel do desejo sexual, segundo Freud, que se sabe diverso da perspectiva feminina.

Assim não se pode limitá-lo às condições existentes, mas transcende e, segundo Sen, tem um papel de agente de mudança.

Em um mundo em que mulheres são historicamente ensinadas para “não ação”, ou para um agir condicionado a um padrão que as inferioriza, a injustiça tributária e todas as suas consequências restritivas para as escolhas das mulheres, torna-se um fenômeno político, social, econômico e cultural que demanda grande urgência de debate.

Para ilustrar este tema é importante salientar que a violência de gênero é uma das três modalidades de violências criminosas circunscritas no Brasil, essas que estão diretamente relacionadas à dupla mensagem pelas quais somos submetidos culturalmente, no que diz respeito à primazia do relacional sobre o individual e do hierárquico sobre o igualitário.

Assim, pode o acréscimo da renda da mulher proporcionar meios para criar um contrapoder a tal violência, uma vez que ocorre também nos setores sociais com capacidade contributiva para pagar tributos.

Observa-se que a condição feminina transcende o papel da mulher na procriação, uma vez que se reconhece nesta condição às homossexuais que se atribuem o papel de mulher.

Assim, a condição feminina vai além da mulher para incorporar os transsexuais, travestis e múltiplas configurações de gênero que se identifiquem com esta condição, assim devem ser considerados os gastos para a aceitação social e as atribuições da maternidade.

### **3. CLASSIFICAÇÃO DOS TRIBUTOS E IGUALDADE TRIBUTÁRIA**

Os tributos constituem uma prestação em moeda que o particular leva ao Estado, segundo o estabelecido em lei que deverá especificar todos os aspectos da prestação.

Daí alguns tributos serem vinculados e outros não a uma atuação do Estado para sua exigência.

Assim, as taxas e as contribuições de melhoria encontram-se vinculadas a uma atuação estatal para verificar a compatibilidade com o ordenamento jurídico do exercício de um direito ou de uma liberdade (taxas relativas ao poder de polícia), prestação de serviço público divisível (taxas relativas à prestação de serviço público), bem como a valorização de imóvel decorrente de obra pública (contribuição de melhoria).

A par destas espécies tributárias têm-se as contribuições no interesse de categorias profissionais ou econômicas, de intervenção no domínio econômico, bem como as sociais. Todas se referem a uma atuação indireta do Estado em relação ao contribuinte.

Por sua vez, os impostos são a espécie tributária que não se referem a uma atuação do Estado em relação ao contribuinte. Os impostos podem ser analisados, em relação aos seus efeitos de diferentes ângulos. Os impostos podem ser diretos quando a situação tributada se refira à renda do contribuinte e os indiretos quando se refiram ao consumo.

Os segundos, pagos pelo chamado “contribuinte de direito”, referem-se à hipótese em que se transfere o encargo financeiro do tributo para o chamado contribuinte de fato, o consumidor, portanto.

Ainda que o Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade ns. 4697 e 4762 autorize a progressividade que, na área tributária, veicula o fundamento da redução das desigualdades sociais, deter-se-á no imposto de renda pelos motivos que se verão a seguir.

#### **4. TRIBUTOS E AS LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE TRIBUTAR**

A exigência de parcela do patrimônio do particular constitui um pressuposto para sua manutenção e prestação de serviços públicos (ELIAS, 1993, p. 171-190).

Assim, não é CRFB que atribui o poder de tributar, mas este é inerente ao Estado e a Constituição o limita, define e condiciona.

Além do princípio da legalidade tributária, decorrente da representação política para a exigência de parcela do patrimônio do particular, e da anterioridade anual que determina que não pode ser instituído e aumentado tributo no mesmo exercício em que foi publicada a lei que o instituiu ou o aumentou, a CRFB estabelece outros critérios.

A CRFB estabelece o princípio da igualdade tributária que veda o tratamento desigual entre contribuintes que estejam em situação equivalente, proibindo qualquer distinção, por exemplo, em razão profissional ou função por eles exercida, segundo o disposto no artigo 145.

Este dispositivo, porém, deve ser considerado em conjunto com o fundamento da CRFB que determina a redução das desigualdades sociais e regionais, contido no artigo 3.

Visto que as instituições sociais que constituem a estrutura básica da sociedade geram fontes de desigualdade que não podem ser aceitas por uma ordem social justa, além das no artigo 145 da CRFB, acima aludido, demonstra-se mencionadas.

Uma tributação menor para os que se encontram na condição feminina veicula uma justiça distributiva na tributação, uma vez que inexistente uma justificativa socialmente aceita para terem capacidades mais restritas (RAWLS, 1997).

Os bens, direitos e rendimentos dos que se encontram na condição feminina não diferem dos demais contribuintes, logo não é possível haver uma diferenciação de alíquota sobre a base de cálculo a que os homens estão sujeitos.

Observado que o princípio da legalidade tributária se refere à capacidade contributiva, cuidado para se tributar uma riqueza econômica por ocasião da ocorrência de um fato gerado; a CRFB prevê, também, o princípio da capacidade econômica conjugado com a determinação que o tributo deve ter caráter pessoal sempre que possível. Neste último caso, preocupa-se com a possibilidade de se evitar exigir tributos superiores aos meios de subsistência ou exercício dos direitos fundamentais.

A expressão “sempre que possível” tem gerado dúvidas sobre o seu alcance, considerando-se, para os fins do presente trabalho, que se refere a uma imposição ao legislador de aplicar a capacidade econômica quando se trata de impostos pessoais, como o imposto de renda, admitindo a existência de impostos indiretos em que a aplicação deste princípio não é possível em razão do mecanismo de transferência do encargo financeiro à pessoa diversa do contribuinte.

Em vista disto, quando se trata de desigualdade de gênero, deve-se atentar que a exigência da justa tributação, no caso da CRFB, é a pessoal e observada a capacidade econômica.

Deve ser destacado que tais aspectos são confirmados e reforçados pela Recomendação n. 21 do Comitê do CEDAW-Convenção das Nações Unidas para a Eliminação de todas as formas de discriminação da Mulher que entrou em vigor em 3 de setembro de 1981 dispõe que, relativamente ao sistema tributário, as mulheres sejam tratadas em termos de igualdade em relação aos homens.

## **5. IMPOSTO DE RENDA E A PROGRESSIVIDADE NA TRIBUTAÇÃO**

A progressividade da tributação e o imposto sobre a renda, por sua vez, constituem fenômenos indissociáveis desde o início dos governos social-democratas na Europa, como destaca Adam Przeworski (1988).

A nossa Constituição reflete isto ao estabelecer que o imposto de renda deve ser progressivo, embora não regule o alcance da progressividade.

Aos poucos o Supremo Tribunal Federal - STF tem aceitado a progressividade tributária para outros tributos. Embora este tribunal, antes da Emenda n.

29/2000, tenha considerado inconstitucional a progressividade do imposto predial e territorial urbano - IPTU.

Tal a força da ideia de progressividade, porém, que este julgamento levou à promulgação da Emenda n. 29/2000 que inseriu, na Constituição Federal, o dispositivo que autoriza a progressividade em razão do valor e por meio de alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel.

A aplicação deste dispositivo pelos municípios está longe de ser pacífica, o que tem gerado muita insegurança jurídica e requer uma definição no STF.

Em outra ocasião o STF, em um caso concreto, admitiu também a progressividade das taxas do poder de polícia, em razão de inexistir dispositivo constitucional que vede sua aplicação. Neste caso as empresas que tem um capital social maior devem pagar uma taxa maior para a Comissão de Valores Mobiliários - CVM.

Recentemente, em ação direta de inconstitucionalidade, o STF pacificou o entendimento que a progressividade aplica-se às contribuições profissionais e referiu, ainda, que esta deva ser aplicada a todos os tributos.

Desta forma pode-se considerar pacífica a ideia da progressividade do ponto de vista jurídico, mas permanece o debate sobre o grau e o melhor critério de sua aplicação.

Em vista da dificuldade para definir o grau da progressividade, opta-se para os fins deste artigo limitar-se ao imposto de renda.

Afinal existem diversas possibilidades que podem resultar em variação de renda e, desta forma, alterar o tipo de vida que uma pessoa pode ter, mas, do ponto de vista, para instrumentalizar a ação para igualdade de gênero, permanece o imposto de renda, ainda, o caminho mais consistente.

Ter mais ou menos renda não constitui um fim em si, mas um meio para garantir justiça em caso de heterogeneidade de idade, gênero e deficiência em regras gerais (SEN, 2009, p.25).

Além de promover as possibilidades da condição feminina, pode propiciar outras formas destas se relacionarem em sociedade e satisfazer a autoestima (SEN, 2009, p.57).

O imposto pessoal por excelência no Brasil é o imposto de renda, além de se verificar factibilidade de aplicar o princípio da capacidade econômica no Brasil.

O imposto de renda tributa o acréscimo patrimonial que resulta do saldo positivo entre as entradas e saídas do patrimônio do contribuinte,

representado por qualquer espécie de direitos ou bens, de qualquer natureza ao longo de um período de tempo.

A renda constitui um meio útil para muitas finalidades proporcionando uma das bases para autoestima e outros bens que a mulher busca, segundo os princípios de Justiça de John Rawls (1997, p. 28).

Muito importante a advertência de Edmar Oliveira Andrade Filho para a renda auferida no exterior que, embora tenha escrito pensando para imposto de renda das empresas, tem plena aplicação ao imposto de renda das pessoas físicas, ao referir que a lei presume um acréscimo patrimonial (ANDRADE FILHO, 2010, p. 26), dadas as dificuldades de não ser constatado concretamente por meio dos controles de arrecadação até agora e em respeito ao postulado que todos devem contribuir para as despesas públicas e o princípio da igualdade tributária.

Como enunciado a CRFB veda diferentes alíquotas sobre a mesma base de cálculo, logo há de se analisar a realização da justiça tributária do ângulo do esforço do contribuinte para obter o rendimento tributável.

Visto que o esforço para obtenção do rendimento refere-se ao acréscimo patrimonial deve decorrer da dedução do necessário para a subsistência do rendimento que o contribuinte aufera em determinado período conjugado com a factibilidade da tributação.

O Código Tributário Nacional consolidou em seu artigo 43 dois momentos para se considerar ocorrido o fato gerador: disponibilidade jurídica ou econômica da renda.

A disponibilidade econômica é o poder de dispor efetivo e atual de quem tem a posse direta da renda como o recebimento de uma obrigação em moeda à vista. A disponibilidade jurídica resulta de uma presunção legal e absoluta do poder de dispor da renda, uma vez que já se verificaram as condições para ser efetiva, faltando a ocorrência de um fato jurídico para o titular para que o titular tenha a posse da renda.

Observado que feriria o princípio da igualdade tributária, há de verificar a questão sob o ângulo para se auferir renda.

Embora a tecnologia tenda permitir que se verifique até pessoalmente tais esforços mediante os controles de gastos de que dispõe a Administração Tributária, a tributação se ocupa da factibilidade no sentido do tributo ser fácil de cobrar e pagar, ademais que garanta uma regularidade na arrecadação de forma a proporcionar a previsibilidade da política econômica, como Fábio Pugliesi já destacou anteriormente (PUGLIESI, 2010, p. 50).

A legislação do imposto de renda, relativo às pessoas físicas, reconhece, sem distinção de gênero, repita-se, a dedução de determinadas despesas na apuração da renda tributável.

Assim se reconhece, no Brasil, em linhas gerais, que as contribuições previdenciárias, as despesas com saúde e educação do contribuinte e dos dependentes podem ser deduzidas da renda tributável para se obter o acréscimo patrimonial do contribuinte.

Para ilustrar nossa proposta, observa-se no imposto de renda na Argentina, que a característica mais notória da persistência da desigualdade é o congelamento da taxa de atividade feminina. O crescimento econômico, a maior oferta de postos de trabalho e a melhora relativa nos rendimentos não incentivaram a maior participação trabalhista feminina, mas, contrariamente, promoveram estratégias familiares que as excluem da atividade de trabalho. Esta situação não é homogênea por estrato de renda. No mercado de trabalho argentino, segue operando uma dupla discriminação: por gênero e por condição econômica das pessoas. A presença de crianças pequenas no lar continua sendo um dos condicionantes fundamentais para a inserção feminina no mercado de trabalho, o que se agrava quanto menor for o nível de renda familiar (JÁCOME; VILLELA, 2012. p. 21-68).

Neste aspecto resta evidente, em vista da exposição da condição feminina, ante o pressuposto de praticabilidade da tributação, que a dedução por dependente seja fixada em um valor maior do que para o homem, bem como seja fixada uma quantia relativa aos gastos exigidos para a aceitação social e autoestima da mulher ou daquela que se encontrar na condição feminina como os transsexuais.

### CONCLUSÃO

Afinal, se Sartre constata que possibilidades restritas impedem uma confecção de projetos legítimos, Sen vislumbra caminhos para que ocorra uma reversão daquilo que podemos identificar como ultrajes do tempo relacionados à desigualdade de gênero e conseqüentemente o alcance dos direitos humanos para as mulheres.

Assim, neste artigo, por meio da análise dos fundamentos da tributação brasileira com base nas disposições da CRFB e do Código Tributário Nacional-CTN, em vista das disposições constitucionais, destacamos a ideia de progressividade, em particular a do imposto de renda.

Desse modo, propomos que, em função das origens de uma cultura nacional embrenhada em um patriarcalismo violento em oposição à idéia de “homem

cordial” que é revelada pelos jogos de memória de nossas mulheres, conferimos pistas importantes para a defesa de que haja uma dedução presumida para as despesas para uma aceitação social e satisfação da mulher e as relativas à dedução por dependente devem ter um valor maior para a mulher e todas aquelas que se encontram na condição feminina.

Enfim, permitindo desta forma que se materialize o princípio da progressividade do imposto para as mulheres em razão da condição que se encontram para garantir a igualdade de gênero no Brasil contemporâneo e consequentemente a legitimidade dos ditos direitos humanos universais.

### REFERÊNCIAS

- ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *IMPOSTO DE RENDA DAS EMPRESAS*. São Paulo, Atlas, 2010.
- AMARO, Luciano. *Direito Tributário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- DA MATTA, Roberto. *Carnavais, Malandros e Heróis - para uma sociologia do dilema brasileiro*. Rio de Janeiro: Zahar, 1983.
- ELIAS, Norberto. *O processo civilizador*. Rio de Janeiro: Zahar, 1993, 2 v. p. 171-190
- GHERARDI, Natalia e ENRIQUE, Corina. A política tributária como ferramenta para equidade de gênero: o caso do Imposto de renda sobre pessoas físicas na Argentina. In: (orgs.) JÁCOME, Márcia. L. e VILLELA, Shirley. *Orçamentos sensíveis a gênero: experiências*. Brasília: ONU Mulheres, 2012.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- OLIVEIRA, Micheline Ramos de. No limiar da memória: estudo antropológico sobre mulheres e violências na metrópole contemporânea. 2009. Tese (Doutorado em Antropologia Social) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.
- OLIVEN, Ruben. *Violência e Cultura no Brasil*. São Paulo: Ed. Vozes, 1982.
- PRZEWORSKI, Adam A social-democracia como fenômeno histórico. São Paulo, *Lua Nova*, São Paulo, n.15. Oct. 1988. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451988000200004](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451988000200004)>. Acesso em: 25-set-16
- PUGLIESI, Fabio. *Contribuinte e Administração Tributária na Globalização*. Curitiba: Juruá, 2010.
- RAWLS, John, *Uma Teoria da Justiça*; Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves – São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- ROCHA, A.L. C. *Lê santuaire du désordre: l'art de savoir-vivre des tendres barbares sous les Tristes Tropiques*. 1994. Tese (Doutorado) – Universidade René Descartes, Sorbonne, Paris V, 1994.
- SARTRE, J-P. *O Ser e o Nada*. 13ª ed. Petrópolis: Vozes, 2005.
- SEN, Amartya. K. *The Idea of Justice*. Cambridge: Belknap Harvard, 2009.
- SEN, Amartya. *A condição de agente das Mulheres e a Mudança Social*. In *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- SCOTT, Joan W. Preface a gender and politics of history. *Cadernos Pagu*, nº. 3, Campinas/SP 1994.



RESENHA

***RECENSÃO AAVV, CHARTA DER GRUNDRECHTE DER EUROPÄISCHEN UNION, JÜRGEN MEYER (ED.), 4.ª EDIÇÃO, BADEN-BADEN, VIENA E BASEL, NOMOS, FACULTAS.WUV E HELBING LICHTENHAHN, 2014***

Artur Flamínio da Silva

Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre e Doutorando em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

**Submissão em 04.05.2015.**

**Aprovação em 21.09.2015**

A 1 de Dezembro de 2009, a entrada em vigor do Tratado de Lisboa teve, entre outras, a virtualidade de atribuir força vinculativa à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (doravante Carta). Com efeito, nos termos do artigo 6.º do Tratado da União Europeia “[a] União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia [...] que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados”. Neste contexto, deve mencionar-se que este facto é considerado um importante passo no sentido de atingir uma constitucionalização do Direito da União Europeia<sup>53</sup>. Por outro, a Carta também tem ganho protagonismo com a recente decisão Åkerberg Fransson, na qual o Tribunal de Justiça entendeu que «quando uma regulamentação nacional se enqua-

<sup>53</sup> Este objectivo que já se encontrava patente no processo de elaboração da Carta, uma vez que se tratava de «avanço constitucional» do Direito da União Europeia. Cfr. Miguel Poiães Maduro, *A Constituição Plural - Constitucionalismo e União Europeia*, Principia, Cascais, 2006, p. 301. Sobre a génese deste instrumento jurídico, cfr., entre tantos outros, com indicações, David Anderson e Cian C. Murphy, *The Charter of Fundamental Rights, in EU Law After Lisbon*, Andrea Biondi, Piet Eeckhout e Stefanie Ripley (Ed.), Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 155 e ss.

dra no âmbito de aplicação» do Direito da União Europeia, consequentemente “[a] aplicabilidade do direito da União implica a aplicabilidade dos direitos fundamentais garantidos pela Carta”<sup>54</sup>. No entanto, também é relevante recordar as dificuldades que envolvem a integração formal da Convenção Europeia dos Direitos do Homem nas regras jurídicas da União Europeia, num processo que, na sequência do parecer n.º 2/2013, de 18 de Dezembro de 2014, do Tribunal de Justiça parecer ter, por ora, vetado ao insucesso<sup>55</sup>. De qualquer modo, entre outros, estes factos têm demonstrado que o estudo da Carta é imprescindível e actual.

Neste contexto, é de realçar que obras como aquela que recenseamos são indispensáveis para compreender os problemas jurídicos de um instrumento jurídico cada vez mais relevante na temática dos Direitos Humanos. É, assim, de constatar que o mérito do Editor Jürgen Meyer é inegável. A obra recenseada é um marco fundamental no estudo da Carta, contando com o contributo de seis autores (Norbert Bernsdorf, Martin Borowski, Albin Eser, Sven Hölscheidt, Siegfried Magiera e Beate Rudolf) e com anotações do próprio Professor Doutor Jürgen Meyer<sup>56</sup>.

Em particular, devemos denunciar que a relevância desta monografia se revela na forma simples, mas extraordinariamente rigorosa em que expõe a realidade jurídica da Carta que se manifesta na recolha bibliográfica (que não se cinge exclusivamente à bibliografia alemã, mas que conta com elementos bibliográficos de língua inglesa, espanhola, francesa ou mesmo italiana) e na argumentação desenvolvida pelos autores.

Este facto permite, assim, tratar-se de uma obra que é um marco no estudo dos problemas jurídicos da Carta: quer seja num âmbito de uma investigação pós-graduada, de graduação ou de uma mera actividade principal enquanto advogado ou académico. Este texto é inescapável para todos aqueles que querem compreender a envolvimento jurídica dos direitos fundamentais consagrados pela Carta.

<sup>54</sup>) Ponto 19 e e 21 do Acórdão de 23 de Fevereiro de 2013 do Tribunal de Justiça, processo n.º C-617/10. Para uma apreciação crítica desta jurisprudência, com amplas indicações, cfr. EIKE MICHAEL FRENZEL, «DIE CHARTA DER GRUNDRECHTE ALS MASSSTAB FÜR MITGLIEDSTAATLICHES HANDELN ZWISCHEN EFFEKTIVIERUNG UND HYPERINTEGRATION», *IN DER STAAT*, VOL. 53, N.º 1 (2014), PP. 1 E SS.

<sup>55</sup>) Para uma apreciação crítica deste parecer, cfr., por exemplo, Christoph Krenn, *Autonomy and Effectiveness as Common Concerns: A Path to ECHR Accession After Opinion 2/13*, in *German Law Journal*, n.º 16 (2015), disponível em <<http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1669>>. Sobre as consequências da integração da Convenção Europeia dos Direitos do Homem no Direito da União Europeia, cfr. WALTHER MICHL, *DIE ÜBERPRÜFUNG DES UNIONSRECHTS AM MASSSTAB DER EMRK*, TUBINGA, MOHR SIEBECK, 2014, PP. 146 E SS. E JULIE VONDUNG, *DIE ARCHITEKTUR DES EUROPÄISCHEN GRUNDRECHTSSCHUTZES NACH DEM BEITRITT DER EU ZUR EMRK*, TUBINGA, MOHR SIEBECK, 2012, PP. 123 E SS.

<sup>56</sup>) Não é, no entanto, a única obra colectiva de anotação à Carta. Cfr., por exemplo, em língua portuguesa, a obra colectiva coordenada por ALESSANDRA SILVEIRA E MARIANA CANOTILHO, *CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA*, COIMBRA, ALMEDINA, 2013 E, EM INGLÊS, AAVV, *THE CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS. A COMMENTARY*, STEVE PETERS, TAMARA HERVEY, JEFF KENNER E ANGELA WARD (ED.), OXFORD, HART, 2014.

Por outro lado, refira-se que, em termos de organização da exposição do texto, nos parece de extrema utilidade a opção por uma nota introdutória a anteceder cada anotação de um artigo individualmente considerado, uma vez que permite ao leitor efectuar um estudo integrado do texto. Neste sentido, a extensão global de 859 páginas permite um apurado desenvolvimento dos artigos comentados pelos autores. Em especial, deve, no entanto, ser referenciada o estudo desenvolvido do preâmbulo da Carta num total de 50 páginas (sem paralelo noutros estudos), uma vez que se trata de um importante instrumento de interpretação da Carta.

Um dos pontos fortes do comentário reside, por outro lado, na aposta por uma explicação que apresenta sucintamente o contexto histórico de cada artigo da Carta e o valor interpretativo que daí deriva. Este facto permite ao leitor ganhar um conhecimento aprofundado prático do contexto em que surgiu cada disposição da Carta.

Em suma, podemos afirmar, com toda a certeza, que se trata de uma obra indispensável na temática dos direitos fundamentais que emergem do Direito da União Europeia.



## 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>.

### FORMATAÇÃO

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 são avaliados, em primeiro lugar, pelo editor, que examina a

adequação do trabalho à linha editorial da revista, aspectos formais e metodológicos elementares, entre outros, considerando, ainda, o espaço

#### **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.