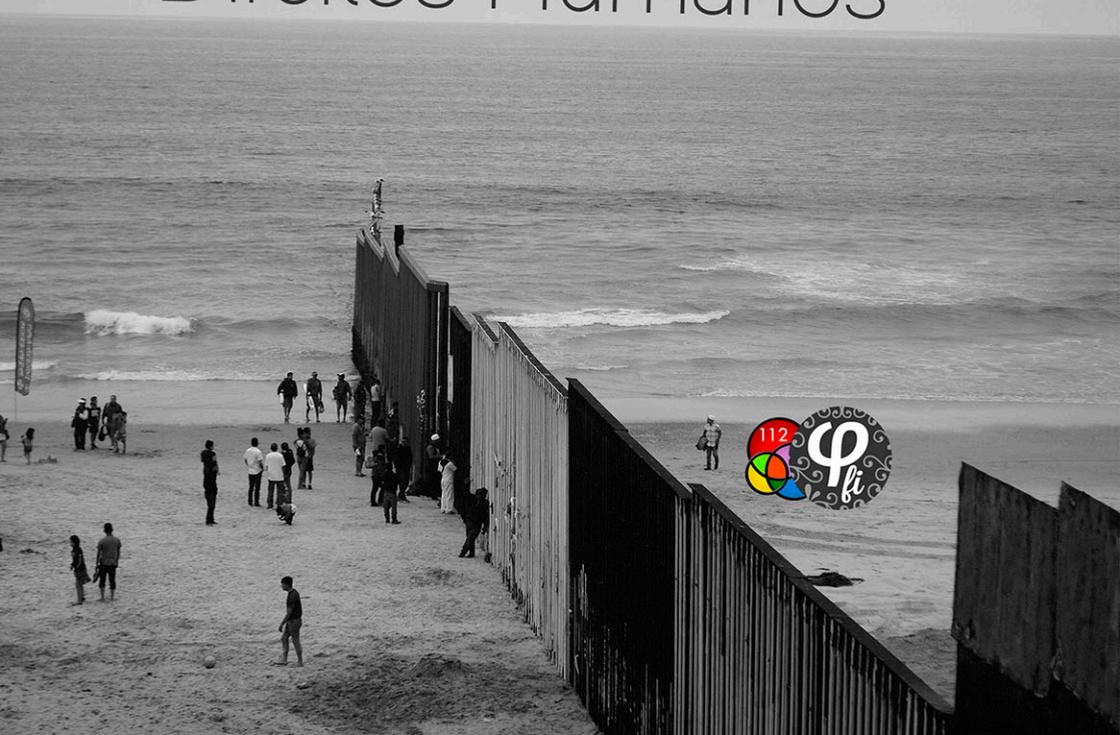


Bárbara Bruna de Oliveira Simões
Daniella Bitencourt
José Eduardo Aidikaitis Previdelli
(Orgs.)

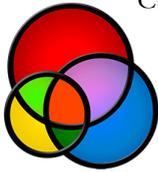
Temas atuais de Direitos Humanos



Os conturbados cenários políticos e sociais do Brasil e dos demais países que integram a América Latina se apresentam na atualidade como campos férteis para o estabelecimento de estudos e debates acerca do conteúdo e alcance dos Direitos Humanos, bem como dos mecanismos necessários à sua efetivação. Com o objetivo de debater as questões decorrentes do estudo dos Direitos Humanos, lançamos a coleção “Temas Atuais de Direitos Humanos”, composta por artigos escritos por doutores, doutorandos, mestres e mestrandos que compartilham as inquietações envolvendo a questão. Neste primeiro volume da coleção, apresentamos artigos abordando diversos aspectos deste tema atual que norteia a pesquisa: os direitos humanos!



Temas atuais de Direitos Humanos



Comitê Editorial da Série

Filosofia & Interdisciplinaridade

- **Aginaldo Cuoco Portugal**, UNB, Brasil
- **Alexandre Franco Sá**, Universidade de Coimbra, Portugal
- **Christian Iber**, Alemanha
- **Claudio Gonçalves de Almeida**, PUCRS, Brasil
- **Cleide Calgato**, UCS, Brasil
- **Danilo Marcondes Souza Filho**, PUCRJ, Brasil
- **Danilo Vaz C. R. M. Costa**, UNICAP/PE, Brasil
- **Delamar José Volpato Dutra**, UFSC, Brasil
- **Draiton Gonzaga de Souza**, PUCRS, Brasil
- **Eduardo Luft**, PUCRS, Brasil
- **Ernilo Jacob Stein**, PUCRS, Brasil
- **Felipe de Matos Muller**, UFSC, Brasil
- **Jean-François Kervégan**, Université Paris I, França
- **João F. Hobuss**, UFPEL, Brasil
- **José Pinheiro Pertille**, UFRGS, Brasil
- **Karl Heinz Efken**, UNICAP/PE, Brasil
- **Konrad Utz**, UFC, Brasil
- **Lauro Valentim Stoll Nardi**, UFRGS, Brasil
- **Marcia Andrea Bühring**, PUCRS, Brasil
- **Michael Quante**, Westfälische Wilhelms-Universität, Alemanha
- **Miguel Giusti**, PUCP, Peru
- **Norman Roland Madarasz**, PUCRS, Brasil
- **Nythamar H. F. de Oliveira Jr.**, PUCRS, Brasil
- **Reynner Franco**, Universidade de Salamanca, Espanha
- **Ricardo Timm de Souza**, PUCRS, Brasil
- **Robert Brandom**, University of Pittsburgh, EUA
- **Roberto Hofmeister Pich**, PUCRS, Brasil
- **Tarcílio Ciotta**, UNIOESTE, Brasil
- **Thadeu Weber**, PUCRS, Brasil

Temas atuais de Direitos Humanos

Organizadores:

Bárbara Bruna de Oliveira Simões

Daniella Bitencourt

José Eduardo Aidikaitis Previdelli



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.behance.net/CaroleKummecke>

Fotografia de Capa: Max Böhme

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Série Filosofia e Interdisciplinaridade – 112

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

SIMÕES, Bárbara Bruna de Oliveira; BITENCOURT, Daniella; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis (Orgs.)

Temas atuais de Direitos Humanos [recurso eletrônico] / Bárbara Bruna de Oliveira Simões; Daniella Bitencourt; José Eduardo Aidikaitis Previdelli (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

179 p.

ISBN - 978-65-81512-38-5

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direitos humanos; 2. Direito contemporâneo; 3. Ensaio; 4. Coletânea; 5. Debate; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Apresentação	9
Bárbara Bruna de Oliveira Simões Daniella Bitencourt José Eduardo Aidikaitis Previdelli	
Prefácio	10
Gilberto Schäfer	
1	12
A regulamentação da autorização de residência na Nova Lei de Migrações (Lei nº 13.445/2017)	
Bárbara Bruna de Oliveira Simões	
2	28
Do reconhecimento à necessidade de consolidação: a saúde como um direito humano universal na conjuntura dos movimentos migratórios	
Carolina Andrade Barriquello Janaína Machado Sturza	
3	47
O controle de convencionalidade: fruto da árvore do controle de constitucionalidade sob o prisma dos direitos humanos	
Cristiane Feldmann Dutra Michelli Linhares de Bastos	
4	59
O crime continuado e o elemento subjetivo no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul	
Grazielle Costanza Dani Rudnicki	
5	68
Violência doméstica e justiça restaurativa: um diálogo possível?	
Jacqueline Padão Carmen Hein de Campos	

6	87
Margem nacional de apreciação: uma justificativa para o descumprimento puro e simples dos tratados internacionais de direitos humanos?	
Jesus Tupã Silveira Gomes	
7.....	105
O acesso à justiça e a adequação procedimental aplicadas aos direitos humanos: exame do Habeas Corpus coletivo nº 143.641/SP	
João Paulo K. Forster	
Camila Mousquer Buralde	
8	127
O direito humano à igualdade processual como elemento integrante do processo justo	
José Eduardo Aidikaitis Previdelli	
Caroline Silva Costanza	
9	141
O controle de convencionalidade como instrumento de proteção dignidade da pessoa humana	
Marlene Marlei de Souza	
10.....	162
Isonomia tributária e desenvolvimento humano: ensaiando novas perspectivas dos direitos humanos	
Mártin Haerberlin	
Daniella Bitencourt	

Apresentação

Bárbara Bruna de Oliveira Simões

Daniella Bitencourt

José Eduardo Aidikaitis Previdelli

Os conturbados cenários políticos e sociais do Brasil e dos demais países que integram a América Latina se apresentam na atualidade como campos férteis para o estabelecimento de estudos e debates acerca do conteúdo e alcance dos Direitos Humanos, bem como dos mecanismos necessários à sua efetivação.

Com o objetivo de debater as questões decorrentes do estudo dos Direitos Humanos, lançamos a coleção “Temas Atuais de Direitos Humanos”, composta por artigos escritos por doutores, doutorandos, mestres e mestrandos que compartilham as inquietações envolvendo a questão.

Neste primeiro volume da coleção, apresentamos artigos abordando diversos aspectos deste tema atual que norteia a pesquisa: os direitos humanos!

Prefácio

*Gilberto Schäfer*¹

É com honrosa satisfação que prefacio a presente obra TEMAS ATUAIS DE DIREITOS HUMANOS, organizada por Bárbara Bruna de Oliveira Simões, Daniella Bitencourt e José Eduardo Aidikaitis Previdelli.

A primeira, e talvez principal, das razões para este sentimento relaciona-se ao fato de se tratar da primeira edição desta coletânea, organizada por egressos do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da UniRitter, área de concentração em Direitos Humanos, no qual lecionei por longo tempo.

A obra apresentada é composta por artigos que abordam este tema que é tão caro – os Direitos Humanos – em diversos níveis e sob múltiplos enfoques. Esse olhar multifacetado do tema amplia o campo do debate sobre a matéria e, por consequência, o âmbito de proteção dos Direitos Humanos.

Os Direitos Humanos e imigrações são observados por Bárbara Bruna de Oliveira Simões no artigo *A regulamentação da autorização de residência na nova lei de migrações (Lei nº 13.445/2017)*, bem como naquele apresentado por Carolina Andrade Barriquello e Janaína Machado Sturza: *Do reconhecimento à necessidade de consolidação: a saúde como um Direito Humano universal na conjuntura dos movimentos migratórios*.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos vem muito bem trabalhado em três artigos distintos e complementares: Cristiane Feldmann Dutra e Michelli Linhares de Bastos entregam *O Controle de Convencionalidade: fruto da árvore do controle de constitucionalidade sob o prisma dos*

¹ Doutor em Direito Público pela UFRGS. Mestre em Direito Público pela UFRGS. Juiz de Direito do TJRS

Direitos Humanos; Jesus Tupã Silveira Gomes apresenta a questão da *Margem Nacional de Apreciação: uma justificativa para o descumprimento puro e simples dos tratados internacionais de Direitos Humanos?*; ainda, Marlene Marlei de Souza escreve sobre *O Controle de Convencionalidade como instrumento de proteção dignidade da pessoa humana*.

O estudo dos Direitos Humanos e sua incidência no campo do Direito Penal é muito bem construída por Grazielle Costanza e Dani Rudnicki no artigo *O crime continuado e o elemento subjetivo no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul* e por Jacqueline Padão e Carmen Hein de Campos no estudo da *Violência doméstica e justiça restaurativa: um diálogo possível?*

No âmbito dos Direitos Humanos Processuais, João Paulo K. Forster e Camila Mousquer Buralde escrevem sobre *O Acesso à Justiça e a adequação procedimental aplicadas aos direitos humanos – exame do habeas corpus coletivo nº 143.641/SP*, enquanto José Eduardo Aidikaitis Previdelli e Caroline Silva Costanza o fazem sobre *O direito humano à igualdade processual como elemento integrante do processo justo*.

Por último, exclusivamente em razão da organização alfabética da coletânea, Mártin Haerberlin e Daniella Bitencourt apresentam uma faceta pouco enfrentada neste campo, mas de grande importância, com o artigo *Isonomia tributária e desenvolvimento humano: ensaiando novas perspectivas dos Direitos Humanos*.

Entendo bastar esta breve apresentação da obra, considerando que o conteúdo desenvolvido nos trabalhos que a integram superará, em muito, o resumo cabível no prefácio. Sob tais indicativos, acredito que os leitores terão rico material para o debate com os textos que seguem.

Porto Alegre, dezembro de 2019.

A regulamentação da autorização de residência na Nova Lei de Migrações (Lei nº 13.445/2017)

Bárbara Bruna de Oliveira Simões ¹

1. Introdução

O presente artigo busca realizar uma análise da autorização de residência constante na Nova Lei de Migrações, Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, e no Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017. Parte-se do seguinte questionamento: como a autorização de residência foi disposta pelas duas legislações? O objetivo geral do estudo é analisar essa nova disposição constante na legislação migratória brasileira, com o intuito de embasar futuras pesquisas na área.

Observa-se que os fluxos migratórios são comuns na história da humanidade, sendo novas comunidades formadas por meio dessa movimentação. O Brasil tem recebido muitos migrantes ao longo de sua história e, na atualidade, não tem sido diferente. Embora não seja o país com maior número de imigrantes, o Brasil tem sido procurado como destino por muitas pessoas, que merecem ser recebidas e ter seus direitos efetivados.

A partir da Nova Lei de Migrações, o Brasil atualizou as disposições sobre migração, bem como os procedimentos para entrada e permanência

¹ Doutoranda em Ciências Sociais na PUC/RS. Mestre em Direitos Humanos pelo Centro Universitário Ritter dos Reis Laureate International Universities. Bolsista Capes. Advogada voluntária do Grupo de Assessoria a Imigrantes e Refugiados/GAIRE. E-mail: barbarabsimoes@gmail.com.

em seu território, criando, por exemplo, a autorização de residência que será melhor trabalhada neste artigo. Diante disso, verifica-se a relevância do assunto, para informar e aprofundar os estudos acerca da autorização de residência. O trabalho desenvolve-se por meio de pesquisa bibliográfica e documental e utiliza-se o método dedutivo.

O artigo está estruturado em três tópicos: no primeiro, será feita uma introdução às migrações, apresentando os principais conceitos e um breve histórico. No segundo, será feita uma abordagem das migrações no Brasil, por meio de um panorama da legislação migratória, desde o Estatuto do Estrangeiro até a Nova Lei de Migrações. No terceiro tópico, apresenta-se a temática da autorização de residência propriamente dita e verifica-se a adequação dessa aos princípios e garantias elencados na Nova Lei.

2. Migrar: um direito humano efetivado?

As migrações representam um fenômeno de deslocamento que sempre esteve presente na história da humanidade. Pode-se entender o ato de migrar, como um processo de atravessar fronteiras:² “É um movimento populacional que compreende qualquer deslocação de pessoas, independentemente da extensão, da composição ou das causas; inclui a migração de refugiados, pessoas deslocadas, pessoas desenraizadas e migrantes econômicos.” (OIM, 2009, p.40).

Com o término da Segunda Guerra Mundial, as nações passaram a se preocupar com a criação de mecanismos que garantissem a proteção dos seres humanos em âmbito internacional, pois antes desse acontecimento, o indivíduo era relegado a um plano inferior. (GUERRA, 2017, p.105-107). Surge, então, a compreensão de que o ser humano não é objeto de direito internacional público, mas é sujeito, podendo reivindicar seus direitos na

² “A migração em massa não é de forma alguma um fenômeno recente. Ele tem acompanhado a era moderna desde seus primórdios (embora com frequência mudando e por vezes revertendo a direção) -, já que nosso “modo de vida moderno” inclui a produção de “pessoas redundantes” (*localmente* “inúteis”, excessivas ou não empregáveis, em razão do progresso econômico; ou *localmente* intoleráveis, rejeitadas por agitações, conflitos e dissensões causados por transformações sociais/políticas e subsequentes lutas por poder).” (BAUMAN, 2017, p.9).

esfera internacional de proteção dos direitos humanos. (MAZZUOLI, 2014, p.53).

Paradoxalmente, ao mesmo tempo em que é crescente o reconhecimento do indivíduo como detentor de direitos independentemente de sua nacionalidade, ainda há a implementação desses direitos pelos Estados. (REIS, 2004, p.154). No caso específico das migrações, o Estado continua a possuir o monopólio da legitimidade da mobilidade, como um fundamento de sua soberania (REIS, 2004, p.150), volta-se à ideia fechada dos Estados-nações.

Embora o direito de migrar seja um direito humano, o que se verifica, atualmente, é o crescimento de políticas restritivas quanto à migração, que geram a construção de muros entre as nações, ao invés de pontes, que poderiam servir de cooperação para o auxílio aos migrantes. A função da fronteira, além de ser de inclusão/exclusão das porções territoriais, também é de inclusão/exclusão de pessoas, já que fora dos limites do Estado está o outro, o alienígena, aquele que não pertence à vida pública por ser diferente. (LISOWSKI, 2012, p.117).

Essa visão traz consequências negativas para os direitos humanos e para os fluxos migratórios, pois a vida do migrante fica condicionada à identificação com algum Estado, não sendo uma vida simplesmente por ser humano. E o número de pessoas deslocadas só aumenta. Segundo dados do ACNUR (2019, p.2), ao final de 2018, havia 70,8 milhões de pessoas deslocadas forçadamente no mundo, por conta de guerras, conflitos e violência generalizada.

O grande desafio relacionado ao estudo dos fluxos migratórios diz respeito à compreensão de que é algo comum na história da humanidade e, na atualidade, o que se observa, são mudanças nesses fluxos, diante do agravamento de crises econômicas, sociais e políticas em muitas nações. Assim, os Estados precisam de políticas a longo prazo, para que os direitos humanos dos migrantes não sejam ameaçados e violados. No caso brasileiro, a publicação de uma Nova Lei de Migrações apresenta a mudança de uma visão do migrante voltada para a segurança nacional, como acontecia

no Estatuto do Estrangeiro, da década de 1980, para uma visão dos direitos humanos.

3. Migrações no Brasil: do estatuto do estrangeiro à nova lei de migrações

Na década de 1980, em plena ditadura militar, vigorava no Brasil a Lei nº 6.815, conhecida como Estatuto do Estrangeiro. Sartoretto (2018, p.162) mostra que, durante os anos de ditadura militar, o Brasil caracterizou-se como um país de emigrantes, já que muitos cidadãos fugiam em função das ações de um governo violador de direitos humanos. Moraes e Barros (2015, p.149) reconhecem que o Brasil, e a maior parte dos países da América Latina, nessa década, tiveram a legislação migratória e de segurança nacional contagiadas pela ideia de inimidade, impedindo o reconhecimento do outro como sujeito de direitos fundamentais.

Diante dessa visão do migrante como um estranho, Oliveira (2017, p.171) ressalta algumas movimentações que passaram a ocorrer ao longo dos anos seguintes à ditadura militar e que justificam a necessidade de mudanças na legislação migratória brasileira:

(...) a partir dos anos 1980, a questão migratória voltou a ter alguma relevância na agenda política e social brasileira, em que, entre outros aspectos, destacam-se: a emergência, naquela década, da emigração internacional, pois brasileiros passaram a viver no exterior em situação de vulnerabilidade e não vislumbravam as mínimas condições que favorecessem uma possível reinserção no país, como, por exemplo, aspectos relacionados à obtenção de trabalho e à cobertura da previdência social; a entrada irregular de trabalhadores e suas famílias que vieram, sobretudo, da Bolívia e Paraguai; e a chegada massiva de haitianos e africanos, no início dos anos 2010. Tudo isso escapava ao controle do governo brasileiro e requeria uma tomada de posição, dado que o aparato legal não conseguia dar conta de enfrentar todas essas situações.

A principal mudança ocorreu com a redemocratização, em 1988, que apresenta a Constituição Federal como proteção maior dos migrantes.³ Jubilut (2007, p.181) entende que:

Com base nesses princípios, pode-se afirmar que os alicerces da concessão do refúgio, vertente dos direitos humanos e espécie do direito de asilo, são expressamente assegurados pela *Constituição Federal* de 1988, sendo ainda elevados à categoria de princípios de nossa ordem jurídica. Sendo assim, a *Constituição Federal* de 1988 estabelece, ainda que indiretamente, os fundamentos legais para a aplicação do instituto do refúgio pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O artigo 5º expõe que “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, [...]”. (BRASIL, 1988). Por fim, o artigo 22 da Constituição Federal de 1988, em seu inciso XV, apresenta que compete privativamente à União legislar sobre emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros. (BRASIL, 1988). Frisa-se que, mesmo com a Constituição Federal de 1988, o Estatuto do Estrangeiro ainda estava em vigor como a legislação responsável pela política migratória brasileira, o que é visivelmente contraditório. O cenário da política migratória brasileira era, então, conflitante e, acrescenta-se a esse dado o fato de que as imigrações cresciam paulatinamente na década de 1990, conforme observa Sartoretto (2018, p.181-182):

[...] fluxos migratórios para o território brasileiro também apresentaram crescimento paulatino, sobretudo a partir do final da década de 90. A realidade desses fluxos denota um caráter misto na migração que se destina ao país, tanto do ponto de vista dos países de origem, que se diversificaram, quanto

³ “Na esfera constitucional, a Carta de 1988, apesar de seus avanços em relação aos direitos e garantias fundamentais, nega o exercício dos direitos relativos a cidadania aos estrangeiros quando lhes veda o alistamento eleitoral em seu art. 14, §2º e, assim, exclui-os da categoria dos “cidadãos”, que podem influenciar nas decisões sobre políticas que lhes digam respeito.” (AMARAL; COSTA, 2017, p.214).

em relação aos motivos pelos quais as pessoas migravam para o Brasil, algumas em função da perseguição que sofriam, outras fugindo da violação de direitos humanos, outras, ainda, por razões econômicas.

Iniciam-se discussões, principalmente no meio acadêmico e entre especialistas em fluxos migratórios, sobre a necessidade da revogação do Estatuto do Estrangeiro por uma legislação migratória que estivesse de acordo com os princípios expostos na Constituição Federal de 1998. A situação existente era complexa, pois o Estatuto, já obsoleto, não dava conta das novas realidades existentes no Brasil quanto às imigrações, havendo a necessidade de criação de regulamentações infraconstitucionais para complementar a legislação migratória, o que gerava mais insegurança jurídica do que certezas.

Dessa forma, por conta da pressão da sociedade civil organizada, a principal responsável pelo trabalho de assistência a imigrantes, e de setores da academia, em 2013, o governo federal inicia a discussão sobre a revogação do Estatuto do Estrangeiro e a adoção de uma legislação que protegesse os direitos humanos dos migrantes. Em 24 de maio de 2017, o Brasil publica sua Nova Lei de Migrações, a Lei nº 13.445, que entrou em vigor em 180 dias, em novembro de 2017. Em quase dois anos de aplicação, a Nova Lei apresentou muitas novidades positivas, ao reconhecer direitos aos migrantes e algumas questões negativas. “O maior avanço de todos, sem dúvida, foi acabar com o anacronismo do Estatuto dos Estrangeiros, aparato jurídico inspirado num regime de exceção, cuja base se assentava na doutrina da segurança nacional (...)” (OLIVEIRA, 2017, p.174).

A Nova Lei de Migrações foi toda elaborada com a plena participação das entidades da sociedade civil que atuam na causa dos fluxos migratórios, objetivando apresentar um rol de direitos, mas também deveres, dos migrantes que chegam ao Brasil. Para Sartoretto (2018, p.219),

A nova lei representa avanços à visão eurocêntrica que marcou a elaboração do marco legal internacional para a proteção de refugiados nos anos 50. Na teoria, ambos os instrumentos aumentaram a proteção às pessoas em situação de migração forçada no país. Na prática, porém, revelam problemas que não

podem ser desconsiderados, como ocorreu no caso da migração haitiana para o Brasil.

Ocorre que, para sua implementação, foi publicado o Decreto nº 9.199, sem qualquer participação da sociedade civil e o teor apresenta um retrocesso em relação ao já exposto na Nova Lei. Segundo especialistas que formaram a Comissão constituída pelo Ministério da Justiça para elaborar o Anteprojeto de *Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil (2013-2014)*, a regulamentação da Nova Lei foi submetida a uma brevíssima consulta pública, que durou alguns dias, razão pela qual apresenta disposições que desvirtuam o espírito da Nova Lei. O Decreto nº 9.199 representa uma afronta às conquistas históricas dos direitos dos migrantes e à capacidade do Estado brasileiro de formular políticas adequadas em relação a esta matéria. (RAMOS et al, 2017).

Enfim, não obstante alguns vetos inspirados em visões que defendem medidas restritivas, o país passa a ter uma das legislações mais modernas no trato das políticas migratórias, avançando no tratamento dos pilares que sustentam a integração plena do migrante à sociedade brasileira ao assegurar o pleno acesso aos serviços, garantindo a reunião familiar, reconhecendo a formação acadêmica obtida no exterior, permitindo a associação sindical e política, facilitando a inclusão laboral, repudiando práticas de discriminação e descriminalizando a migração e repudiando práticas de deportações coletivas. (OLIVEIRA, 2017, p.175).

A Nova Lei possui 125 artigos, divididos em 10 capítulos. Ela dispõe sobre os direitos e os deveres dos migrantes, regula a entrada e estada no Brasil e estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas para o emigrante, conforme artigo 1º. (BRASIL, 2017b). Não se utiliza mais a palavra “estrangeiro”, como no antigo Estatuto, pois não se busca um viés de segurança nacional, mas sim de integração e promoção dos direitos humanos. No artigo 2º, a Lei apresenta o conceito de cada tipo de migração, importante para que a adequada política pública seja aplicada em cada caso.

Os artigos 3º e 4º estão contidos na seção II que apresenta os Princípios e as Garantias. Segundo a Nova Lei, a política migratória brasileira deve ser regida por princípios que reconheçam direitos iguais a nacionais e a migrantes, por isso elenca, no inciso I, a universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos. No artigo 4º da Nova Lei de Migrações, consta a disposição de que, ao migrante que esteja no Brasil, são garantidos os direitos em igualdade com os nacionais, bem como serão aplicados deveres em conformidade com a legislação brasileira. (BRASIL, 2017b).

Partindo da necessidade de participação na sociedade, no segundo capítulo da lei, apresenta-se a situação documental do migrante, dispondo sobre os documentos de viagem (artigo 5º) e os vistos (artigos 6º ao 22). No capítulo terceiro da lei, apresentam-se as condições do migrante, como o residente fronteiriço (artigo 23), o apátrida (artigo 26) e o asilado (artigo 27). Toda essa regularização é o resultado do reconhecimento de diversos tipos de migração que ocorrem na atualidade e que necessitam de atenção e políticas próprias, conforme suas especificidades (descritas no artigo 2º da Lei e nas Portarias Interministeriais).

Importante ressaltar, também, a preocupação da Nova Lei de Migrações com os emigrantes, os brasileiros que deixam o Brasil para viver no exterior (artigos 77 ao 80), que necessitam, também, de acolhimento, seja pela tutela brasileira no exterior, seja pela cooperação com outras nações. Para Oliveira (2017, p.174), “O avanço mais geral reside na mudança de enfoque desse novo marco legal das migrações, agora com ênfase na garantia dos direitos das pessoas migrantes, tanto dos estrangeiros que por aqui aportam quanto para os brasileiros que vivem no exterior.”

Em especial para esta pesquisa, merece atenção o artigo 30 da Nova Lei, em que estão elencadas as hipóteses de autorização de residência do migrante no Brasil. A autorização de residência permitirá ao migrante a obtenção da Carteira de Registro Nacional Migratório (CRNM), antigo Registro Nacional de Estrangeiro (RNE), temática do próximo tópico.

4. A regulamentação da autorização de residência

Como observado nos tópicos acima, a Nova Lei de Migração trouxe muitos avanços para a questão migratória no Brasil. Ao retirar a vigência do Estatuto do Estrangeiro, as novas disposições passam a ser permeadas por um viés de direitos humanos e não mais de segurança nacional, como era anteriormente. Nesta seção, será aprofundado o estudo acerca do artigo 30 que regulamenta a Autorização de Residência.

Diferentemente do Estatuto do Estrangeiro que apresentava a situação de permanência, a Nova Lei de Migração cria duas formas de documentação migratória: pelo visto e pela autorização de residência. Para compreender melhor essa mudança, merece atenção o disposto por Varella et al (2017, p.257), a saber:

Os vistos da Lei nº 6.815/1980 serviam a diferentes fins: podiam ser de trânsito, de turista, temporário, permanente, de cortesia, oficial ou diplomático. O visto, um único instituto, abarcava, portanto, situações de visita, de residência temporária e de permanência por prazo indeterminado. Na nova lei, o visto está mais claramente delimitado como um documento para ingresso no território nacional, e cria-se o instituto jurídico da residência para amparar aquele que pretende se estabelecer no país por período mais prolongado. Passa-se, portanto, da ótica do controle de entrada no país para a lógica do recebimento do migrante, que possui direitos claramente definidos no novo marco legal.

Então, verifica-se que pela Nova Lei de Migrações, há dois institutos: o visto, que é obtido em um consulado brasileiro no exterior para que a pessoa possa ingressar no Brasil. Segundo a Nova Lei: “Art. 6º O visto é o documento que dá a seu titular expectativa de ingresso em território nacional”. (BRASIL, 2017b). Há cinco tipos de visto, nos termos do artigo 12 da Nova Lei, a saber: I - de visita; II - temporário; III - diplomático; IV - oficial; V - de cortesia. (BRASIL, 2017b). A autorização de residência, por sua vez, está disponível para o migrante que já se encontra em território nacional e quer aqui permanecer.

Para Varella et al (2017, p.260-261), a Nova Lei inaugura um instituto jurídico próprio e inovador ao permitir que essa autorização de residência possa ser concedida independentemente da situação migratória, nos termos do artigo 31, § 5º:

Art.31 Os prazos e o procedimento da autorização de residência de que trata o art. 30 serão dispostos em regulamento, observado o disposto nesta Lei.

§ 5º Poderá ser concedida autorização de residência independentemente da situação migratória. (BRASIL, 2017b).

Rememora-se que o Estatuto do Estrangeiro previa a vedação tanto da legalização da estada de “clandestino” e de “irregular”, quanto da transformação em permanente dos vistos de trânsito, de turista, de cortesia e de boa parte dos vistos temporários. (VARELLA et al, 2017, p.260-261). Pela antiga legislação, o migrante deveria sair do Brasil para regularizar sua situação migratória. Agora, observa-se que a disposição da Nova Lei de Migrações prima pela regularização migratória adequada para que a pessoa possa viver e desenvolver suas atividades no Brasil.

A autorização de residência está disposta no artigo 30 da Nova Lei de Migrações e as hipóteses são as seguintes situações:

Art. 30. A residência poderá ser autorizada, mediante registro, ao imigrante, ao residente fronteiriço ou ao visitante que se enquadre em uma das seguintes hipóteses:

I - a residência tenha como finalidade:

- a) pesquisa, ensino ou extensão acadêmica;
- b) tratamento de saúde;
- c) acolhida humanitária;
- d) estudo;
- e) trabalho;
- f) férias-trabalho;
- g) prática de atividade religiosa ou serviço voluntário;
- h) realização de investimento ou de atividade com relevância econômica, social, científica, tecnológica ou cultural;
- i) reunião familiar;

II - a pessoa:

- a) seja beneficiária de tratado em matéria de residência e livre circulação;
 - b) seja detentora de oferta de trabalho;
 - c) já tenha possuído a nacionalidade brasileira e não deseje ou não reúna os requisitos para readquiri-la;
 - d) (VETADO);
 - e) seja beneficiária de refúgio, de asilo ou de proteção ao apátrida;
 - f) seja menor nacional de outro país ou apátrida, desacompanhado ou abandonado, que se encontre nas fronteiras brasileiras ou em território nacional;
 - g) tenha sido vítima de tráfico de pessoas, de trabalho escravo ou de violação de direito agravada por sua condição migratória;
 - h) esteja em liberdade provisória ou em cumprimento de pena no Brasil;
- III - outras hipóteses definidas em regulamento. (BRASIL, 2017b).

O Decreto nº 9.199 de 2017, que regulamenta a Nova Lei de Migrações, apresenta, no capítulo II, as disposições acerca dos vistos.⁴ Já no capítulo VIII, constam as hipóteses de autorização de residência.⁵ O artigo 62 do decreto apresenta o registro e a identificação civil do imigrante detentor de visto temporário ou de autorização de residência. Esse registro gera um número de identificação o RNM, que é o documento de identidade do imigrante e dá acesso à carteirinha com seus dados de identificação.

Art. 62. O registro consiste na inserção de dados em sistema próprio da Polícia Federal, mediante a identificação civil por dados biográficos e biométricos.

§ 1º O registro de que trata o *caput* será obrigatório a todo imigrante detentor de visto temporário ou de autorização de residência.

§ 2º A inserção de que trata o *caput* gerará número único de Registro Nacional Migratório, que garantirá ao imigrante o pleno exercício dos atos da vida civil.

Art. 63. A Carteira de Registro Nacional Migratório será fornecida ao imigrante registrado, da qual constará o número único de Registro Nacional Migratório. (BRASIL, 2017a).

⁴ “Art. 4º. O visto é o documento que dá a seu portador expectativa de ingresso no território nacional.” (BRASIL, 2017a).

⁵ “Art. 123. O imigrante, o residente fronteiriço e o visitante, por meio de requerimento, poderão solicitar autorização de residência no território nacional.” (BRASIL, 2017a).

O decreto ainda determina que ato conjunto dos Ministros de Estado da Justiça e Segurança Pública, das Relações Exteriores e do Trabalho estabelecerá os requisitos para a concessão de cada autorização. Assim, após a publicação da Nova Lei de Migrações, esses ministérios publicaram, e continuam a publicar, portarias interministeriais e resoluções⁶ que regulamentam algumas formas de autorização de residência. Durante a escrita desse artigo, tem-se notícia das seguintes Portarias Interministeriais referentes às autorizações de residência:

- Portaria Interministerial nº 3, de 27 de fevereiro de 2018: Dispõe sobre procedimentos gerais para os requerimentos de autorização de residência.
- Portaria Interministerial nº 4, de 26 de julho de 2019: Autorização de residência para nacionais de Cuba que tenham integrado o Programa Mais Médicos.
- Portaria Interministerial nº 5, de 27 de fevereiro de 2018: Dispõe sobre o reconhecimento da condição de apátrida e da naturalização facilitada.
- Portaria Interministerial nº 5, de 26 de julho de 2019: Autorização de residência para nacionais da República Dominicana com processo de reconhecimento da condição de refugiado em trâmite.
- Portaria Interministerial nº 6, de 8 de março de 2018: Dispõe sobre a perda e o cancelamento da autorização de residência.
- Portaria Interministerial nº 7, de 13 de março de 2018: Dispõe sobre o visto temporário e a autorização de residência para fins de estudo.
- Portaria Interministerial nº 8, de 13 de março de 2018: Dispõe sobre o visto temporário e a autorização de residência para tratamento de saúde.
- Portaria Interministerial nº 9, de 14 de março de 2018: Dispõe sobre a concessão de autorização de residência ao imigrante nacional de país fronteiriço, onde não esteja em vigor Acordo de Residência do MERCOSUL.
- Portaria Interministerial nº 10, de 6 de abril de 2018: Dispõe sobre a concessão de visto temporário e autorização de residência para fins de acolhida humanitária para cidadãos haitianos e apátridas residentes no Haiti.
- Portaria Interministerial nº 11, de 3 de maio de 2018: Dispõe sobre o procedimento de solicitação de naturalização, de igualdade de direitos, de perda, de reaquisição de nacionalidade brasileira e de revogação da decisão de perda da nacionalidade brasileira.

⁶ Na presente pesquisa, serão apresentadas somente as portarias interministeriais e não as resoluções normativas editadas pelo CNIG, que dizem respeito à residência por questões de trabalho. Para mais informações sobre essas resoluções, acessar o endereço eletrônico da Polícia Federal: <http://www.pf.gov.br/servicos-pf/imigracao/legislacao-1/legislacao>.

- Portaria Interministerial nº 12, de 13 de junho de 2018: Dispõe sobre o visto temporário e a autorização de residência para reunião familiar.
- Portaria Interministerial nº 15, de 27 de agosto de 2018: Altera a Portaria Interministerial nº 9, dispondo que, diante da vulnerabilidade do imigrante, não há obrigação de apresentação de documento que comprove filiação, bastando uma declaração de próprio punho.
- Portaria Interministerial nº 16, de 3 de outubro de 2018: Altera a Portaria Interministerial nº 5 e a nº 11 acerca da comprovação de comunicação em língua portuguesa para a naturalização.
- Portaria Interministerial nº 17, de 19 de novembro de 2018: Altera a Portaria Interministerial nº 10 acerca do prazo para comprovação de ingresso no Brasil.

Ainda, em 9 de outubro de 2018, ocorreu a publicação da Resolução Conjunta nº1, do extinto Ministério do Trabalho e do CONARE, que dispõe sobre a concessão de autorização de residência, associada à questão laboral, à solicitante de reconhecimento da condição de refugiado junto ao CONARE.

As legislações complementares, dispostas acima, apresentam os trâmites burocráticos de como solicitar a autorização de residência: quem pode solicitar determinada autorização, quais os documentos necessários, em qual órgão os documentos devem ser levados, qual o prazo da autorização, quando ela precisa ser renovada e demais informações pertinentes para cada caso.

Observa-se que o Brasil evoluiu em questão de política e legislação migratória. A Nova Lei de Migrações é criada com um olhar voltado aos direitos humanos, ao compartilhamento e ao reconhecimento do outro e também ao empoderamento dos migrantes que chegam ao Brasil. Embora o Decreto nº 9.199 apresente ideias destoantes aos princípios dispostos pela Nova Lei, cabe às entidades da sociedade civil, bem como aos organismos governamentais, que atuam com a causa migratória, fiscalizar e cobrar a aplicação adequada da nova legislação.

As regulamentações da Nova Lei de Migrações acerca das autorizações de residência mostram-se importantes para esclarecer os documentos

e trâmites dos pedidos, mas ainda precisam observar algumas dificuldades, como a obtenção de alguns documentos do país de origem, o acesso aos sistemas do governo brasileiro, como MigranteWeb e o SISCONARE, acesso à informação para os migrantes quanto à legalização e tradução de documentos e, principalmente, atentar para o acesso à autorização de residência de forma complementar e não excludente ao sistema de refúgio, tópico presente, inclusive, na agenda do sistema de refúgio do CONARE.

5. Considerações finais

O presente artigo abordou a questão da autorização de residência na legislação migratória brasileira. Observa-se que, embora o direito de migrar seja um direito humano reconhecido no sistema global e nos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, o que se verifica, atualmente, é o crescimento de políticas restritivas quanto à migração, que geram a construção de muros entre as nações, ao invés de pontes, que poderiam servir de cooperação para o auxílio aos migrantes. No Brasil, tentou-se modificar esse cenário com a publicação da Nova Lei de Migrações, Lei nº 13.445, de 2017.

Antes da Nova Lei entrar em vigor, havia o Estatuto do Estrangeiro, Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, da época da ditadura militar, com ideias de segurança nacional, que entravam em conflito com os ideais da Constituição Federal de 1988. Com a Nova Lei, deixa-se de lado a ideia do migrante como um estranho e se busca a efetivação dos direitos humanos de todos, imigrantes e emigrantes. Ainda, apresenta duas formas de entrada e permanência no Brasil, a saber, o visto e a autorização de residência. O visto é obtido nos consulados e embaixadas brasileiras no exterior e a autorização de residência é obtida em solo brasileiro.

Diante do exposto, para que a Nova Lei oportunize direitos, na prática, aos migrantes que chegam ao Brasil, importante a regulamentação feita pelas Portarias Interministeriais e Resoluções, que abarcam todas as

questões burocráticas e procedimentais da autorização de residência. Algumas mudanças ainda se mostram necessárias, inclusive já estão acontecendo, mas cabe a todos na sociedade cobrar pela correta aplicação da Nova Lei e pelas melhorias nos procedimentos de autorização de residência, principalmente quanto à necessidade de tratá-la de forma complementar e não excludente ao sistema de refúgio, diante da complexidade dos diversos fatores (econômicos, políticos, sociais, culturais) que caracterizam a ação de migrar, seja de forma voluntária ou involuntária, para que os direitos humanos dos migrantes sejam efetivados em todas as sociedades.

Referências

ACNUR. **Global Trends: forced displacement in 2018**. Geneva: ACNUR, 2019. Disponível em: < unhcr.org/5do8d7ee7.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2019.

AMARAL, Ana Paula Martins; COSTA, Luiz Rosado. A (não) criminalização das migrações e políticas migratórias no Brasil: do Estatuto do Estrangeiro à nova Lei de Migração. **Justiça do direito**, v.31, n.2, p.208-228, mai/ago. 2017. Disponível em: < <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/7147/4340>>. Acesso em: 08 nov. 2019.

BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BRASIL. **Decreto n. 9.199, de 20 de novembro de 2017a**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9199.htm>. Acesso em: 01 ago. 2019.

_____. **Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017b**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm>. Acesso em: 01 ago. 2019.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos: curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 2017.

JUBILUT, Líliliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

KÖCHE, Rafael. Migrações e (de)igualdade no século XXI: entre políticas de redistribuição e reconhecimento. In. MORAIS, José Luís Bolzan de; SANTORO, Emilio; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org.). **Direito dos migrantes**. São Leopoldo: Ed. da Unisinos, 2015, p. 25-41.

LISOWSKI, Telma Rocha. A apatridia e o “direito a ter direitos”: um estudo sobre o histórico e o estatuto jurídico dos apátridas. **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**. Curitiba, n. 3, p. 109-134, 2012. Disponível em: <http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2012/Artigo_4_A_Apatridia.pdf>. Acesso em: 22 out. 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Método, 2014.

MIGRAÇÃO. In: OIM. **Glossário sobre migrações**, n.22. Genebra: OIM, 2009. Disponível em: <<http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml22.pdf>>. Acesso em: 13. Out. 2018.

OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro de. Nova lei brasileira de migração: avanços, desafios e ameaças. **Rev. bras. estud. popul.** São Paulo, v.34, n.1, jan./apr. 2017, p.171-179. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbepop/v34n1/0102-3098-rbepop-34-01-00171.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2018

RAMOS, André de Carvalho; et al. Regulamento da nova Lei de Migração é contra legem e praeter legem. **O Consultor Jurídico**. [online]. 23 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-23/opiniao-regulamento-lei-migracao-praetem-legem>>. Acesso em: 30 nov. 2018

REIS, Rossana Rocha. Soberania, direitos humanos e migrações internacionais. **RBCS**. São Paulo, v.19, n.55, jun./2004, p.149-164. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v19n55/a09v1955.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2018

SARTORETTO, Laura Madrid. **Direito dos refugiados: do eurocentrismo às abordagens de terceiro mundo**. Porto Alegre: Arquipélago, 2018.

VARELLA et al. O caráter humanista da Lei de Migrações: avanços da Lei n. 13.445/2017 e os desafios da regulamentação. **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v.14, n.2, 2017, p.254-266. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uni-ceub.br/rdi/article/view/4682/pdf>>. Acesso em: 09 dez. 2018.

Do reconhecimento à necessidade de consolidação: a saúde como um direito humano universal na conjuntura dos movimentos migratórios¹

*Carolina Andrade Barriquello*²

*Janaína Machado Sturza*³

1. Introdução

No início do século XXI sobrevieram diversas mudanças sociais e culturais, além de diversos problemas globais que atingiram milhares de pessoas no mundo todo, com crises financeiras, perseguições políticas e até mesmo guerras locais, o que fez com que houvesse a migração cada vez mais visível de indivíduos para vários locais do mundo, muitos procurando o Brasil como local para recomeçar suas vidas. Essas dificuldades trouxeram, também a dificuldade de efetivação da saúde e um maior debate sobre a garantia da cidadania e dos direitos humanos a todos os

¹ Texto já publicado em: <https://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/6824>.

² Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos – Mestrado e Doutorado da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI. Advogada. E-mail: carolina_barriquello@hotmail.com

³ Pós doutora em Direito pela Unisinos. Doutora em Direito pela Escola Internacional de Doutorado em Direito e Economia Tullio Ascarelli, da Universidade de Roma Tre/Itália. Mestre em Direito, Especialista em Demandas Sociais e Políticas Públicas e Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Professora na graduação em Direito e no Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos – Mestrado e Doutorado da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI. Membro da Rede Iberoamericana de Direito Sanitário. Integrante do grupo de pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (certificado pelo CNPq). Email: janasturza@hotmail.com

indivíduos, ampliando-se esse conceito que deve dar condições básicas de vida com dignidade aos cidadãos.

É reiterado o entendimento de que a saúde é um direito fundamental previsto pela Constituição da República Federativa brasileira de 1988, devendo ser garantida pelo Estado, com acesso universal e igualitário a todos os cidadãos. No entanto, no que tange aos imigrantes, esse tema ainda suscita muitas dúvidas quanto ao dever de prestação pelo Estado, motivo pelo qual é imprescindível tratar do assunto e remeter a análise da abrangência desses direitos humanos fundamentais.

Portanto, é necessário estudar a garantia de acesso a esse direito a maior parte da população imigrante, tendo em vista que apenas tratá-la como dever do Estado, não resolveria o problema de suas exclusões. Nesse sentido, o imigrante não deve ser discriminado por sua condição, assim como não deve haver discriminação de qualquer espécie, seja por raça, por cor ou credo, pois todos são humanos e devem ser reconhecidos como tal, devendo ter direitos de acesso aos direitos sociais que lhe garantam uma qualidade de vida.

2. O direito à saúde e sua interlocução com os direitos humanos

Desde há muito a humanidade tem lutado por seus direitos para garantia da vida, sendo que os direitos humanos podem ser considerados a maior conquista, tendo entrado no cenário mundial após a Segunda Guerra Mundial. Contudo, os direitos humanos são tidos, de acordo com Flores (2009) como produtos culturais, advindos das relações ocidentais capitalistas, com objetivo de garantir aos indivíduos uma vida digna. Nesse contexto, alega que devido à essa relação com o ocidental e o capital, universal mesmo é a ideia da dignidade humana, não propriamente os direitos humanos.

De acordo com o mesmo autor, “os direitos humanos pertencem a todos os seres humanos porque são universais e são universais porque pertencem a todos os seres humanos racionais”. Porém, há um problema

que “apresenta-se quando percebemos que é de um pequeno rincão do mundo e de um pequeno número de pensadores de onde surge essa pretensão de universalidade” (FLORES, 2009, p. 22). Costas Douzinas (2009, p. 19) explica que

Os direitos humanos são alardeados como a mais nobre criação de nossa filosofia e jurisprudência e como a melhor prova das aspirações universais da nossa modernidade [...] ligados inicialmente a interesses de classes específicos e [...] armas ideológicas e políticas na luta da burguesia emergente contra o poder político despótico e a organização social estática.

Nesse cenário de direitos humanos como garantia da dignidade humana, surge o debate sobre o direito à saúde, que é reconhecido como direito humano, uma vez que está ligado diretamente à dignidade da pessoa humana, enquanto proteção da pessoa, da sua personalidade e da qualidade de “ser humano”. Ainda, o é direito humano inalienável, garantido principalmente pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que o elencou como elemento da cidadania, prevendo em seu art. 25 que “toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar, a si e a sua família, saúde e bem-estar”.

Notadamente, neste cenário, encontra-se a saúde como um direito humano que todo o sujeito tem e pode exercer, sendo considerada, inclusive, como um dos importantes elementos da cidadania, como um direito à promoção da vida das pessoas, pois direito à saúde é direito à vida. Partindo desta análise, a questão do direito à saúde é universal e, porque não, cosmopolita, consolidando-se como um direito humano fundamental (STURZA; MARTINI, 2017, p. 174).

Diante disso, deve-se avaliar a dignidade da pessoa individualmente apreciada, não se desconsiderando a dimensão social que a dignidade abrange. Nesse ponto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, em seu precedente *Niños de la calle* identifica o direito à vida com dignidade como sendo “não apenas a obrigação negativa de não privar a ninguém da vida arbitrariamente, senão também a obrigação positiva de

tomar as medidas necessárias para assegurar que não seja violado aquele direito básico” (FIGUEIREDO, 2007, p. 55).

A saúde, enquanto preceito para a garantia da qualidade de vida, é um tema presente no dia a dia de toda a sociedade, seja pela busca de mecanismos para sua manutenção, seja em busca de tratamentos para cura de moléstias já adquiridas por variados fatores. Conforme Dallari (apud SCHWARTZ, 2001, p. 42-43) “a saúde é antes de tudo um fim, um objetivo a ser alcançado. Uma ‘imagem-horizonte’ da qual tentamos nos aproximar. É uma busca constante do estado de bem-estar”, visando a garantia da qualidade de vida aos cidadãos.

Ademais, como sabe-se, é direito do cidadão ter acesso à saúde e dever do Estado de prestá-la. Portanto, com o objetivo de garantir o acesso efetivo à saúde pública de qualidade, como é dever do Estado promover, é que existe a necessidade de criação de políticas públicas, para acesso dos cidadãos às ações e serviços de saúde. Isto ocorre com o viés de garantir a qualidade de vida, a dignidade e, dessa forma, uma autêntica cidadania, com condições básicas de vida, a fim de possibilitar a participação política dos cidadãos nas decisões do poder público, com o intuito de ver seus direitos garantidos.

É notável que o acesso à saúde, como um direito de grande dimensão social que prevê a garantia de cidadania plena ao homem *lato sensu*, deve indubitavelmente ser garantido aos cidadãos como preceito máximo da garantia do direito à vida e à dignidade, de forma igual e coletiva, tendo em vista que é direito de todos e, portanto, a todos deve ser garantido ao menos o mínimo acesso à saúde e as necessidades básicas para sua real efetivação, pois a ausência de garantia desse direito fere diretamente a dignidade humana, como Neves (2009, p. 252) trata a seguir, ao alegar que

[...] não se pode negar que também a falta de condições mínimas de sobrevivência para grande parte da população na sociedade mundial de hoje, implicando como que uma exclusão social absoluta dos respectivos grupos humanos, também tem sido vista como violação gritante e escandalosa à

“dignidade humana” e, pois, aos direitos humanos enquanto inclusão jurídica generalizada.

Após a percepção do dever estatal de intervenção no direito à saúde da população, esta passou a ser objeto de inúmeras convenções internacionais na Europa e outras tantas na América, surgindo, nesse momento, o que se conhece hoje por Organização Mundial da Saúde (OMS ou WHO). Foi justamente a Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS) de 1946 que designou o primeiro conceito de saúde, como “estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças”. A partir daí, criou-se a noção de que além de curar os doentes, deveria haver cuidado com todos os seres humanos, a fim de evitar o adoecimento e, ainda, de manter o equilíbrio do homem, entre seu corpo e sua mente.

No texto da Constituição da OMS “a responsabilidade governamental pela saúde pública é explicitamente reconhecida e o direito à saúde é expressamente mencionado. A saúde é considerada o fator essencial na realização dos direitos fundamentais e até mesmo para se alcançar a segurança individual e dos Estados” (CURY, 2005, p. 44). A partir da noção de saúde expressa pela OMS é que o ordenamento jurídico brasileiro, através da Constituição da República Federativa de 1988, com notório atraso em relação às ordenações mundiais, mencionou este direito de forma direta e específica em seu texto.

Nesse momento, o direito à saúde foi alocado como primeira garantia fundamental social da Carta Magna de 1988, prevista em seu artigo 6º e em seus artigos 196 a 200, sendo notável o zelo com que a CF/88 tratou o direito à saúde, inclusive torando-o uma das principais prestações devidas pelo Estado – especialmente como mencionado no artigo 196 da CF. Diante disso, como direito humano e fundamental indisponível, garantido pela Constituição Federal de 1988, a saúde deve ser assegurada pelo Estado, por ser o bem mais valioso do ser humano.

Outrossim, conforme o disposto no texto constitucional, a saúde possui claramente caráter de universalidade, sendo um direito de toda e qualquer pessoa, brasileira ou não. Assim, portanto, deve-se assegurar a

universalidade do acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência, como uma garantia de todos os cidadãos independentemente de qualquer requisito.

3. Fenômenos do passado e do presente: movimentos migratórios

Para falar em saúde como direito de todos, brasileiros ou estrangeiros, é preciso inicialmente elencar quem são esses estrangeiros que procuram o Brasil ou tantos outros países no mundo como forma de sobrevivência ou de garantia de dignidade de vida. Diante disso, Lucas (2016, p. 95) explica que “a imigração, em grande medida, é um ato de sobrevivência, um movimento de preservação, e está diretamente relacionado ao desejo de melhorar de vida, e em casos extremos, de proteger a própria vida. A vida, nesse caso, encontra no movimento as condições de permanência”.

Nesse sentido, Guimarães (2016) aduz que imigrante é o indivíduo que atravessa fronteiras nacionais com a finalidade de permanência no novo local, diferenciando-o do estrangeiro, cujo conceito está ligado à nacionalidade. Além disso, define o imigrante como o estrangeiro que ingressa no país com ânimo definitivo.

A palavra imigrante indica a pessoa que imigra, que entra em um país estrangeiro para aí viver. Enquanto o estrangeiro é apenas o “outro”, o imigrante é aquele que veio para se estabelecer. Trata-se de uma palavra que indica movimento, ação, muito embora a condição de imigrante permaneça após concluído o ato de imigrar. Seu conteúdo exprime uma situação social, enquanto a palavra estrangeiro está mais vinculada a uma situação de direito (ou de ausência de direitos). O imigrante é o estrangeiro que permanece e, portanto, tem um conteúdo mais preciso [...] (LOPES, 2009, p. 32).

Lopes (2009, p. 33) traz ainda, que a palavra imigrante costuma carregar um caráter negativo, visto que “enquanto o estrangeiro é uma incógnita, o imigrante é uma certeza: veio para ficar, para ‘competir por empregos’ e para utilizar as estruturas sociais do país de acolhida, segundo

boa parte da opinião pública”. É com esse mesmo caráter negativo que costumam ser tratados os imigrantes ao adentrarem nos novos territórios, ao que Zygmunt Bauman refere ser indivíduos que

Vêm sabe-se lá de onde e são - como diz Bertold Brecht - "ein Bote des Unglücks", mensageiros de desventuras. Trazem consigo o horror de guerras distantes, de fome, de escassez, e representam nosso pior pesadelo: o pesadelo de que nós mesmos, em virtude das pressões desse novo e misterioso equilíbrio econômico, possamos perder nossos meios de sobrevivência e nossa posição social. Eles representam a fragilidade e a precariedade da condição humana, e ninguém quer se lembrar dessas coisas horríveis todos os dias, coisas que preferiríamos esquecer. Assim, por inúmeros motivos, os imigrantes tornaram-se os principais portadores das diferenças que nos provocam medo e contra as quais demarcamos fronteiras (BAUMAN, 2009, p. 77).

Ainda de acordo com Bauman (2009, p. 36), “O medo do desconhecido [...] busca desesperadamente algum tipo de alívio. As ânsias acumuladas tendem a se descarregar sobre aquela categoria de "forasteiros" escolhida para encarnar a "estrangeiridade", a não-familiaridade, [...] e a indeterminação dos perigos e das ameaças”. Contudo, apesar de latente esse medo do desconhecido, do estrangeiro, do não-familiar, é preciso que se encontre formas de receber esses indivíduos que migram a fim de resgatar sua dignidade ou garantir sua sobrevivência.

Lopes, sabiamente, propõe como solução dos conflitos ocorridos com as migrações ao tratar a possibilidade de os estrangeiros passarem a colaborar a fim de ter seus direitos garantidos. Dessa forma, lhes será possível a garantia de usufruir do uso das estruturas sociais disponibilizadas pelo país de maneira igualitária aos brasileiros, reduzindo-se consideravelmente o medo e os riscos oferecidos pela incerteza.

A integração na sociedade receptora pressupõe que os seus novos membros dela participem como colaboradores, mas também beneficiários. A via é de mão dupla: devem ser exigidas contribuições, mas também devem ser concedidos os benefícios correspondentes. Essa é uma das melhores estratégias para prevenir conflitos, mobilizar consciências e assim assegurar melhores possibilidades de êxito para todos (LOPES, 2009, p. 622).

Além disso, conforme exposto pela Declaração de Filadélfia, a paz para ser duradoura e universal deve estar baseada na justiça social. Segundo Supiot (2014, p. 41), a contribuição dessa Declaração “foi dar uma definição de alcance universal da justiça social, e de fazer de sua realização um ‘objetivo fundamental’ ligando a política econômica de todos os Estados”.

Nesse sentido, pode-se citar, então, o princípio da solidariedade, bem trabalhado pelo autor supramencionado, através do qual pode-se aferir que é dever do homem, contribuir com a proteção de todos, devendo-se “instituir no centro de uma coletividade um pote comum, no qual cada um deve depositar de acordo com suas capacidades e, depois, esvaziar, de acordo com suas necessidades” (SUPIOT, 2014, p. 142).

No mesmo sentido tratado por Supiot, de solidariedade dos indivíduos, trata-se aqui do Direito Fraternal, enquanto proposta de “uma nova possibilidade de integração entre povos e nações, integração esta fundamentada no cosmopolitismo, no qual as necessidades vitais são suprimidas pelo pacto jurado conjuntamente” (STURZA, 2016, p. 382). Nesse sentido, menciona-se que

[...] o Direito Fraternal está no âmbito dos temas referentes aos Direitos Humanos. Estes se destinam a todo e qualquer ser humano, não porque pertença a um ou outro território, siga esta ou aquela cultura ou, ainda, tenha uma descendência determinada, mas tão-somente porque tem humanidade. É um direito que tem como fundamento a humanidade, o “ter humanidade”, uma humanidade repleta de diferenças compartilhadas e de uma comunhão de juramentos, de comprometermos, de responsabilidades (STURZA, 2016, p. 383).

Os deslocamentos humanos, movimentos migratórios ao redor do mundo, ocorrem por variados fatores, sejam dificuldades financeiras, guerras, fome, divergências étnicas, políticas e religiosas, entre tantos outros. Esses problemas enfrentados por tantos indivíduos fazem com que estes migrem em busca de uma melhor qualidade de vida, e até mesmo

como forma de sobrevivência, acarretando a reconfiguração dos espaços geográficos e reorganização do poder e dos Estados a fim de que consigam receber e acomodar todo o contingente populacional que passam a integrar esses espaços.

Além do medo, os imigrantes enfrentam uma série de dificuldades, como exposto anteriormente, as quais ficam ainda mais em evidência com o fenômeno da globalização, pois

A devastação global dos meios de sobrevivência e o deslocamento de populações dos locais onde tinham moradia estável há muito tempo só entram no horizonte da atividade política por meio daqueles pitorescos "imigrantes econômicos" que inundam estradas outrora monótonas. Em poucas palavras: as cidades se transformaram em depósitos de problemas causados pela globalização (BAUMAN, 2009, p. 32).

Apesar disso, o imigrante deve ser visto como um sujeito de direitos dentro da sociedade, devendo ser desconstruídas as fronteiras que "foram construídas com muitas lutas, com muito sangue, suor e lágrimas" (STURZA; MARTINI, 2017, p. 180).

Hoje, vemos a necessidade constante de ultrapassar as fronteiras que, muitas vezes, não estão demarcadas pela natureza, mas pelas nossas formas históricas de discriminação e produção constante de desigualdade social. As fronteiras, durante muito tempo, serviram para separar, para dividir; agora, é hora de pensar na unificação: os eventos sociais requerem a superação destes limites. Na busca constante dessa superação, construímos, muitas vezes, outros limites, como, por exemplo, os da burocracia, que impedem a livre circulação de ideias e de solidariedade. É esta transformação social que queremos, que constantemente buscamos; por isso, a necessária luta por esta utopia possível (STURZA; MARTINI, 2017, p. 180).

Importa, diante disso, salientar que todo o estrangeiro, residente ou não no país, ou imigrantes, têm garantido o acesso aos direitos fundamentais. No Brasil, os direitos dos imigrantes são tratados pela Constituição Federal, com amparo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de

1948. Além disso, há o Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815/80) que regulamenta as imigrações no território brasileiro, como se verá mais adiante.

4. O direito à saúde dos migrantes no Brasil

Com a globalização e a crescente migração de pessoas no mundo, há a necessidade de falar-se em direitos humanos e tratar as questões jurídicas que regerão as relações desses indivíduos nos países estrangeiros. Nesse aspecto, é importante que os países de destino elaborem normas protetivas aos imigrantes e que essas normas venham a tratar do aspecto da saúde desses indivíduos, como estes serão atendidos e como se dará a garantia dos direitos humanos, que “valem inclusive para estrangeiros não residentes ou residentes ilegais” (LOPES, 2009, p. 469).

Segundo Guimarães (2016, p. 34) os “[...] imigrantes, assim como os nacionais, são sujeitos de direitos e, como tais, precisam ser protegidos [...]”. Portanto, “quando se discute saúde dos migrantes, em geral, pensamos nas condições sanitárias da partida, nas da trajetória e também nas da chegada. O caminho desse percurso, muitas vezes, é muito duro, e agrava problemas de saúde dos migrantes e dos refugiados” (FARHAT, 2017b, s.p.).

A Declaração de Alma Ata, ratificada em 1978, durante a Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, organizada pela Organização Mundial de Saúde, estabeleceu que todos os governos, trabalhadores do setor da saúde e desenvolvimento e a comunidade mundial, deveriam propor uma ação urgente para promover a saúde de todos os povos, além de afirmar um alto nível de saúde como a meta social mundial mais importante, que requer a ação conjunta de diversos outros setores sociais e econômicos. Essa declaração representou um marco significativo na busca da promoção da saúde (STURZA; MARTINI, 2016).

É nesse sentido, também, que se prevê na Constituição brasileira de 1988 que a saúde, como direito de todos, deve ser garantida pelo Estado.

No caso dos imigrantes, pode-se destacar, mais especificamente o art. 5º da Constituição ao declarar que “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”.

Essa igualdade prevista no art. 5º da Constituição é que, segundo Lopes (2009, p. 458) “deve nortear o tratamento a ser dispensado aos estrangeiros”, presumindo-se que os estrangeiros residentes no país sejam titulares de todos os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. Contudo, aqui é importante salientar que, embora o art. 5º preveja em seu caput que os direitos serão garantidos aos brasileiros e estrangeiros residentes, os estrangeiros não-residentes também serão titulares dos direitos e garantias fundamentais.

O direito à saúde, como garantia de vida digna a todos, “é um tema que ultrapassa várias fronteiras; quando estas não são superadas e ultrapassadas pelos Estados, deixamos a iniciativa privada determinar os rumos da atenção e da promoção da saúde nestes espaços, não mais locais, mas globais” (STURZA; MARTINI, 2017, p. 177). Diante disso, não mais como negar, no cenário atual de globalização que o acesso à saúde seja garantido a todos, brasileiros ou estrangeiros, residentes ou não no país. Além disso, “a saúde também pode ser compreendida como bem da comunidade e uma ponte para a efetivação da cidadania, tendo em vista que o grau de proteção deste direito identifica o nível de democracia de cada país” (STURZA; MARTINI, 2017, p. 180).

Com base nisso, “a comunidade internacional demanda reciprocidade e respeito aos direitos humanos” (LOPES, 2009, p. 466), que devem prevalecer quando em confronto com quaisquer outros interesses, não podendo deixar desamparados os imigrantes que encontram-se no país e, portanto, garantindo-lhes acesso aos direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Magna de 1988, incluído aí o direito à saúde, para que atinjam o nível de dignidade e garantam a sobrevivência buscados ao necessitarem enfrentar esse processo migratório.

Em primeiro lugar, a República Federativa do Brasil deve refletir uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (conforme o preâmbulo da Constituição). Com efeito, declara a Constituição, dentre os fundamentos da sociedade brasileira, o da “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III). O artigo 3º, ainda, elenca dentre os objetivos do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Nessa parte introdutória, como se nota, foram utilizadas expressões bastante amplas como “todos” e “pessoa humana”, que parecem incluir a todos, sem distinção de nacionalidade (LOPES, 2009, p. 468).

Ao falar em uma sociedade fraterna, como fundamento de garantia da dignidade humana, pode-se dizer que “a fraternidade refere-se ao bom e harmônico convívio com os outros” destacando o Direito Fraternal como “um direito que é para todos e que é aceito e/ou proposto por todos” (STURZA, 2016, p. 380). Nesse sentido, a autora explica que o Direito Fraternal é para todos os humanos, que devem agir com essa característica humanitária em relação aos demais, sendo imprescindível esse conceito para a garantia do direito humano a saúde aos imigrantes.

Por não se basear em etnocentrismos, o Direito Fraternal é cosmopolita. Ele tutela e vale para todos não porque pertencem a um grupo, a um território ou a uma classificação, mas porque são seres humanos. Nesse ponto, estabelece-se a grande diferença entre ser humano e ter humanidade. Ter humanidade é respeitar o outro e a outra simplesmente porque partilham da mesma natureza: a humanidade. Esta é uma atitude que requer responsabilidade e comprometimento (STURZA, 2016, p. 382).

Esse entendimento remete ao necessário respeito aos direitos humanos e ao direito de pertencimento de todo cidadão ao mundo, sendo que qualquer restrição em matéria de direitos fundamentais imposta aos estrangeiros, deve obrigatoriamente respeitar os direitos humanos, pois nem mesmo a situação de irregularidade migratória pode configurar motivo discriminatório no que importa aos direitos fundamentais. Portanto, “o reconhecimento dos direitos e garantias civis para estrangeiros deve ser

amplo e independente de sua situação migratória, uma vez que esses direitos não admitem restrição” (LOPES, 2009, p. 479).

Reconhecer-se no outro é condição para se responsabilizar com ele e com o mundo. Aceitar tratar dos problemas da humanidade como sendo seus próprios problemas e ter a consciência de que inexistem regiões, religiões, culturas, economias totalmente imunes aos efeitos da civilização contemporânea significa a possibilidade de reinventar lugares de responsabilidade e de liberdade, e, além disso, ampliá-los para fora da clausura nem sempre elogiável das soberanias e das fronteiras nacionais (LUCAS, 2016, p. 139).

É possível mencionar aqui, de forma exemplificativa, a Cartilha para Refugiados no Brasil (2014, p. 7), que traz o tratamento que deve ser dispensado aos estrangeiros no Brasil, mais especificamente aos refugiados, ao aduzir que em relação à saúde, “Os refugiados, assim como qualquer estrangeiro, podem e devem ser atendidos em quaisquer hospitais e postos de saúde públicos em todo o território nacional”. Além disso,

A legislação brasileira assegura que os serviços do Sistema Único de Saúde (SUS) são universais, gratuitos e de acesso igualitário por todos os indivíduos presentes em território brasileiro. Todos os cidadãos, inclusive os solicitantes de refúgio e refugiados, têm direito de ser atendidos em qualquer unidade pública de saúde. Para tanto, você deve apresentar o seu CPF e protocolo provisório ou RNE em qualquer hospital, clínica ou posto de saúde e solicitar o seu Cartão SUS. Este cartão é gratuito e pode ser utilizado em qualquer unidade de saúde pública do território nacional. No Brasil, os pais tem a obrigação de vacinar seus filhos. As crianças filhas de solicitantes de refúgio e refugiados podem obter gratuitamente as vacinas em postos de saúde públicos. Para saber quais as vacinas que o seu filho deve tomar, consulte o calendário de vacinação nos postos de saúde da sua cidade (CARTILHA PARA REFUGIADOS NO BRASIL, 2014, p. 23).

No Brasil, para tratar de questões que envolvem estrangeiros, há além da Constituição Federal, uma legislação infraconstitucional, qual seja, o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/80), que inicia por dizer que “Em tempo de paz, qualquer estrangeiro poderá, satisfeitas as condições desta Lei, entrar e permanecer no Brasil e dele sair, resguardados os interesses

nacionais” (art. 1º, Lei 6.815/80). Ou seja, esse Estatuto assegura aos estrangeiros que possam entrar e permanecer no País, atendendo aos interesses nacionais, e respeitando as normas impostas.

De acordo com Cristiane Lopes, é importante “Compreender o Estatuto do Estrangeiro como diploma destinado a regular as liberdades de circulação e locomoção no território nacional, bem como do mecanismo de acesso à cidadania brasileira por parte dos estrangeiros” (LOPES, 2009, p. 503). Contudo, ainda que o Estatuto do Estrangeiro tenha previsto em seu texto as principais questões atinentes aos estrangeiros, desde sua admissão, políticas migratórias até a questão de seus deveres, este ainda é um diploma bastante falho.

Apesar das regulamentações do Estatuto, por se tratar de uma norma anterior à Constituição Federal de 1988, advindo do período da ditadura militar, evidente que deve ser reformulado. Isso porque, resta ultrapassado, com diversas lacunas e incompletudes, devendo-se sempre efetuar uma leitura conjunta dessa norma com a Constituição de 1988 a fim de que se possa sanear alguns tópicos. Porém, mesmo com a leitura conjunta, nem tudo fica esclarecido.

É por esse motivo que está em discussão a aprovação da nova Lei das Migrações, que já foi pauta no Congresso Nacional por variadas vezes, mas até o momento não foi votada. É uma Lei cuja aprovação pode ser declarada como urgente, tendo em vista o aumento de migrantes que procuram no Brasil as condições para assegurar sua sobrevivência. Essa lei “considera os migrantes como sujeitos de direitos, apesar de apresentar anacronismo no que se refere ao aumento da securitização”. Contudo, ainda que facilite a permanência de imigrantes no país, a entrada é dificultada (FARHAT, 2017a, s.p.). O autor destaca que,

A história das migrações para o Brasil indica que não existe fundamentação alguma para considerar imigrantes *a priori* como “problema” nem para criminalizá-los de antemão. Na verdade, o índice de criminalidade é bastante baixo, já que são pessoas à procura de uma vida melhor. Ao contrário, especialmente os imigrantes e refugiados de pele negra são os que têm sido alvo de

manifestações racistas e xenofóbicas, inclusive com violência física e até assassinatos.

Com o intuito de reduzir a discriminação dos migrantes sua criminalização, bem como garantir-lhes o acesso à entrada e permanência no país, o Instituto Migrações e Direitos Humanos (IMDH), na Declaração final - Migrações e Direitos Humanos na X Cúpula Social do Mercosul, expos sua principal preocupação, a luta “*Por um Mercosul livre de xenofobia, racismo e toda forma de discriminação*”. Além disso, relatou algumas atitudes a serem tomadas “Na perspectiva de contribuir para a humanização das políticas migratórias do Mercosul” como a exigência de que “o direito à saúde seja garantido a todas e a todos sem discriminação, com ações que impliquem em acesso tanto a medidas preventivas como a ações de tratamento, sempre levando em conta o contexto migratório das pessoas e os aspectos culturais específicos” (IMDH, 2010, sp.).

5. Considerações finais

Diante do cenário global atual em que acendem consideravelmente os números de pessoas buscando melhores condições de vida em outros países, através da imigração e das solicitações de refúgio pelos mais variados fatores - como em casos de dificuldades financeiras, guerras, fome, divergências étnicas, políticas e religiosas -, é preciso estudar esse tema e avaliar as formas de garantia de direitos a esses indivíduos, bem como se darão as relações estabelecidas com eles.

Foi com esse intuito que pretendeu-se promover o presente estudo, uma vez que a própria Constituição Federal brasileira e o Estatuto do Estrangeiro ainda possuem dificuldades de tratar dos direitos e garantias aos imigrantes de forma específica e definitiva, pois a Constituição trata do tema apenas de forma genérica, e a Lei específica está desatualizada em relação ao atual cenário, uma vez que passaram-se quase 40 anos de sua edição.

Com base no ora exposto, importante basear-se no critério da humanidade, da solidariedade e da fraternidade para tratar todos os seres humanos de forma igualitária, com direitos e deveres, garantindo-lhes acesso aos direitos humanos e fundamentais, mais especificamente no estudo realizado, ao direito à saúde. Nesse momento, percebe-se, também, a importância da nova Lei de Migrações, para tratar dos direitos e deveres dos imigrantes, como sua contribuição para que possam ter seus direitos iguais aos nacionais, a fim de que, com isso, possam ter sua dignidade e qualidade de vida restauradas.

Frequentemente, os imigrantes são vistos como um mau para a sociedade receptora, sofrendo discriminações e inclusive, sendo criminalizados. Contudo, não pode continuar dessa forma, pois os indivíduos que atravessam as fronteiras, ao menos na maioria dos casos, o fazem como forma de sobrevivência, de poder ter garantido o mínimo acesso aos meios para manutenção de sua qualidade de vida, fato que em seu país de origem já não se fazia mais possível.

Sendo assim, o acesso à saúde deve indubitavelmente ser garantido aos cidadãos, de modo geral, como preceito máximo da garantia do direito à vida e à dignidade, prestando-se auxílio a todos como seres humanos que são, portadores de direitos e de garantias de vida para exercício de sua humanidade. É preciso, portanto, reconhecer o outro, seus problemas e suas necessidades.

Com a globalização e a migração de indivíduos para vários lugares do globo devido aos problemas enfrentado, portanto, pode-se dizer que é preciso reduzir as fronteiras e criar pontes entre todos os povos e nações, criando-se um território comum da humanidade para recepção dos migrantes e sua inclusão nas novas sociedades. É nesse sentido que se prevê a garantia de acesso à saúde para todos, como fundamento de inclusão e garantia de vida.

Referências

- AGÊNCIA DA ONU PARA REFUGIADOS – ACNUR. **Cartilha para Refugiados no Brasil**. 2014. Disponível em: http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2014/Cartilha_para_refugiados_no_Brasil. Acesso em: 21 ago. 2018.
- BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009.
- BRASIL. Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980. **Estatuto do Estrangeiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm. Acesso em: 21 ago. 2018.
- CURY, Ieda Tatiana. **Direito fundamental à saúde: Evolução, Normatização e Efetividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.
- FARHAT, Rodrigo. **É preciso votar a nova Lei das Migrações**. Le Monde Diplomatique. 20 fev. 2017. 2017a. Disponível em: <http://diplomatique.org.br/ultrapassar-fronteiras-e-uma-questao-humana/>. Acesso em: 21 ago. 2018.
- FARHAT, Rodrigo. **Ultrapassar fronteiras é uma questão humana**. Le Monde Diplomatique. 09 mai. 2017. 2017b. Disponível em: <http://diplomatique.org.br/ultrapassar-fronteiras-e-uma-questao-humana/>. Acesso em: 21 ago. 2018.
- FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais**. Tradução de Luciana Caplan et al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- GUIMARÃES, Priscilla de Brito Ataíde. **A imigração e a proteção do trabalho: o dilema entre a aplicação do Estatuto do Estrangeiro e a proteção trabalhista dos imigrantes bolivianos e haitianos**. São Paulo: LTr, 2016.

INSTITUTO MIGRAÇÕES E DIREITOS HUMANOS - IMDH. **Declaração final Migrações e Direitos Humanos na X Cúpula Social do Mercosul**. 2010. Disponível em: http://migrante.org.br/migrante/index.php?option=com_content&view=article&id=176:declaracao-final-migracoes-e-direitos-humanos-na-x-cupula-social-do-mercosul&catid=88&Itemid=121. Acesso em: 24 ago. 2018.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração: o Estatuto do Estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2009.

LUCAS, Douglas Cesar. Direitos Humanos, diversidade cultural e imigração: a ambivalência das narrativas modernas e a necessidade de um paradigma de responsabilidades comuns. In: JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de; SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos Humanos, imigração e diversidade: Dilemas da vida em movimento na sociedade contemporânea**. Ijuí: Unijuí, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris**. 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE - OPAS. **Declaração de Alma Ata - URSS (1978)**. Disponível em: <https://www.opas.org.br/declaracao-de-alma-ata/>. Acesso em: 29 ago. 2018.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STURZA, Janaína Machado. **O direito na sociedade atual: políticas públicas, direitos fundamentais e a indispensável fraternidade**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 68, pp. 375-397, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1762>. Acesso em: 29 ago. 2018.

STURZA, Janaína Machado; MARTINI, Sandra Regina. **O direito humano à saúde na sociedade cosmopolita: a saúde como bem da comunidade e ponte para a cidadania**. VI Encontro Internacional do CONPEDI - Costa Rica. Florianópolis: CONPEDI, 2017. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c7yrg601/3zyi731v/qti3VW5KDC6W5yOz.pd>. Acesso em: 24 ago. 2018.

STURZA, Janaína Machado; MARTINI, Sandra Regina. **Para além do contexto jurídico e social interno: o direito à saúde na perspectiva internacional.** p. 17-50. In: STURZA, Janaína Machado; SIPPERT, Evandro Luis; SANTOS, Juliana Oliveira. Estado, Políticas Públicas e Direito à Saúde: Diálogos ao encontro dos Direitos Humanos. Cabo Frio: Editora Visão, 2016.

SUPIOT, Alain. **O Espírito de Filadélfia: A justiça social diante do mercado total.** Tradução de Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) - 1946.** Disponível em:<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMSOrga-niza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude omswho.html>. Acesso em: 25 ago. 2018.

**O controle de convencionalidade:
fruto da árvore do controle de constitucionalidade
sob o prisma dos direitos humanos**

*Cristiane Feldmann Dutra*¹

*Michelli Linhares de Bastos*²

1. Os tratados internacionais sobre direitos humanos na constituição brasileira

A Constituição Federal de 1988 traz a dignidade da pessoa humana como o valor absoluto e fundamento do Estado Democrático de Direito. A Emenda Constitucional nº 45/2004 reiterou esse valor ao acrescentar o parágrafo 3º no artigo 5º, conferindo aos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos um tratamento diferenciado – o *status* constitucional. Esse *status* será adquirido após serem votados em dois turnos, em cada Casa do Congresso Nacional, com quórum de três quintos dos votos dos respectivos membros.

Tal determinação fez surgir uma controvérsia jurídica a respeito dos tratados anteriores a essa Emenda Constitucional e os tratados que não passaram pela votação descrita. O posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que os tratados internacionais que versem

¹ Doutoranda em Educação na instituição Unilasalle. Mestre em Direito na UniRitter – Laureate International Universities-RS. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho e Especialista em Direito Civil e Processo Civil no Instituto de Desenvolvimento – IMED-RS. Especialista em metodologia e ensino à distância na Instituição Anhanguera Valinhos-SP.

² Graduada em Direito pela Faculdade CESUCA-Inedi. Advogada.

sobre direitos humanos possuem uma natureza de suprallegalidade. Sendo assim, esses tratados estão hierarquicamente abaixo da Constituição, mas em patamar superior às leis complementares e ordinárias.

Conforme Barroso (2015, p.23), o ordenamento jurídico é um sistema no qual as partes devem conviver em harmonia. Quando essa harmonia é quebrada, faz-se preciso mecanismos que corrijam tal fato e o controle de constitucionalidade é a medida utilizada para sanar incompatibilidades existentes leis ou quaisquer atos normativos infraconstitucionais em face do texto constitucional. No entanto, conforme explanado, os tratados internacionais sobre direitos humanos também são superiores aos textos legais infraconstitucionais, devendo haver um duplo controle vertical das normas: as leis infraconstitucionais não podem afrontar dispositivos constitucionais nem os referidos tratados internacionais. É nesse sentido que nasce o controle de convencionalidade como um fruto da árvore do controle de constitucionalidade.

2. Explicando o controle de convencionalidade

O controle de convencionalidade foi abordado pela primeira vez pelo Conselho Constitucional Francês, em 1975, na decisão n. 74-54 DC. Nessa ocasião, esse Conselho declarou-se incompetente para apreciar a convencionalidade preventiva das leis, ou seja, a compatibilidade entre os tratados internacionais ratificados pela França e as leis internas. Conforme descreve Mazzuoli (2011, p.83), a referida Corte afirmou não ser essa análise uma apreciação de constitucionalidade, fugindo assim da sua competência.

Na decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) do caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*, julgado em 25 de novembro de 2003, temos o surgimento da ideia do “controle de convencionalidade” no ordenamento jurídico dos países americanos. Essa citação é rápida, mas já traz a consciência da necessidade de haver critérios para a aplicação do sistema jurídico que melhor atende aos interesses dos homens. Em 2006,

na decisão do caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, também julgado pela CIDH, temos a primeira vez do uso do termo “controle de convencionalidade” no direito americano.

A partir dessas ideias, os países que reconhecem a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos passaram a explorar o assunto da convencionalidade. Sagüés (2013, p. 357) afirma que, na Argentina, a Corte Suprema de Justiça (órgão que realiza o controle de constitucionalidade concentrado, cabe destacar que na Argentina só há esse tipo de controle de constitucionalidade) aceita a doutrina do Controle de Convencionalidade. No entanto, o autor afirma que esse instituto ainda não está plenamente conhecido e recepcionado pelos tribunais médios.

Os estudos acerca do controle de convencionalidade também ocorrem no Peru. Belaunde e Machego (2013, p. 682) trazem uma análise importante sobre o tema:

El control de convencionalidad [...] es un principio que no está incluido en ninguno de los tratados que en materia de derechos humanos rige nuestro sistema interamericano de derechos humanos, pero es indudable que se desprende de él. En efecto, aceptar la competencia contenciosa de la Corte, reconocer que ésta tiene facultades jurisdiccionales, que emite sentencias que son obligatorias para los Estados que son parte del Sistema y que no obliguen o no se apliquen internamente, es un sinsentido.

A análise dos autores peruanos nos leva a uma conclusão lógica: não é viável aceitar que um país livremente aceite a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e, vamos além, ratifique livremente tratados internacionais, sem ficar obrigado a observar tais acordos. Assim, a existência de um controle de convencionalidade é uma consequência lógica advinda da concordância do país com os tratados internacionais. Os autores esclarecem que na realidade peruana, o controle de convencionalidade está sendo realizado pelo Tribunal Constitucional ao analisar questões da CIDH em processos constitucionais, sendo esse um controle interno. Há, também, o controle internacional que ocorre por meio da atuação da CIDH. (BELAUNDE e MACHEGO, 2013, p. 660).

Alcalá (2013, p. 467) disserta que, no Chile, o controle de convencionalidade é entendido na modalidade concentrada e difusa. Aquela é o controle realizado pela CIDH quando determina que um Estado do sistema interamericano adeque seu ordenamento jurídico. Esta é quando os juízes e tribunais do Estado nacional fazem o controle para haver a aplicação das normas e da interpretação de algum tratado. O autor exemplifica casos que, no Chile, houve uma limitação da soberania do Estado em nome da aplicação do controle que trazia norma mais benéfica ao homem.

No México, conforme assevera Mac-Gregor (2013, p. 656), o controle difuso de convencionalidade (controle realizado pela Suprema Corte de Justiça mexicana) está assumindo um papel crescente de importância na efetividade dos Direitos Humanos. O autor afirma que esse tema está vinculado ao disposto no parágrafo segundo, do artigo primeiro, da Constituição mexicana que trata sobre haver uma interpretação harmônica entre as normas nacionais e os tratados internacionais. O autor acredita que o instituto do controle de convencionalidade marca a construção de uma justiça comunitária constitucional na América.

Essa posição também encontra amparo no Brasil, na doutrina de Piovosan (2013, p. 117) ao afirmar a necessidade urgente da construção de um novo paradigma que estabeleça o diálogo de jurisdições com ênfase ao controle de convencionalidade com a finalidade de promover um *ius commune* latino-americano na emancipação dos direitos humanos. Nesse sentido, cabe os ensinamentos de Canotilho (1993, p. 1217):

Os direitos humanos articulados com o relevante papel das organizações internacionais fornecem um enquadramento razoável para o constitucionalismo global. O constitucionalismo global compreende não apenas o clássico paradigma das relações horizontais entre Estados, mas o novo paradigma centrado nas relações Estado/povo, na emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e na tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos. Por isso, o Poder Constituinte dos Estados e, conseqüentemente, das respectivas Constituições nacionais está hoje cada vez mais vinculado a princípios e regras de direito internacional. É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade

das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do jus cogens internacional). O Poder Constituinte soberano criador de Constituições está hoje longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado

Esses conceitos são permeados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Conforme indica o doutrinador italiano Luigi Ferrajoli (2001, p. 44), não basta que as normas defendam vida e liberdade, mas é preciso uma vida cidadã fundada na igualdade e na dignidade. A dignidade é a base para que os ordenamentos jurídicos sejam válidos. Portanto, os preceitos legais que visam a promover e proteger a dignidade são válidos em todos os Estados, devendo esses presarem por diretrizes jurídicas estruturadas pelo princípio da dignidade humana.

3. A teoria do controle de convencionalidade no Brasil

O texto constitucional brasileiro, conforme critica Mazzouli (2011, p.34), apresenta uma omissão quanto ao nível hierárquico dos tratados de direitos humanos. A inserção do §3º ao artigo 5º da CRFB, não foi capaz de sanar tal questão. Afinal, esse dispositivo tratou apenas dos tratados internacionais sobre direitos humanos que votados com quórum qualificado passam a ter equivalência à emenda constitucional. Mesmo não colocando fim à discussão sobre a posição das normas internacionais no escalonamento jurídico brasileiro, a inserção desse parágrafo trouxe para nosso ordenamento o instituto do controle de convencionalidade.

Mazzuoli (2011, p. 75) alerta que, nesses casos, não devemos tratar de controle de constitucionalidade (mesmo que o tratado tenha equivalência à emenda constitucional), pois estamos diante da análise de compatibilidade entre uma norma internacional dentro do direito interno e não de uma norma constitucional com direito interno. Sarlet (2013, p. 103), no entanto, não apresenta mesma opinião. Para o autor, não é cabível tratarmos de hierarquia entre normas formalmente ou materialmente constitucionais. Argumenta que a incompatibilidade entre uma norma

com um tratado que seja materialmente constitucional ensejaria uma inconstitucionalidade, devendo sempre prevalecer a solução mais favorável à promoção da dignidade humana. O autor enfatiza que, em se tratando de direitos fundamentais, é absolutamente incompatível que esses estejam sujeitos a decisões de leis ordinárias.

Cabe especial olhar para os tratados internacionais que não passam pela votação estabelecida pelo §3º, do artigo 5º, da CRFB. Sobre esse ponto, Marinoni (2013, p. 59) esclarece que o posicionamento assumido pelo STF no recurso extraordinário 466.343 (discussão sobre a prisão civil do depositário infiel à luz do Pacto de San José da Costa Rica) é no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos possuem natureza supralegal, em outras palavras, são hierarquicamente superiores às leis ordinárias. Nesse sentido, assevera Mazzuoli (2011, p.74):

Quer tenham os tratados de direitos humanos ‘status de norma constitucional’ (nos termos do art. 5º, §2º, da Constituição), quer sejam ‘equivalentes às emendas constitucionais’ (posto que aprovados pela maioria qualificada prevista no art. 5º, § 3º), em ambos os casos serão eles paradigma de controle das normas infraconstitucionais no Brasil, ao que se nomina de controle de convencionalidade das leis (em suas modalidades difusa e concentrada). Ocorre que os tratados internacionais comuns (que versam temas alheios aos direitos humanos) também têm status superior ao das leis internas no Brasil.

Diante das análises feitas, surge um aspecto pertinente na teoria de Mazzuoli (2011, p.13): o duplo grau de limite vertical material. O primeiro limite é a Constituição Federal e os Tratados de Direitos Humanos; o segundo são os tratados internacionais em vigor no país. Essa teoria foi aceita e empregada, recentemente, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), na decisão do Habeas Corpus nº 379.269 –MS. Além disso, essa decisão também apresenta o instituto do controle de convencionalidade, conforme podemos verificar em trechos da ementa da decisão supracitada:

[...]

2. Quanto à natureza jurídica das regras decorrentes de tratados de direitos humanos, firmou-se o entendimento de que, ao serem incorporadas antes da

Emenda Constitucional n. 45/2004, portanto, sem a observância do rito estabelecido pelo art. 5º, § 3º, da CRFB, exprimem status de norma supralegal, o que, a rigor, produz efeito paralisante sobre as demais normas que compõem o ordenamento jurídico, à exceção da Magna Carta. Precedentes.
[...]

Entendendo ser imperioso haver um controle que compatibilize as normas domésticas com os tratados internacionais, passamos a um segundo ponto: como efetivar esse controle. As primeiras discussões sobre o tema, tinham o entendimento de que o controle de convencionalidade ocorria por meio da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos na sua jurisdição contenciosa e consultiva ao analisarem questões ligadas a Direitos Humanos (MAZZUOLI, 2011, p.14). No entanto, as decisões da CIDH *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala* e *Almonacid Arellano vs. Chile* (já citadas nesta monografia) trouxeram a visão de que esse controle deveria ser feito, também, no âmbito interno, portanto, não sendo esse instituto de uso exclusivo da CIDH.

Dessa forma, passamos a analisar como deve ocorrer esse controle dentro do Estado. Sarlet suscita uma questão interessante no sentido de que o controle de convencionalidade interno não deve ser um instrumento exclusivo jurisdicional. Assim, disserta o autor:

O Poder Legislativo, quando da apreciação de algum projeto de lei, assim como deveria sempre atentar para a compatibilidade da legislação com a CF [CRFB], também deveria assumir como parâmetro os tratados internacionais, o deveria ser levado ainda mais a sério nesses casos. Não se pode olvidar que legislação interna incompatível com algum tratado ratificado pelo Brasil e que esteja em vigor na esfera supranacional configura violação do tratado, cabendo ao Poder Legislativo operar de modo preventivo também nessa seara. Da mesma forma, o Chefe do Executivo deveria vetar lei aprovada pelo Legislativo quando detectar violação de tratado internacional, ainda que não se cuide aqui de um veto justificado pela eventual inconstitucionalidade.”

O posicionamento de Sarlet (2013, p. 112) é muito interessante não apenas no sentido de expandir a abrangência do controle de convencionalidade para além do Poder Judiciário, mas também, por aproximar esse instituto do controle de constitucionalidade. Entendemos que o controle de convencionalidade e o controle de constitucionalidade são frutos da mesma árvore que atuam no sentido da criação de leis ordinárias compatíveis com normativas hierarquicamente superiores.

Diante dos ensinamentos de Barroso, o controle de constitucionalidade pode ser político (controle prévio) ou judicial (controle repressivo³). Aquele é realizado pelo Poder Executivo, por meio do veto do Chefe do Executivo ou pelo Poder Legislativo, por meio da Comissão de Constituição e Justiça da casa legislativa quando analisar um projeto de lei. Esses primeiros ensinamentos deixam claro que a ideia supracitada de Sarlet tem influência da doutrina do controle de constitucionalidade. Já o controle de constitucionalidade judicial pode ocorrer pela ação de juízes e Tribunais em casos concretos (controle difuso) ou por meio da ação do tribunal constitucional (controle concentrado). Por adotar as duas teorias (controle difuso e concentrado), o controle de constitucionalidade brasileiro é conhecido como misto.

Diante do entendimento de que o controle de convencionalidade é fruto do controle de constitucionalidade, analisamos que a doutrina de Mazzuoli (2011, p. 131) indica haver controle de convencionalidade nas formas difusa e concentrada (assim como ocorre com o controle de constitucionalidade). Tal aspecto afasta-se, por exemplo, das teorias desenvolvidas no México e Argentina (em que o controle de convencionalidade é concentrado) e no Chile (onde o controle de convencionalidade é difuso). Podemos concluir que os estudos desenvolvidos no Brasil nos levam a adoção de um controle de convencionalidade misto (assim como é o nosso controle de constitucionalidade).

³ Cabe ressaltar que, no Brasil, há casos de aceitação de controle judicial preventivo em Mandados de Segurança requeridos por parlamentares contra projetos de Emendas Constitucionais.

Essa ideia vai ao encontro do exame de Marinoni (2013, p. 66) acerca do controle de compatibilidade das leis com os tratados internacionais de direitos humanos poder ocorrer mediante ação direta perante o STF (controle concentrado) ou ser feito pelos juízes a requerimento da parte ou de ofício (controle difuso). Também comunga dessa teoria Alves (2013, p.327): “No controle normativo concentrado a competência para o exame e para a rejeição da norma está reservada ao STF. Na sua decisão o STF rejeita a norma, e em razão da declaração de sua inconvenção ela perde sua validade”. E, ainda: “Já no controle normativo difuso de normas, tanto o STF como qualquer juiz ou tribunal possuem a competência de exame e de rejeição, podendo rejeitar os efeitos da norma, deixando de aplicá-la quando a considere inconvenção” (ALVES, 2013, p.328).

O autor esclarece que no caso do controle concentrado, o objeto de litígio é a questão da convencionalidade (ou não) da lei, não existindo um caso concreto. A decisão terá vinculatividade geral. Já o objeto do controle difuso é um caso específico, concreto, no qual a convencionalidade será decidida como uma questão prejudicial. O reconhecimento da inconvenção irá ter repercussão apenas no caso concreto.⁴

De acordo com Mazzuoli (2011, p. 134), o controle deve ocorrer sem a necessidade de qualquer requerimento do juiz singular (estadual ou federal) ou dos tribunais (estaduais, regionais ou superiores) para algum órgão internacional. O autor explica que desde que são incorporados ao direito interno, os tratados possuem efeito paralisante das normas domésticas, cabendo ao juiz compatibilizar as leis com os tratados. Para o autor, o controle de convencionalidade apresenta um *plus* em relação ao controle de constitucionalidade, no ponto em que pode ser realizado tanto internamente, de modo difuso e concentrado, tanto no plano internacional pela atuação da CIDH.

⁴ Destaca-se que uma decisão em sede de controle difuso poderá ter vinculatividade geral caso o STF edite Súmula Vinculante, estendendo a eficácia do caso individual. Tal situação ocorreu na análise de caso de prisão civil do depositário infiel que originou a Súmula Vinculante 25.

Dessa forma, segundo Quintana (2016, p. 312), o controle de convencionalidade ocorre por meio de subsunção, ou seja, analisar a relação do fato com a porção de direito aplicável. Logo, o controle de convencionalidade irá ocorrer entre a “proporção de direito doméstico aplicável e a norma convencional”. Existindo conflito entre a norma doméstica “inconvencional”, deverá ser aplicada a norma do tratado.

4. Considerações finais

No Brasil, há o entendimento firmado de que a Constituição é a lei soberana. No entanto, tal afirmação não exclui o fato de estarmos incluídos em uma comunidade internacional e, dessa maneira, somos transpassados por convenções internacionais. Nossa Constituição traz em seu bojo a busca de concretização da dignidade da pessoa humana por meio de normas de direitos fundamentais e de direitos humanos.

Tal fato faz com que nenhuma norma infraconstitucional possa diminuir esses direitos, pois seria uma afronta ao texto constitucional. Caso haja esse embate, o controle de constitucionalidade será o instrumento hábil para sanar tal questão. No entanto, os tratados internacionais sobre direitos humanos também precisam ser observados pelas normas infraconstitucionais e o controle de convencionalidade surge como uma evolução lógica do controle de constitucionalidade. Essa influência diretamente o funcionamento daquele, tendo em vista que podemos entender o controle convencional das normas como um fruto do controle constitucional dos dispositivos legais.

Referências

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidade del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación con el control de constitucionalidad. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord.). **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano** Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. 1 ed. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 467-535.

ALVES, Waldir. Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord.). **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano** Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. 1 ed. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 327 - 328.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 23.

BELAUNDE, Domingo García; MANCHEGO, José Felix Palomino. El control de convencionalidad em el Peru. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord.). **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano** Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. 1 ed. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 682.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993. p.1217.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2001, p. 44.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control de convencionalidade el nuevo paradigma para el juez mexicano. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord.). **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano** Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. 1 ed. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 656.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord.). **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano** Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. 1 ed. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 59.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 83.

SAGÚÉS, Néstor Pedro. El control de convencionalidade en Argentina. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord.). **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano** Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. 1 ed. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 357-358.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os Tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord.). **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano** Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. 1 ed. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 103.

PIOVESAN, Flávia. Controle de convencionalidade direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord.). **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano** Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. 1 ed. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 117.

O crime continuado e o elemento subjetivo no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

*Graziele Costanza*¹

*Dani Rudnicki*²

1. Introdução

O crime continuado é um instituto penal criado por motivos de política criminal, estabelece tratamento penal benéfico para aquele que pratica mais de um crime, sob semelhantes circunstâncias previstas na lei penal. Ao assim agir, o agente recebe a punição referente a um dos crimes da cadeia delitiva, se iguais, ou a maior, se diferentes; acrescentada de uma quantidade pré-estabelecida na lei.

Na legislação penal brasileira, está previsto no artigo 71 do Código Penal, o qual determina a necessidade de implementação de requisitos de natureza objetiva para configuração da continuidade delitiva, ou seja, segue a teoria objetiva do crime continuado. Ocorre que além deste entendimento, existe o de que é necessário também a presença do elemento subjetivo, ou unidade de desígnios, e isso tem sido percebido em decisões jurisprudenciais acerca de pedidos de reconhecimento do instituto a casos concretos.

¹ Mestra e graduada em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (Uniritter); Advogada; E-mail: grazicostanza@hotmail.com

² Doutor em Sociologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos); Professor da Universidade La Salle; Advogado; E-mail: danirud@hotmail.com.

O presente trabalho versa sobre o delito continuado e busca compreender como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul vem decidindo acerca da necessidade ou não da unidade de desígnios para caracterização do instituto benéfico.

Dessa forma, pretende-se saber: a) como o Tribunal interpreta o elemento subjetivo; e b) o que afasta a caracterização do elemento subjetivo e, conseqüentemente, do crime continuado no caso concreto. Para isso, realiza-se pesquisa empírica jurisprudencial, com abordagem qualitativa e método indutivo. De acordo com Marconi e Lakatos (2003, p. 86):

Indução é um processo mental por intermédio do qual, partindo de dados particulares, suficientemente constatados, infere-se uma verdade geral ou universal, não contida nas partes examinadas. Portanto, o objetivo dos argumentos indutivos é levar a conclusões cujo conteúdo é muito mais amplo do que o das premissas nas quais se basearam.

Para tanto, inseriu-se a palavra “crime continuado”, com o auxílio dos operadores booleanos “e” no site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (<http://tjrs.jus.br/site/>). Buscou-se os julgados no segundo semestre de 2017 (três de julho a 29 de dezembro de 2017). Resultaram 204 decisões, das quais, algumas estão citadas no trabalho.

2. O crime continuado

Criado por razões de política criminal, o crime continuado estabelece tratamento punitivo mais benéfico ao considerar os crimes subsequentes como continuação do primeiro quando se tratar da prática de duas ou mais condutas penais da mesma espécie, sob semelhantes condições de tempo, lugar, modo de execução, dentre outras.

Não é determinada com precisão a origem do crime continuado, porém, para a maior parte da doutrina, o instituto é considerado desconhecido na antiguidade. É o que menciona, dentre outros, Heleno Cláudio Frago: “O direito antigo não conhecia o crime continuado. Não encontramos, nem no direito romano, nem no germânico ou no canônico,

disposições que nos levem a crer que em tais sistemas se conhecia o crime continuado” (FRAGOSO, 2006, p. 447).

A sua formulação deve-se aos glosadores e pós-glosadores (séc. XIV e XV), tendo sido sistematizado apenas pelos práticos italianos (séc. XVI e XVII). Todos eles tinham por objetivo amenizar os efeitos de certas penas, como, por exemplo, as dos crimes de furto, em que o agente era punido com a morte, quando da terceira prática. Nas palavras de Roberto Lyra (1958, p. 439):

Se os pós-glosadores trataram mais do crime complexo, os práticos, levados pelo sentimento de humanidade para salvar da pena de morte o culpado de terceiro furto, são precursores atilados, avultando CLARUS e, sobretudo, FARINÁCIO (1554-1618).

Tais assertivas demonstram o sentimento humanitário através do qual foi inspirado o instituto do crime continuado, ao visar à amenização das penas.

Embora destinado primeiramente ao delito de furto, a doutrina da continuação delitiva foi se estendendo, no decorrer do tempo, aos demais crimes. A noção contemporânea de crime continuado aparece pela primeira vez no Código Bávaro de 1813, em seu artigo 110. Ela inspirou outras legislações (Wütemberg, em 1841; Hannover, em 1840; Baden, em 1845; Toscana, em 1853; Itália, em 1889; Uruguai, em 1889; Brasil, em 1890), com critérios distintos (LYRA, 1958, p. 438-439; FAYET JÚNIOR, 2016, p. 56; FRAGOSO, 2006, p. 447).

No ordenamento jurídico brasileiro, o instituto está previsto no artigo 71 do atual Código Penal, sendo expresso da seguinte forma:

Artigo 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do artigo 70 e do artigo 75 deste Código.

Neste artigo, apresentam-se duas modalidades de delitos continuados: a comum (ou simples) e a qualificada (ou específica). A primeira prevista no *caput*, e a última, no parágrafo único do artigo 71 do Código Penal.

Quanto aos requisitos necessários para reconhecimento do crime continuado, há três teorias: subjetivo-objetiva, objetiva pura e subjetiva. A teoria subjetivo-objetiva exige, além dos requisitos objetivos, o subjetivo, que se constitui na unidade de dolo, de resolução ou de desígnio (DOTTI, 2014, p. 4).

A teoria subjetiva, preferida por Roberto Lyra (1958, p. 443), afirma que o que determina a caracterização do instituto do delito continuado é o elemento subjetivo (unidade de resolução), o que inspirou o agente a praticar os atos constantes da cadeia delitiva, não sendo importantes os aspectos objetivos das diversas condutas do agente. Cezar Bitencourt (2014, p. 794) afirma que esse modo de interpretação

[...] predominou na Itália, que, contudo, constatou a sua insuficiência para dimensionar o critério aferidor da continuidade delitiva, quando mais não fosse, pela própria dificuldade, muitas vezes, de constatá-lo.

A concepção puramente subjetiva do delito foi, com razão, qualificada de “absurdo lógico e dogmático”, pois regride às origens históricas do instituto, de difícil compreensão e aplicação.

Dessa forma, a relevância está no valor subjetivo (FAYET JÚNIOR, 2016, p. 254-255). Quanto à unidade de resolução, Francesco Carrara (1956, p. 373) afirma não dever ser compreendida com rigor ideológico, mas que se mostra conveniente aceitar uma “unidade genérica”.

Para a teoria objetiva (ou puramente objetiva) basta estarem presentes os requisitos externos (DOTTI, 2014, p. 4; LYRA, 1958, p. 441). Esta

corrente foi a escolhida pelo legislador brasileiro quando previu o artigo 71 do Código Penal, consoante demonstrado na Exposição de Motivos da nova parte geral do Código, Lei n. 7.209/1984, no item 59:

O critério da teoria puramente objetiva não revelou na prática maiores inconvenientes, a despeito das objeções formuladas pelos partidários da teoria objetivo-subjetiva. O Projeto optou pelo critério que mais adequadamente se opõe ao crescimento da criminalidade profissional, organizada e violenta, cujas ações se repetem contra vítimas diferentes, em condições de tempo, lugar, modos de execução e circunstâncias outras, marcadas por evidente semelhança. Estender-lhe o conceito de crime continuado importa em beneficiá-la, pois o delinquente profissional tornar-se-ia passível de tratamento penal menos grave que o dispensado a criminosos ocasionais. De resto, com a extinção, no Projeto, da medida de segurança para o imputável, urge reforçar o sistema destinado [sic] penas mais longas aos que estariam sujeitos à imposição de medida de segurança detentiva e que serão beneficiados pela abolição da medida. A Política Criminal atua, neste passo, em sentido inverso, a fim de evitar a libertação prematura de determinadas categorias de agentes, dotados de acentuada periculosidade.

Assim, o atual Código Penal não prevê a necessidade da unidade de desígnios do agente, mas a demonstração dos elementos objetivos, por meio das circunstâncias exteriores que envolvem a prática dos delitos. Tal teoria se mostra mais adequada, pois exige apenas elementos externos, do fato, e não interiores (do agente), demonstrando ser uma forma mais benéfica de interpretação do instituto.

Diante disso, para que o crime continuado seja reconhecido, faz-se necessária a presença dos seguintes requisitos: a) pluralidade de condutas; b) pluralidade de crimes da mesma espécie; c) condições de tempo; d) condições de lugar; e) maneira de execução; e f) outras condições semelhantes.

3. O tribunal e o elemento subjetivo

Nas decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, percebe-se haver a menção de que, além dos requisitos objetivos, externos, presentes

no artigo 71 do CP, é necessária a presença do elemento subjetivo, ou seja, ao assim decidir, segue a teoria objetivo-subjetiva do crime continuado.

Este requisito é caracterizado como “[...] o liame subjetivo indicador de que os vários ilícitos perpetrados resultam de plano previamente elaborado pelo agente” (apelação crime n. 70073155269). Assim, é necessário que, diante das circunstâncias do caso concreto, se identifique que o autor dos delitos tenha os praticado de acordo com um projeto anterior, segundo o qual os praticaria em continuidade.

O elemento subjetivo é afastado quando identificado, pelo julgador, haver uma finalidade (objetivo) diferente para cada crime, através do qual não se identifica o crime posterior ser um desdobramento do primeiro. É o caso da apelação crime n. 70074045485, em que os réus praticaram dois homicídios no mesmo dia, no mesmo local, por meio de disparos de arma de fogo. A Segunda Câmara Criminal entendeu que não havia crime continuado porque:

[...] inexistente no fato em tela a unicidade de desígnios, visto que a morte da vítima do segundo fato, que decorreu apenas de uma repreensão à conduta anterior do acusado, **não foi desdobramento necessário do crime anterior, estando evidenciado um ímpeto vingativo (e fútil) que afasta o elemento subjetivo necessário para o reconhecimento do crime continuado, havendo crimes diversos praticados por motivos e com finalidades diferentes.** (Grifo nosso).

Desse modo, afastado o elemento subjetivo porque cada crime foi praticado por razões e com finalidades diferentes.

Também quando presente a reiteração criminosa (habitualidade delitiva), ou seja, quando identificado que o agente faz do delito o seu “meio de vida”, sua profissão:

[...] inadmissível a concessão do benefício aos casos em que estampada a *perseveratio in crimine* ou a *consuetudo deliquendi*, visto que tais circunstâncias não constituem motivo de diminuição da pena, mas causa de sua exasperação, pois evidenciam incapacidade de o agente adaptar-se à ordem legal.

Dessa feita, distingue-se continuidade delitiva de habitualidade, pois a primeira envolve ficção jurídica criada por lei, por razões de política criminal, no intuito de propiciar o abrandamento da penalidade, ao passo que a segunda hipótese enseja o agravamento da punição, evidenciado que o infrator transformou a atividade criminosa no seu meio de vida, denotando maior reprovabilidade. (Apelação crime n. 70074063942).

Assim, entendido o agente, nessas circunstâncias, não ser digno de receber um abrandamento da pena, um tratamento mais benéfico, tendo em vista a sua conduta se tornar mais reprovável ao fazer do crime seu meio de sustento. Verificou-se que, a maioria dos casos em que mencionado tal argumento tratava de prática de crimes patrimoniais. Como demonstrado na decisão do Agravo em execução n. 70073969859, em que o agente postulou o reconhecimento do crime continuado entre dois crimes de roubo. O primeiro, praticado no dia 16 de agosto de 2010 e o segundo, no dia 20 de agosto do mesmo ano, na cidade de Alegrete. Entretanto, seu pedido foi negado. Dentre os argumentos para indeferimento estava o de que o réu

[...] cumpre pena carcerária total de 17 anos, 08 meses e 04 dias, pela prática de cinco crimes de roubo, perpetrados entre os anos de 2006 a 2015.

Diante desse contexto, não há como concluir que os roubos cometidos tenham algum nexo de causalidade que os une, à exceção da ganância de E. D. B. e da sua reiteração criminosa. Com efeito, as sucessivas condenações do apenado, decorrentes de crimes praticados em um intervalo de nove anos, evidenciam a configuração da habitualidade criminosa, o que impede o reconhecimento da continuidade delitiva.

Caracterizado o agente criminoso habitual, perde o direito de ter o crime continuado reconhecido nos delitos praticados. A respeito, René Ariel Dotti (1969, p. 187) menciona:

Ora. A exigência de maior punibilidade para os criminosos habituais, além de romper com a regra do juízo da culpabilidade em função do fato isolado para acolher a culpabilidade em razão de um estilo de vida rebelde, demonstra também que a manutenção do crime continuado é paradoxal, sabido que tal ficção

jurídica é, geralmente, equacionada em favor de delinquentes que habitualmente reiteram no ilícito. Basta recorrer à estatística para se comprovar que a continuidade é fenômeno ordinário nos delitos contra o patrimônio, pondo em relêvo [sic] um tipo de autor que é objeto de maior censurabilidade.

Dessa forma, mostra-se complexo o entendimento de que os criminosos habituais não podem receber o tratamento objeto da continuidade delitiva, haja vista que o instituto foi direcionado justamente para quem pratica delitos de forma reiterada. E a maioria dos crimes praticados pela população carcerária é patrimonial.

4. Considerações finais

A interpretação da lei penal deve ser taxativa, não expansiva. De modo que seja entendida de forma mais benéfica ao agente. Quanto à interpretação do crime continuado, o legislador optou pela teoria objetiva, segundo a qual, basta a implementação dos requisitos externos, relacionados aos fatos, previstos na lei. Porém, existe entendimentos diversos como o referente às teorias subjetiva e objetivo-subjetiva. Esta última, adotada pelo Tribunal gaúcho.

Este interpretar, de acordo com o qual há a necessidade de verificar a presença do elemento subjetivo (unidade de desígnios) entre os fatos, traz óbice ao reconhecimento da continuidade delitiva, haja vista a maior dificuldade de aferição nos casos concretos. Demonstra uma ilegalidade, visto que tal não consta da lei penal, portanto, não poderia ser exigido. Desrespeita a escolha do legislador ao prever a norma, bem como a razão de ser do instituto, criado por motivos de política criminal para beneficiar o réu.

Importante se faz que o crime continuado seja interpretado de forma que não se perca de vista o porquê da sua origem e o fundamento da sua existência, criado por razões de política criminal, devido a um sentimento de humanidade por parte dos práticos italianos.

Referências

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral 1. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. **Código Penal Brasileiro.** Decreto- Lei nº 2848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 01 out. 2018.
- CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal:** parte geral. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 1956.
- DOTTI, René Ariel. Algumas notas sobre o crime continuado. **Direito em Ação-Revista do Curso de Direito da Universidade Católica de Brasília**, v. 13, n. 2, 2014. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDA/article/download/6450/4040>>. Acesso em 20 fev. 2018.
- DOTTI, René Ariel. Revisão do crime continuado. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 12, n. 0, p. 173-189, 1969.
- FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado.** 7. ed. rev., atual e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal:** parte geral. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal:** arts. 28 a 74. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 439
- MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

Violência doméstica e justiça restaurativa: um diálogo possível? ¹

Jacqueline Padão ²

Carmen Hein de Campos ³

1. Introdução

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com o intuito de recuperar e privilegiar a paz familiar vem instituindo uma série de medidas estimulando os Tribunais de Justiça a criarem programas de Justiça Restaurativa para combater a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Dentre estas medidas, a Resolução 225 do CNJ de 2016 introduziu a Justiça Restaurativa no sistema jurídico nacional seguindo recomendações do Conselho Econômico e Social da ONU⁴ (Resolução 2002/12) sobre o acesso à Justiça e sobre os meios consensuais de resolução de conflito. A Portaria nº 15 do CNJ de 08 de março de 2017, por sua vez, instituiu políticas de enfrentamento à violência contra as mulheres no Poder Judiciário, instrumento este que veio para consolidar a campanha Justiça pela Paz em Casa, lançada pela presidenta do Supremo Tribunal Federal (STF) e do CNJ, ministra Cármen Lúcia, em 27 de janeiro de 2015.

¹ O presente artigo foi publicado nos anais referentes ao XXVII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI em 2018.

² Mestre em Direitos Humanos (UNIRITTER). Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis - UniRitter/RS. jacquepadao@gmail.com

³ Doutora em Ciências Criminais (PUCRS). Professora no Mestrado em Direitos Humanos e do curso de Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis - UniRitter/RS. charmcampos@gmail.com

⁴ Organização das Nações Unidas

Destaca-se que a Resolução 225/2016 ao instituir a Justiça Restaurativa como Política Pública Judiciária não resguardou as Recomendações do Comitê CEDAW/ONU⁵ (2015) que desaconselhou os Estados Partes a encaminharem casos de violência doméstica a procedimentos alternativos de resolução de conflitos.

Assim, os temas Justiça Restaurativa e Violência Doméstica seguem na pauta do CNJ convergindo nas recomendações da XI Jornada da Lei Maria da Penha, de agosto de 2017, para que os Tribunais de todo o país implementassem práticas restaurativas como forma de pacificação nos casos de violência doméstica contra a mulher.

Nesse debate, a Justiça Restaurativa dá os seus primeiros passos, sem consenso definido sobre qual teoria ou metodologia deve ser aplicada aos crimes domésticos contra as mulheres. Assim sendo, sob essa denominação há um amplo guarda-chuva, admitindo práticas de conciliação, constelação familiar, *coaching*, sem explicitar os riscos que um processo mal conduzido poderia gerar para a revitimização dessas mulheres (ALMEIDA, 2017). Além disso, a Justiça Restaurativa vem sendo construída com crenças pessoalizadas, caminhando muitas vezes na contramão da Lei Maria da Penha.

Este artigo discute como a Justiça Restaurativa vem sendo aplicada em substituição a medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha. Além das práticas ditas restaurativas vem também sendo utilizada a chamada “constelação familiar” como forma de resolução de conflitos no âmbito da violência doméstica contra a mulher. Dessa forma, discute-se os riscos advindos da utilização destas práticas.

Para tanto, a partir de uma abordagem exploratória e breve análise sobre a aplicação da Justiça Restaurativa, optou-se por estruturar o artigo em três tópicos. No primeiro será abordada a Lei Maria da Penha e a possibilidade legal de aplicação de institutos de resolução de conflitos. No

⁵ A Recomendação Geral nº 33 do Comitê CEDAW/ONU sobre o acesso das mulheres à justiça orientou os Estados Partes que “Assegurem que os casos de violência contra as mulheres, incluindo violência doméstica, sob nenhuma circunstância sejam encaminhados para qualquer procedimento alternativo de resolução de disputas”.

segundo capítulo, discutem-se a justiça restaurativa e a constelação familiar como formas de resolução de conflitos nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher e sua (in)aplicabilidade. Por último, no terceiro capítulo, trata-se dos possíveis riscos para as vítimas advindos de práticas restaurativas.

Espera-se com o presente estudo, contribuir para o fortalecimento do debate acerca do que está sendo aplicado, em nome da Justiça Restaurativa, nos casos de violência doméstica.

2. A Lei Maria da Penha, a proibição das práticas consensuais para violência doméstica e a utilização da justiça restaurativa

Sabe-se que a criação histórica da Lei Maria da Penha remete à mobilização político-social dos movimentos feminista e de mulheres desde a década de setenta, denunciando violações dos direitos humanos das mulheres.

A lei 11.340/2006 criou mecanismos coibindo e prevenindo a violência doméstica e familiar contra a mulher, fundamentada no § 8º do art. 226 da Constituição Federal⁶, na Convenção CEDAW⁷ e a Convenção de Belém do Pará⁸, projetando a aplicabilidade da norma constitucional aos direitos fundamentais à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança, advindos do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Assim, a Lei Maria da Penha articula dois mecanismos, o primeiro vinculado ao sistema de segurança, com as Delegacias de Atendimento às mulheres, e o segundo, vinculado ao sistema de justiça. Medidas de assistência e prevenção e as medidas protetivas ganharam destaque na Lei

⁶ O art. 226 da Constituição Federal estabelece o dever do estado de proteger a família e seu § 8] dispõe que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

⁷ Convenção CEDAW - Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, ratificada pelo Estado brasileiro em 1984.

⁸ Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

como medidas que extrapolam o contexto penal, estando previstas no artigo 8º (medidas integradas de proteção), art. 9º (medidas voltadas a assistência à mulher) e arts. 18 a 24 (medidas protetivas de urgência) respectivamente.

Assim, quando a Lei Maria da Penha prevê a atuação de equipes multidisciplinares, acompanhamento multiprofissional dos envolvidos, integração dos serviços de proteção à mulher e responsabilização do agressor, dentre outras medidas, está falando em garantir direitos humanos efetivos e integrais a mulheres em situação de violência doméstica.

Desta forma, poder-se-ia argumentar que há uma formulação restauradora na Lei Maria da Penha, no sentido de garantir uma resposta complexa, integrada e com garantia de direitos às mulheres em situação de violência e que não vem sendo completamente implementada pelo sistema como um todo. Se assim o fosse, não haveria necessidade de buscar outras formas de solução que não só as previstas na própria lei (SEVERI, 2017; ALMEIDA, 2017).

Convém destacar ainda, que os mecanismos de enfrentamento à violência doméstica, anteriores à criação da Lei Maria da Penha, estavam previstos na Lei 9099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais). No que se refere à violência doméstica, particularmente nos crimes de ameaça e lesão corporal, eram tratados como “infrações penais de menor potencial ofensivo” admitindo conciliação, transação penal e suspensão condicional do processo. Tais mecanismos impediam a incidência de medidas cautelares, prisão em flagrante ou decretação de prisão preventiva, face a estrutura da justiça penal consensual e que foi afastado pela Lei Maria da Penha, que deixou de considerar a violência doméstica como delito de menor potencial ofensivo.

Além disso, a Lei 9.099/95 não previa qualquer medida de proteção à vítima, conflitando com os preceitos da Convenção de Belém do Pará, mostrando-se inadequada ao julgamento de conjugalidade violenta (CAMPOS, 2003)

A Lei Maria da Penha tratou de explicitamente afastar a aplicação da Lei 9099/95, frente ao seu fracasso operacional, dogmático e de política criminal (CHOUKR, 2011), dispondo em suas Disposições Finais, art. 41 que “aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9099/95”.

O afastamento dos mecanismos conciliatórios no campo da violência doméstica foi bastante discutido e contestado pela doutrina penal tradicional e penal crítica (CAMPOS, 2011; 2007), cuja constitucionalidade foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal.⁹ Nesse sentido, remetemos o/a leitor/a à farta produção feminista sobre o tema (CAMPOS, 2001; 2002; 2003; 2007, 2011; BANDEIRA, BASTERD, 2011; LAVIGNE, 2011) e não iremos nos deter no assunto.

Assim, a Lei 11.340/2006 além de afastar a lógica do tratamento consensual aos crimes praticados em âmbito doméstico e familiar contra a mulher, não prevê o uso da Justiça Restaurativa.

No entanto, nos últimos anos, a Justiça restaurativa vem ocupando espaço e em seu nome são realizadas diversas práticas preventivas ou até mesmo algumas práticas multidisciplinares.

A utilização da JR vem sendo estimulada pelo CNJ e alguns Juizados da Violência Doméstica contra a mulher vem realizando círculos com as mulheres agredidas (grupos de apoio para as mulheres) e com os homens agressores (grupos reflexivos de gênero)¹⁰. Entretanto, salienta-se que muito embora tais práticas sejam relevantes e segundo o CNJ produzindo resultados satisfatórios, elas não são consideradas práticas de Justiça Restaurativa (BRASIL, 2018).

Assim, tem-se que as medidas integradas de proteção previstas na Lei Maria da Penha vem tendo uma interpretação restritiva e em seu lugar vem sendo adotadas práticas diversas, sob o manto da Justiça Restaurativa.

⁹ Decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na ADC 19 e na ADI 4424/DF, em 2012.

¹⁰ <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/04/7697d7ac45798202245f6ac41ddee76.pdf>

3. O debate sobre a Justiça Restaurativa (JR)

A Justiça Restaurativa tem sido objeto de debates sob vários aspectos, principalmente no seu campo interno, cuja proposta teórica se confunde com a proposta advinda de suas práticas. O conceito de JR é diversificado, e as concepções mais difundidas apontam geralmente para três caminhos: o primeiro deles visto como procedimento, complementar ao processo tradicional, enfatizando o encontro entre os envolvidos no conflito; o segundo enfoca a reparação do dano, e o terceiro dá ênfase à uma transformação pessoal que seria provocada a partir da humanização dos procedimentos.

Desta forma, seus seguidores tendem a percorrer o caminho entre as concepções teóricas e práticas, procurando estabelecer os valores que constroem e embasam esta justiça, e a partir disso, traçar diretrizes e princípios. Contudo, não há consenso em sua aplicação ou teoria (PALLAMOLLA, 2009).

Em recente pesquisa do CNJ foi observado que o foco dos programas de Justiça Restaurativa tem recaído sobre a prática, em detrimento da teoria uma vez que fazer, implantar, aplicar, irradiar, formar, está acima do conceituar ou elaborar. Desta forma, há um déficit de aprofundamento teórico por parte dos profissionais que atuam no campo, uma vez que já partem do pressuposto de que Justiça Restaurativa é aquilo que eles praticam (principalmente os círculos restaurativos) (BRASIL, 2018).

É justamente sobre as metodologias escolhidas para a realização das práticas que se discute inicialmente. Afinal, o que a Justiça Restaurativa abarca? O que tem sido praticado em nome da JR para a resolução de conflitos pode ser considerado prática restaurativa?

No Brasil, há diversas modalidades de práticas que são utilizadas em nome da JR. Recente pesquisa do CNJ¹¹ observou que há uma hegemonia dos chamados “círculos da paz”, seguidos pelos “círculos restaurativos” e pela mediação, como adiante se discutirá.

¹¹ <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/04/7697d7ac45798202245f16ac41ddec76.pdf>

No Rio Grande do Sul, as práticas estão voltadas para os círculos restaurativos desde sua institucionalização com o Programa Justiça para o Século XXI, que cuidou de expandir a Justiça Restaurativa de modo a levá-la para além da Justiça Juvenil, incluindo-a nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Desde então, sabe-se que alguns casos são encaminhados pelos juízes para os círculos restaurativos. Notícia veiculada em jornal eletrônico¹², afirma que em 2017, foram 7 mil casos de violência doméstica no Primeiro Juizado de Violência Doméstica em Porto Alegre, sendo que 45 foram encaminhados para a Justiça Restaurativa.

Referiu-se anteriormente que as práticas restaurativas utilizadas na Justiça Restaurativa em nosso país são os círculos restaurativos, os círculos de construção de paz, a mediação e as conferências familiares. Importante fazer-se a distinção destes modelos.

Os círculos restaurativos consistem em um processo estruturado numa roda para organizar a comunicação em grupo, a construção de relacionamentos, a tomada de decisões e a resolução de conflitos (BORBA & LOPES, 2015). São norteados por diretrizes (regras ou combinações) definidas coletivamente. Com a ajuda de um facilitador, contam com a participação da vítima e do ofensor, assim como pessoas representativas de suas comunidades de apoio. Ocorrem em três etapas denominadas: pré-círculo, círculo e pós-círculo. No pré-círculo é explicado aos participantes o propósito do encontro e a natureza do processo. No círculo, acontece a reunião dos envolvidos no conflito, sendo abordado o problema e a construção de uma solução. O pós-círculo serve para checagem do acordo e de seu cumprimento.

Inseridos no contexto dos Círculos Restaurativos, os círculos de paz ou círculos de construção de paz, originários dos ensinamentos das tribos indígenas da América do Norte, têm sido utilizados para facilitação de diálogos em problemas oriundos da comunidade (nas escolas, famílias,

¹² <https://www.sul21.com.br/ultimas-noticias/geral/2017/10/juiza-aposta-em-justica-restaurativa-para-trabalhar-com-familias-vitimas-de-violencia-domestica/>

instituições socioassistenciais e em locais de trabalho), para promover suporte e cuidado para vítimas e ofensores, preparando-os para um encontro de círculos restaurativo.¹³ Sua utilização é para fortalecimento de vínculos, para tomada de decisões conjuntas, celebrações, partilhamento de dificuldades e aprendizagem.

No Rio Grande do Sul, o Programa Justiça Restaurativa para o Século 21 do Tribunal de Justiça prevê a formação de facilitadores judiciais de Justiça Restaurativa, com curso que segue 6 etapas, nas quais a primeira é para facilitador de círculos de construção de paz (formação básica vivencial), seguindo-se de facilitador de círculos de construção de paz (formação avançada vivencial), curso teórico-prático em Justiça Restaurativa, Estágio Prático, Supervisão-orientação do Estágio Prático e Atividades práticas de facilitação de círculos com elaboração de relatórios. Desta forma, como argumenta PALLAMOLLA (2009), os círculos de paz podem ser utilizados para outros fins que não o de alcançar um acordo restaurador.

A mediação vítima-ofensor consiste no encontro entre vítima e ofensor com o auxílio de um mediador, objetivando chegar a um acordo de reparação. Ela faz com que os implicados foquem no problema a ser tratado, numa perspectiva futura, e troquem experiências ao participar do processo de justiça. (PALLAMOLLA, 2009).

Além dos círculos restaurativos, a crença de que é necessário um novo enfoque para tratar a violência e que algumas formas de resolução de conflito (normatizado pela Resolução 225/2006) possam alcançar objetivos de impacto positivo na vida das pessoas, faz com que muitos profissionais do direito, principalmente magistrados, abram caminhos para experiências em outros campos, como a constelação familiar.

As constelações familiares já são realidade em pelo menos 11 Estados brasileiros (Goiás, São Paulo, Rondônia, Bahia, Mato Grosso, Mato Grosso

¹³ Orientações básicas do Curso de Facilitador de Círculos de Construção de Paz em Aplicações não conflitivas do CJUD - Centro de Formação e Desenvolvimento de Pessoas do TJ/RS.

do Sul, Pará, Paraná, Rio Grande do Sul, Alagoas e Amapá) e mais o Distrito Federal que utilizam a dinâmica da “Constelação Familiar” para ajudar a solucionar conflitos judiciais¹⁴.

O CNJ noticia nas páginas de seu Portal que esta técnica está sendo utilizada em conflitos que versam sobre questões de “origem familiar”, como os que tratam de violência doméstica, endividamento, guarda de filhos, divórcios litigiosos, inventário, adoção e abandono.

A utilização no judiciário da técnica criada pelo psicólogo alemão Bert Hellinger, de acordo com seus seguidores, objetiva que as partes possam buscar o que há além do conflito que gerou o processo judicial, com a aplicação das leis sistêmicas (STORCH 2013).

Vale aqui traçarmos alguns comentários a respeito das leis sistêmicas que embasam o trabalho desenvolvido pelos seguidores de Bert Hellinger. O Direito Sistêmico¹⁵, defendido pelo juiz Sami Storch (2013), que além de magistrado é constelador e aplica nas audiências essa metodologia, “é uma análise do direito sob uma ótica baseada nas ordens superiores que regem as relações humanas”.

Segundo Stoch, 2017,

Essas dinâmicas ocultas são regidas por leis sistêmicas, que Bert Hellinger (criador das constelações familiares) denominou de “ordens do amor”. São três leis básicas: direito ao pertencimento, ordem de precedência e equilíbrio entre dar e receber. Dessas três derivam inúmeras outras, que podemos observar em qualquer relacionamento – principalmente quando ocorre a crise ou conflito, decorrente da violação de alguma das leis sistêmicas (STORCH, 2017).

Neste diapasão, o Judiciário passou a utilizar esta ferramenta com objetivo de “trazer à tona as raízes ocultas do conflito e os caminhos para

¹⁴<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83766-constelacao-familiar-ajuda-humanizar-praticas-de-conciliacao-no-judiciario-2>

¹⁵ A expressão Direito Sistêmico, segundo artigo “O Direito Sistêmico: quando o reconhecimento das leis sistêmicas promove a conciliação” de autoria do juiz Sami Storch, *in* Justiça restaurativa: caminhos da pacificação social – PELIZZOLI (2016) foi cunhada por ele quando do lançamento de seu blog Direito Sistêmico (direito.sistemico.woerpress.com).

a efetiva solução, evidenciando-os de forma tocante e mobilizadora para as partes envolvidas”. (CAMPOS, 2017b)

Acreditam os seguidores de Hellinger que essas raízes ocultas são profundas e que não dizem respeito necessariamente à outra parte do processo, mas sim ao passado familiar de cada um. A vítima, por exemplo, teria motivos ocultos para ter se envolvido no conflito da maneira em que fez. Além disso, há a crença de que quando existem vítimas em uma família, os agressores são excluídos e quando há agressores em uma família, as vítimas são esquecidas, gerando uma desarmonia familiar. Para Hellinger (2016), neste ponto não haveria harmonização das partes, havendo necessidade daquele que é excluído ser visto e respeitado dentro do sistema familiar, construindo, assim, a pacificação.

O método (que pode-se nominar como ritual) é descrito por Storch (2016), e consiste em um trabalho em que pessoas são convidadas a representar membros da família de uma outra pessoa e, ao serem posicionadas umas em relação às outras, são tomadas por um fenômeno que as faz sentir como se fossem as próprias pessoas representadas, expressando seus sentimentos de forma impressionante, ainda que não as conheçam. (STORCH, 2016, p. 178)

Em Cuiabá/MT, como exemplo, a 1a. Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, foi o primeiro a utilizar a prática da constelação familiar. O método se volta para as mulheres que são convidadas a mudar suas posturas vitimizadas (como se pudessem) “porque conseguem observar o que não vem funcionando e como podem fazer diferente nos seus relacionamentos” e tomar consciência do porque estão envolvidas em um conflito violento com os parceiros (como se fossem as responsáveis por isso).

Seria por meio da análise da ancestralidade e da vivência dos antepassados dessas mulheres que a consciência do ciclo da violência que lhe foi cometida vem à tona. Além disso, acredita-se que com tal método, as mulheres tomariam consciência de que as brigas que estão sendo reproduzidas/reprisadas pertencem aos seus antepassados e com este

entendimento poderiam procurar relacionamentos menos nocivos e não repetir comportamentos e histórias de suas ancestrais. (STORCH, 2016)

Com estas afirmações, a metodologia sequer considera a possibilidade de espiral do conflito que uma mulher vítima de violência doméstica poderia vivenciar. Não é a falta de consciência que leva uma mulher a não romper com uma relação violenta e sim o medo, o aprisionamento e o isolamento social e físico (CAMPOS, 2017).

Além disso, este “tratamento terapêutico que leva o nome de constelação familiar como uma prática de Justiça Restaurativa, como se denota no exemplo do método na Comarca de Cuiabá/MT, pressupõe um resgate de padrões morais, trazendo o relacionamento entre o homem e a mulher como base indissolúvel, justificado por criar “laços da alma” (CAMPOS, 2017). Hellinger argumenta que mesmo com o divórcio estes laços permanecem e mesmo com um segundo casamento, o primeiro relacionamento é que vincularia de uma forma especial (CAMPOS, 2017). Com esta afirmação, o autor, mesmo não dizendo, fortalece a ideia de que o casamento é indissolúvel, ou seja, uma visão religiosa embasando práticas judiciais.

Com este pensamento, a constelação familiar vem tomando conta das salas de audiência, com dramatizações de casos de violência doméstica contra a mulher em cumprimento da Resolução 225 e “em nome” da Lei Maria da Penha que sequer é implementada na sua integridade.

Desta forma, tais práticas não só descumprem a Lei 11.340/2006, como vão dando rumos diversos a ideia da Justiça Restaurativa.

Neste descompasso, a Lei Maria da Penha não só enfrenta as dificuldades em sua implementação, e o sistema de justiça burla a decisão do Supremo Tribunal Federal e da própria lei que veda a aplicação de “institutos” de resolução de conflito diversos dos preconizados na própria lei. Ademais, não há uma avaliação sobre os possíveis riscos que tais práticas podem submeter às mulheres, pois ao substituírem as medidas protetivas por práticas de supostas restauração e conciliação familiar, as mulheres podem sofrer danos ainda mais graves.

Esses possíveis riscos são discutidos no tópico seguinte.

4. Riscos da aplicação da justiça restaurativa em casos de violência doméstica

A análise de riscos na aplicação da Justiça Restaurativa e mesmo práticas diversas como a da constelação familiar aos crimes de violência doméstica tem sido subestimada pelo sistema de justiça. A construção teórico-prática da Justiça Restaurativa não considerou a variável gênero. Uma das críticas feministas a respeito do tema parte da premissa que: *“los partidários de la justicia restauradora no han considerado la variable de género em todo el desarrollo teórico y práctico de este movimiento”* (LARRAURI, 2015).

As críticas a respeito da utilização da Justiça Restaurativa nos crimes domésticos contra a mulher são muitas e evidenciadas em muitos lugares do mundo onde são aplicadas. Pesquisa patrocinada pela Comissão Europeia em 2015, na Áustria, Dinamarca, Finlândia e Reino Unido, constatou que a proteção e a segurança da vítima são os temas de maior preocupação para a aplicação da Justiça Restaurativa. (DROST *et al*, 2015)

As práticas de Justiça Restaurativa desenvolvidas nestes países variam muito e são realizadas em diferentes contextos jurídicos e sociais. Em sua grande maioria, são realizadas em organizações comunitárias, policiais, serviços de liberdade condicional focadas na mediação vítima-opressor (VOM). A Justiça Restaurativa é vista como uma alternativa às sanções criminais repressivas. Porém, quando se trata de violência doméstica a situação muda. A violência doméstica era um assunto privado onde o Estado e o sistema criminal não interferiam. Evidentemente que feministas criticaram este argumento de privacidade: o estado estava protegendo a privacidade dos homens e não as mulheres maltratadas.

Ao debaterem abertamente a violência doméstica, as feministas trouxeram o problema para a esfera pública, a sala do tribunal, e os policiais, promotores e magistrados tiveram de levar a violência doméstica à sério

tornando-se óbvio que o Estado precisa proteger estas mulheres (CAMERON, 2006).

No Brasil não foi diferente. O que antes era considerado assunto privado também se tornou público, sendo a Lei Maria da Penha o ponto culminante de um debate produzido pelo feminismo desde a década de setenta. O debate gira em torno da capacidade do estado em garantir segurança e cidadania para proteger as mulheres da violência no âmbito doméstico e familiar (CAMPOS, 2011).

Assim, as críticas feministas relativas ao uso das práticas restaurativas nos casos de violência doméstica contra a mulher além de mencionarem o tema da segurança, trazem ainda a falta de implementação integral da Lei Maria da Penha¹⁶ e a determinação unilateral do Conselho Nacional de Justiça de implementar a Justiça Restaurativa sem debater o tema com o movimento de mulheres que lutam pelo direito a uma vida sem violência (BARSTED, 2011).

Aspecto importante da aplicação aos casos de violência doméstica é sua comparação com a justiça da infância e juventude, cuja conotação é bastante diferente da que é aplicada aos adolescentes em conflito com a lei. Quando o encontro restaurativo¹⁷ é entre pessoas que não se conhecem, o objetivo é restaurar esta relação de uma maneira que a vítima possa procurar entender o vitimizador e este por sua vez, perceber e responsabilizar-se por sua conduta.

Entretanto, a violência doméstica não é uma violência cometida por quem não é conhecido da vítima e sim por quem conhece a vítima, em quem a vítima confiou em determinado momento e escolheu viver o resto de sua vida; além disso é uma violência que não ocorre na rua e sim no universo da casa, cotidianamente.

Assim, uma vez que a justiça restaurativa proporciona o encontro entre vítima e ofensor, tem-se que de um lado haverá uma mulher que

¹⁶ Sobre a falta de implementação da Lei Maria da Penha, leia-se: LEI MARIA DA PENHA: UMA SEGUNDA VIRADA PARADIGMÁTICA (CAMPOS, 2016), disponível em http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/recursos/anais/1497988820_ARQUIVO_LMPumasegundaviradaFG2017.pdf

¹⁷ Encontro restaurativo é a reunião para diálogo entre as partes.

sofreu/sofre violência, e que pode ser intermitente e crescente em forma de espiral¹⁸. Frequentemente, a violência é seguida de constantes pedidos de desculpas, num processo de apropriação e eliminação do outro e, do outro lado, um homem que não entende sua responsabilidade perante as ações que pratica em nome de um sistema machista, com necessidade de moldar e deter poder absoluto sobre a “sua” mulher (BRASIL, 2017).

Neste sentido, a pergunta é se há um equilíbrio de poder. Ou seja, se há equilíbrio de gênero? A vítima é livre para poder seguir seus próprios interesses? Qual e como é feita a avaliação dos riscos possíveis?

Pesquisas revelam que a violência pode se agravar durante o processo restaurativo; de uma forma explícita, o agressor poderia exercer controle sobre a vítima e manipular o encontro, uma vez que intimidada poderia não discordar do que é dito, temer dizer suas verdades; implicitamente, o desequilíbrio de poder permanece invisível e latente, o que aumentaria o risco para a vítima (DROST, *at. al.*, 2015; LARRAURI, 2005; PADÃO e CAMPOS, 2018).

Não se pode negar que a relação de poder desigual aos quais algumas mulheres estão submetidas na família pode ser reproduzida no procedimento restaurativo assim como no processo penal tradicional. No entanto, o fato de que esse desequilíbrio também acontece no processo penal tradicional não pode ser aceito para justificar esse desequilíbrio na JR.

Por outro lado, mulheres que procuram intervenção legal após sofrerem violência doméstica, frequentemente o fazem depois de um período longo de abusos. O desejo de expressar a seriedade da violência, com validação externa faz a vítima procurar o Estado para que dê proteção, por trazer um senso de justiça na expectativa de que cessem tais abusos (STUBBS, 2002).

Pesquisa brasileira (Entre Práticas Retributivas e Restaurativas: A Lei Maria da Penha e os Avanços e Desafios do Poder Judiciário, 2018) revelou que a maioria das demandas de violência doméstica está mais voltada para

¹⁸ Alguns autores falam em ciclo da violência. Para saber mais: <https://www.relogiosdaviolencia.com.br/ciclo-da-violencia>

fazer cessar o ciclo da violência do que a punição criminal do agressor (MEDEIROS, 2015; LARRAURI, 2008; SOARES, 1999), em consonância com pesquisas feministas anteriores (PASINATO, 1998; CAMPOS, 2002).

Nesse sentido, a Justiça Restaurativa é defendida por muitos de seus partidários por procurar proporcionar maior capacidade de escuta das histórias das mulheres vítimas de violência doméstica e atender os seus desejos e necessidades concretas (LARRAURI, 2005; BRAITHWAITE, 2003; DALY, 2002), ao se apresentar como um modelo de diálogo com participação da vítima e do ofensor.

Porém, como já se verificou anteriormente, precisa-se questionar quais práticas estão sendo pensadas para aplicar ferramentas restaurativas nos casos de violência doméstica? Quais são diretrizes do CNJ para a aplicação da JR em casos de VD? Cada juiz pode fazer como bem lhe aprouver? Estão estes profissionais capacitados em relação as questões de gênero? Existem hipóteses em que práticas restaurativas não seriam recomendáveis? Quais resultados possíveis que os processos restaurativos trazem?

Todos estes questionamentos levam-nos a pensar na revitimização. Realizar práticas restaurativas em casos de violência doméstica contra a mulher sem a perspectiva de gênero constitui um grave risco de revitimização. Em realidade, toda a intervenção com a vítima pode contribuir para a revitimização, ainda mais quando está frente a seu agressor. Assim, a revitimização da mulher maltratada é uma questão difícil de resolver (LARRAURI, 2005).

O que se observa na literatura sobre o tema é que os profissionais que lidam com questões de violência doméstica devem ter formação em gênero numa perspectiva feminista para poder detectar “*los casos en que el poder pretende seguirse ejerciendo*” (LARRAURI, 2005).

Neste quadro, a visão dominante de quem trabalha diretamente com autores de violência doméstica é que há falta de empatia, responsabilidades, com minimização dos danos e desvio de culpa para a mulher (DOBASH & DOBASH, 1994).

Desta forma, deve-se ter presente a necessidade de proteção da mulher e de restaurar sua segurança individual, sua liberdade e sua autonomia. As práticas instituídas pelo Conselho Nacional de Justiça, principalmente aquelas que em nome da Justiça Restaurativa estão sendo realizadas em casos de violência doméstica devem ser objeto de pesquisa e avaliação. Por outro lado, parece-nos que o poder judiciário, especialmente por meio do CNJ, ao invés de cumprir integralmente a LMP, cria e estimula práticas sem a devida preocupação teórica e de avaliação sobre os possíveis riscos que as mulheres podem estar sendo submetidas.

5. Considerações finais

A Lei Maria da Penha ao prever medidas de assistência e prevenção, bem como medidas integradas de proteção à mulher vítima de violência doméstica e familiar garantiu direitos humanos às mulheres. Entretanto, além de não estar havendo a implementação destes direitos de forma integral, as políticas públicas judiciárias implementadas pelo CNJ incentivam a busca de soluções a partir de formas alternativas de resolução de conflitos, burlando a lei Maria da Penha.

Assim, com o fomento do CNJ a Justiça Restaurativa vem ocupando espaços e em seu nome práticas denominadas de restaurativas vem sendo aplicadas em alguns Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, sem um devido debate teórico e de avaliação sobre sua efetividade. Em nome da JR, tem-se admitido práticas como a da constelação familiar, cujo método não é comprovado cientificamente, permitindo rituais dramatizados com resgate de padrões morais, com uma perspectiva de gênero tradicional e contrária à LMP. Estas práticas não são avaliadas, o que aumenta a possibilidade de riscos para as mulheres em situação de violência doméstica e familiar que se concentram em torno da segurança da vítima. Os encontros restaurativos entre vítima e agressor podem ter a violência agravada, pela banalização do crime, pelo desequilíbrio de poder, e assim resultando em revitimização.

A possibilidade de diálogo entre a Lei Maria da Penha e a Justiça Restaurativa tem que passar pelos movimentos feministas que criaram a LMP e que por décadas, têm denunciado o descaso do sistema de justiça, além de enfrentar estes riscos e garantir a efetivação dos direitos humanos das mulheres.

Referências

- ALMEIDA, Dulcielly. **Debates sobre o tema Violência Doméstica e Justiça Restaurativa: um diálogo possível?** Acesso em 2018, disponível em <http://www2.camaraleg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/comissao-de-defesa-dos-direitos-da-mulher-cmulher/documentos/notas-taquigraficas/notas-taquigraficas-audiencia-publica-sobre-justica-restaurativa-27-09-17>
- BANDEIRA, Lourdes. **Três décadas de resistência feminista contra o sexismo e a violência feminina no Brasil: 1976 a 2006.** Sociedade e Estado, Brasília, v. 24, n. 2, p. 401-438, maio/ago. 2009.
- BARSTED, Leila Linhares. **Lei Maria da Penha: uma experiência bem-sucedida de advocacy feminista.** in: Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista, org. Carmen Hein de Campos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BRAITHWAITE. **Principles of Restorative Justice.** Em Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms? 2003.
- BRASIL., CNJ. **Pilotando a Justiça Restaurativa: O Papel do Poder Judiciário.** 2018a.
- BRASIL, CNJ. **Entre Práticas Retributivas e Restaurativas: a Lei Maria da Penha e os Avanços e Desafios do Poder Judiciário,** 2018b.
- BORBA, Iolanda Botelho, LOPES, Izabel. **Círculos Restaurativos.** Construindo valores por meio da literatura. Pelotas., 2015.
- CAMERON, Deborah. **The language and sexuality reader.** Nova York: Routledge, 2006.
- CAMPOS, Carmen Hein de. **Juizados Especiais Criminais e seu déficit teórico.** ev. Estud. Fem. vol.11. 2003

- _____. **Lei Maria da Penha: necessidade de um novo giro paradigmático.** Revista Brasileira de Segurança Pública (São Paulo v. 11, n.1), 10-22., 2017a.
- _____. **Violência doméstica e direito penal crítico.** In JONAS, Eline (Coord.). *Violências Esculpidas.* Goiânia: ufg, 2007, p. 137-149.
- _____. **Violência consensual e violência doméstica.** In *Textos Bem Ditos.* Porto Alegre: Themis, 2002.
- ISUMINO, Wânia Pasinato. *Justiça e Violência contra a mulher: o papel do sistema judiciário na solução dos conflitos de gênero.* São Paulo: Annablume/FAPESP, 1998.
- CAMPOS, Jamilson Haadad. **A Constelação Familiar como Forma de Aplicação do Direito,** Leituras de Direito: Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. FONAVID, 2017b.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Da inaplicabilidade da Lei 9.099/1995 - artigos 41 a 46.** Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista (pp. 367-375). Lumen Juris, 2011.
- DALY, Kathleen. **Sexual Assault and Restorative Justice.** Em Braitwaite, In Strang. 2002
- DROST, Lissanne. **Comparative Report, Restorative Justice in Cases of Domestic Violence.** Em E. M. ELLIOTE, Security with care: restorative justice and healthy societies. Fernwood Publ., 2011.
- DROST, Lisiane. at al. **Restorative justice in case of domestic violence: best practice examples between increasing mutual understanding and awareness of specific protection needs.** Em Criminal Justice Programme. 2015.
- ISUMINO, Wânia Pasinato. **Justiça e Violência contra a mulher: o papel do sistema judiciário na solução dos conflitos de gênero.** São Paulo: Annablume/FAPESP, 1998.
- JACCOUD, Myléne. **Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa.** Em M. d. PNUD, Justiça Restaurativa. 2005
- LARRAURI, Ellena. **Justicia Restauradora y violencia doméstica.** Acesso em 2017, disponível em www.susepe.rs.gov.br

LAVIGNE, Rosane M. Reis. **Lei Maria da Penha: uma experiência bem-sucedida de advocacy feminista**. in: Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista, org. Carmen Hein de Campos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PADÃO, Jacqueline e, CAMPOS, Carmen Hein de. **Justiça Restaurativa e Violência Doméstica: oportunidades e riscos. O Movimento entre os Saberes: a transdisciplinaridade e o Direito**. 2018

PALLAMOLLA, Raffaella. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo, Brasil: IBCCRIM, 2009.

SEVERI, Fabiana Cristina. **Debates sobre o tema Violência Doméstica e Justiça Restaurativa: um diálogo possível?** Acesso em 2018, disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/comissao-de-defesa-dos-direitos-da-mulher-cmulher/documentos/notas-taquigraficas/notas-taquigraficas-audiencia-publica-sobre-justica-restaurativa-27-09-17>

STORCH, Sami. **Direito Sistêmico**. Em M. Pellizoli, Justiça Restaurativa: Caminhos da Pacificação Social. 2015

STUBBS, Julie. **Domestic Violence and Women`s Safety: feminist challenges to restorative Justice**. Em J. Braithwaite, Restorative justice and family violence. (pp. 42-61). Cambridge, 2002.

Margem nacional de apreciação: uma justificativa para o descumprimento puro e simples dos tratados internacionais de direitos humanos?

*Jesus Tupã Silveira Gomes*¹

1. Introdução

No dia 11 de abril de 2019, os governos de Argentina, Chile, Brasil, Paraguai e Colômbia entregaram a Paulo Abrão, Secretário Executivo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH – um comunicado conjunto, solicitando que tanto a CIDH quanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos – CorteIDH – atenham-se às suas atribuições e procurem não intervir diretamente nos Estados, invocando suas soberanias, o caráter subsidiário do Direito Internacional dos Direitos Humanos e a margem nacional de apreciação (CHILE, 2019). Tal documento sugere que esses Estados buscam subtrair-se à fiscalização e às decisões emitidas pelos órgãos de cúpula do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Nesse contexto, surge a dúvida: a margem nacional de apreciação pode ser invocada como uma justificativa pura e simples para o descumprimento dos tratados internacionais de Direitos Humanos celebrados pelos Estados?

¹ Doutorando em Direito – Área de Concentração *Direito e Sociedade* (Universidade La Salle). Mestre em Direito – Área de Concentração *Direitos Humanos* (UniRitter, 2018). Especialista em Direito de Família Contemporâneo e Mediação (FADERGS, 2016). Bacharel em Direito (UFRGS, 1999). Servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. jtsg1976@gmail.com

O objetivo do presente estudo é responder ao questionamento proposto. Para tanto, o trabalho encontra-se dividido em duas partes: inicialmente, discorreremos sobre os deveres dos Estados de cumprir os tratados internacionais por eles firmados; em seguida, analisamos a margem nacional de apreciação e as possibilidades de sua aplicação pelos Estados que firmaram o comunicado conjunto acima referido.

O trabalho foi elaborado por meio de pesquisa documental, por meio da revisão da bibliografia nacional e estrangeira sobre a matéria e utilizando o método hipotético-dedutivo, a fim de comprovar ou refutar a hipótese que subjaz ao questionamento proposto no título.

As análises preliminares apontam que a margem nacional de apreciação não se presta como uma mera justificativa para o descumprimento dos tratados internacionais de direitos humanos pelos Estados, mostrando-se lícita sua invocação tão somente nos casos em que, realizado juízo de ponderação entre a proteção internacional e os superiores interesses domésticos, estes devem prevalecer, ao menos momentaneamente.

2. A vinculação do Estado aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos por ele firmados e ratificados

Dispõe a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 – CVDT/1969 –, em seu artigo 26, que “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé” (BRASIL, 2009). No dispositivo seguinte (artigo 27), consta que “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.” (BRASIL, 2009). Tais enunciados normativos indicam que um Estado soberano, ao aderir livremente a um tratado internacional, ratificando-o posteriormente, fica obrigado perante a comunidade internacional a fazê-lo cumprir (MAZZUOLI, 2016).

Tem-se discutido a respeito da posição hierárquica dos tratados internacionais em geral – também denominados tratados comuns – e dos tratados internacionais de Direitos Humanos no Direito doméstico de cada

Estado, o que decorre, segundo Piovesan (2016), de uma interpretação equivocada da Teoria Pura do Direito (KELSEN, 1998).

Com efeito, ao estabelecer o princípio dinâmico do ordenamento jurídico, o mestre austríaco não incluiu os pactos internacionais na sua pirâmide. Não se tratou de mero esquecimento, mas sim da convicção daquele autor no sentido de que os tratados internacionais se encontravam *acima* da pirâmide, o que decorre do reconhecimento de que cada Estado apenas existe enquanto entidade reconhecida pelo Direito Internacional (Kelsen, 1998, 2000).

Nos dias atuais, cada Estado dispõe da prerrogativa de fixar, em seu ordenamento doméstico, qual a posição hierárquica devida aos tratados internacionais, o que pode indicar uma maior ou uma menor disposição ao cumprimento das obrigações assumidas perante a comunidade internacional. No caso dos tratados de Direitos Humanos, verifica-se que alguns Estados latino-americanos, como a Guatemala² e a Colômbia³, submetem o direito interno ao Direito Internacional dos Direitos Humanos (GUATEMALA, 1985; COLÔMBIA, 1991). A Argentina⁴ (1853) e o México⁵

² Dispõe o artigo 46 da Constituição da Guatemala: “**Artículo 46.-** *Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.*”

³ Dispõe o artigo 93 da Constituição Colombiana: “**Artículo 93.** *Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.*”

⁴ Dispõe o artigo 75.22 da Constituição Argentina: “**Artículo 75.-** *Corresponde al Congreso: [...] 22. Aprobar o desear tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.*”

⁵ Dispõe o artigo 1º da Constituição Mexicana: “**Artículo 1º.** *En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los*

(1919), por meio de reformas constitucionais realizadas em 1994 e 2011, respectivamente, atribuíram hierarquia constitucional a tais pactos. Em outros casos, como no Peru⁶ (1993) e no Uruguai⁷ (1967), não há qualquer previsão constitucional a respeito.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 dispunha, em sua redação original, tão somente sobre a sua assinatura pelo Presidente da República – artigo 84, inciso VIII –, sua aprovação pelo Congresso Nacional – artigo 49, inciso I –, sua sujeição ao controle de constitucionalidade – artigo 102, inciso III, alínea **b** – e que as disposições de tratados internacionais podem veicular direitos e garantias fundamentais – artigo 5º, § 2º (BRASIL, 1988).

Essa aparente contradição entre os dispositivos constitucionais deu ensejo a uma grande discussão doutrinária a respeito da posição hierárquica dos tratados internacionais no Brasil, prevalecendo, até 2008, a orientação de que tais disposições gozavam de hierarquia legal (RAMOS, 2014), embora houvesse autores que atribuíam caráter materialmente constitucional aos tratados internacionais de Direitos Humanos (TRINDADE, 2003) e até mesmo supraconstitucional (MELLO, 2004).

Por ocasião da Emenda Constitucional nº. 45/2004, conhecida como *Reforma do Poder Judiciário*, o artigo 5º da Constituição Federal passou a contar com o parágrafo 3º, assim redigido: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” (BRASIL, 1988).

Este dispositivo não solucionou a controvérsia a respeito da hierarquia normativa dos tratados internacionais de Direitos Humanos, pois

derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.”

⁶ Dispõe a Constituição Peruana: “**Artículo 55º.**- Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. **Artículo 56º.**- Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias: 1. Derechos Humanos.”

⁷ Dispõe o artigo 168.20 da Constituição do Uruguai: “**Artículo 168.**- Al Presidente de la República, actuando con el Ministro o Ministros respectivos, o con el Consejo de Ministros, corresponde: (...) 20. Concluir y suscribir tratados, necesitando para ratificarlos la aprobación del Poder Legislativo.”

nada dispôs a respeito dos pactos já incorporados ao ordenamento jurídico pátrio até a data em que a Emenda entrou em vigor. De igual sorte, a doutrina pátria passou a rechaçar a ideia de imposição de um procedimento mais gravoso para que qualquer tratado versando sobre Direitos Humanos fosse internalizado (SARLET, 2012).

Chamado a manifestar-se sobre a questão no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 466.343/SP (BRASIL, 2008), em que se discutia a possibilidade da prisão civil do depositário infiel, situação recorrente nos casos de inadimplemento de contratos de financiamento de veículo automotor com garantia de alienação fiduciária, o Supremo Tribunal Federal consolidou a orientação de que os tratados internacionais de Direitos Humanos gozam de hierarquia supralegal, ou seja, encontram-se abaixo da Constituição Federal mas acima da legislação ordinária, salvo no caso dos pactos incorporados ao ordenamento pátrio por meio do rito mais gravoso estabelecido pelo artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal (BRASIL, 2008).

O posicionamento adotado pela mais alta Corte de Justiça brasileira sujeita ao arbítrio do parlamentar brasileiro – Deputado Federal ou Senador designado como Relator do projeto de Decreto Legislativo – a escolha da posição hierárquica do tratado internacional de Direitos Humanos no ordenamento pátrio, pois ele é quem irá – discricionariamente – optar pela adoção do rito comum ou do rito mais gravoso para a aprovação do texto da convenção pelo Congresso Nacional (GOMES, 2018).

Acerca de tal descompasso, observamos que a Convenção de Nova Iorque sobre Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo foram aprovados pelo Congresso Nacional segundo o rito previsto no artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal – Decreto Legislativo nº. 186/2008 e Decreto nº. 6.949/2009 –, enquanto a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado (que também trata de Direitos Humanos) foi aprovada pelo Congresso Nacional segundo o rito simples – Decreto Legislativo nº. 127/2011 e Decreto nº. 8.766/2016 (GOMES, 2018).

Ato contínuo, tratados internacionais distintos, ambos sobre Direitos Humanos, aprovados após a edição da Emenda Constitucional nº.

45/2004, gozam de status hierárquicos formalmente distintos no ordenamento pátrio, o que pode gerar discussões diante de possíveis reformas constitucionais (PIOVESAN, 2013), com conseqüente supressão, no plano interno, das prerrogativas a que o Estado brasileiro obrigou-se a garantir perante a comunidade internacional.

De outra parte, após a celebração e a retificação de um tratado internacional, não basta a mera revogação do seu ato de internalização ao ordenamento jurídico doméstico para afastar a obrigação do Estado pelo seu cumprimento. Com efeito, mostra-se indispensável a realização do ato formal de denúncia perante o órgão designado no próprio tratado, bem como sua aceitação pelos demais signatários – nos casos em que exigida tal medida – para que ocorra a exoneração do Estado, após o decurso do prazo fixado para tanto (MAZZUOLI, 2011).

Veja-se que, no âmbito nacional, mostra-se possível ao Poder Legislativo revogar uma determinada lei ou promover a alteração de um dispositivo constitucional – desde que não se trate de cláusula pétrea prevista no artigo 60, § 4º, da Constituição Federal. No entanto, diante de uma regra inscrita em tratado internacional de direitos humanos, eventual alteração da legislação interna não afasta, por si só, o dever do Estado – no plano internacional – de adotar as medidas necessárias ao seu cumprimento (TRINDADE, 2003).

Além disso, muitos dos tratados internacionais de direitos humanos – ao ingressarem no ordenamento pátrio – ampliam o rol de direitos individuais fundamentais constitucionalmente fixado, na forma do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal e, em consequência, encontram-se imunes a emendas constitucionais tendente a abolir as prerrogativas estabelecidas, caracterizando-se como cláusulas pétreas (MAZZUOLI, 2011).

Situação semelhante ocorre em relação à incompatibilidade do ato normativo nacional com a Constituição Federal: tal circunstância enseja, em regra, a retirada de tal dispositivo do direito brasileiro por meio de decisão judicial nas ações de controle concentrado ou mesmo do controle difuso de

constitucionalidade (aqui, desde que editada, pelo Senado Federal, a Resolução prevista no artigo 52 inciso X, da Constituição Federal). No entanto, ainda que seja reconhecido como inconstitucional um dispositivo inscrito em um tratado internacional, essa circunstância não exonera o Estado de eventual responsabilidade pelo seu descumprimento (TRINDADE, 2003).

Em outras palavras: para que um determinado enunciado normativo inscrito em um tratado internacional de Direitos Humanos devidamente incorporado ao ordenamento jurídico nacional possa ser afastado, sem gerar a imposição de penalidades ao Estado no plano internacional, ele deve seguir os procedimentos descritos no próprio pacto para que seja realizada a sua denúncia (REZEK, 2010) e, no seu silêncio, impõe-se o cumprimento das disposições do artigo 56 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (BRASIL, 2009).

Percebe-se, dessa forma, que os tratados internacionais – em especial os que veiculam disposições de Direitos Humanos – não devem ser celebrados, ratificados e incorporados aos ordenamentos nacionais de forma leviana, pois seu descumprimento pode gerar a responsabilização do Estado perante a comunidade internacional, e eventual exoneração das obrigações assumidas dá-se tão somente segundo as regras previstas no próprio Direito Internacional, não se lhes aplicando, em regra, os métodos de revogação e invalidação dos atos normativos nacionais (TRINDADE, 2003).

Uma vez estabelecidos os parâmetros necessários para o reconhecimento da vinculação do Estado aos tratados internacionais – em especial, os de Direitos Humanos – por ele firmados, passamos ao exame da margem nacional de apreciação.

3. Margem nacional de apreciação: uma desculpa para descumprir os tratados celebrados pelo Estado?

A margem nacional de apreciação originou-se no Direito Administrativo alemão e vem sendo utilizado – especialmente – no Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos. O instituto tem como objetivo principal

o estabelecimento de um espaço de conciliação entre o ordenamento jurídico doméstico com os tratados internacionais celebrados por um determinado Estado, conferindo a este um certo grau de discricionariedade quanto ao momento e à forma de cumprir as obrigações assumidas no plano internacional (SCHÄFER; PREVIDELLI; GOMES, 2018). Sua aplicação encontra fundamento no artigo 15.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, assim redigido:

ARTIGO 15°

Derrogação em caso de estado de necessidade

1. Em caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da nação, qualquer Alta Parte Contratante pode tomar providências que derroguem as obrigações previstas na presente Convenção, na estrita medida em que o exigir a situação, e em que tais providências não estejam em contradição com as outras obrigações decorrentes do direito internacional.

Trata-se em síntese, de uma autorrestrrição por parte das Cortes Internacionais – no caso, da Corte Europeia de Direitos Humanos – quanto ao seu poder de intervenção direta nos Estados, levando em consideração os seguintes fatores: **(a)** a subsidiariedade do Direito Internacional dos Direitos Humanos; **(b)** a relação direta dos Estados com as necessidades de suas populações, inclusive no que se refere às suas peculiaridades econômicas, culturais e religiosas; e **(c)** a inexistência de um parâmetro mínimo comum – aceito por todos – no que se refere às prerrogativas fixadas no plano internacional em favor dos indivíduos e dos grupos em situação de vulnerabilidade (SEFERJAN, 2015; DINIZ, 2011).

O princípio da subsidiariedade do Direito Internacional dos Direitos Humanos estabelece que cumpre aos Estados, em primeiro plano, cumprir as obrigações livremente assumidas por meio dos tratados por eles celebrados (DULITZKY, 2015), realizando as adequações normativas e administrativas – inclusive criação de órgãos públicos e realizando o treinamento de agentes públicos, se necessário, consoante previsto no artigo

2 da CADH, que dispõe sobre o dever de adotar disposições de direito interno⁸ (BRASIL, 1992).

Dessa forma, apenas nas situações em que o Estado falhar ou não dispor de mecanismos adequados e suficientes para fazer cessar os casos de violação aos direitos humanos ou para prevenir a sua ocorrência é que os órgãos internacionais poderão ser invocados. (RAMOS, 2012).

Vale destacar que o acesso à CIDH está condicionado, em regra, ao prévio esgotamento dos recursos administrativos e judiciais existentes no ordenamento jurídico doméstico, consoante dispõe o artigo 46 CADH⁹ (BRASIL, 1992). De igual sorte, não se mostra possível ao indivíduo e aos grupos em situação de vulnerabilidade o acesso direto à CorteIDH: tal circunstância depende de manifestação da CIDH – caso inexitosas as tentativas de solução amigável – conforme previsto no artigo 61 da CADH¹⁰ (BRASIL, 1992).

De outra parte, não se pode olvidar que o são os agentes públicos nacionais que possuem melhor conhecimento acerca das peculiaridades políticas, econômicas, sociais e jurídicas de um determinado Estado, pois encontram-se imersos nessa realidade, e dispõem de acesso direto aos instrumentos – administrativos e jurídicos – necessários para superar a situação de violação aos direitos humanos (DULITZKY, 2015).

Além disso, a própria linguagem dos tratados internacionais de Direitos Humanos não se apresenta unívoca, possibilitando interpretações

⁸ “Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza; os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.”

⁹ “Artigo 46: 1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: a. que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos; (...) 2. As disposições das alíneas a e b do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando: a. não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; b. não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e c. houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.” (BRASIL, 1992).

¹⁰ “Artigo 61: 1. Somente os Estados Partes e a Comissão têm direito de submeter caso à decisão da Corte. 2. Para que a Corte possa conhecer de qualquer caso, é necessário que sejam esgotados os processos previstos nos artigos 48 a 50.” (BRASIL, 1992c).

distintas, sem que tal fato, por si só, implique a responsabilização internacional do Estado, apesar da existência de critérios expressamente previstos nos artigos 31 a 33 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 para suprimir eventuais ambiguidades¹¹ (BRASIL, 2009), isso quando não houver no próprio pacto disposições a respeito dos seus meios de interpretação.

De outra parte, as cláusulas convencionais impõem obrigações diversas aos Estados, as quais englobam – não raro – a realização de modificações legislativas, a criação de órgãos públicos, o treinamento e a contratação de agentes públicos e a realização de campanhas de conscientização a respeito das prerrogativas conferidas aos indivíduos e grupos em situação de vulnerabilidade, o que exige a criação de consensos políticos e o direcionamento de recursos públicos – sempre escassos na realidade latino-americana – para determinadas áreas, exigindo, também, certo planejamento orçamentário, de forma que se mostra necessário o decurso de um certo lapso temporal, a partir da entrada em vigor do pacto, no plano internacional, para a adequação da conduta do Estado aos seus comandos (MAZZUOLI, 2011).

¹¹ “Artigo 31 - Regra Geral de Interpretação. 1. Um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade. 2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos: a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado; b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado. 3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto: a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições; b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação; c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes. 4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes.

“Artigo 32 - Meios Suplementares de Interpretação. Pode-se recorrer a meios suplementares de interpretação, inclusive aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou de determinar o sentido quando a interpretação, de conformidade com o artigo 31: a) deixa o sentido ambíguo ou obscuro; ou b) conduz a um resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado.

“Artigo 33 - Interpretação de Tratados Autenticados em Duas ou Mais Línguas. 1. Quando um tratado foi autenticado em duas ou mais línguas, seu texto faz igualmente fé em cada uma delas, a não ser que o tratado disponha ou as partes concordem que, em caso de divergência, prevaleça um texto determinado. 2. Uma versão do tratado em língua diversa daquelas em que o texto foi autenticado só será considerada texto autêntico se o tratado o prever ou as partes nisso concordarem. 3. Presume-se que os termos do tratado têm o mesmo sentido nos diversos textos autênticos. 4. Salvo o caso em que um determinado texto prevalece nos termos do parágrafo 1, quando a comparação dos textos autênticos revela uma diferença de sentido que a aplicação dos artigos 31 e 32 não elimina, adotar-se-á o sentido que, tendo em conta o objeto e a finalidade do tratado, melhor conciliar os textos.

Por sua vez, não há um consenso universal a respeito do mínimo de proteção devido aos indivíduos e grupos em situação de vulnerabilidade: sempre é necessário o exame das peculiaridades locais, especialmente quando se trata de garantir o cumprimento das prerrogativas concedidas a coletividades especiais, tais como os povos tradicionais – que possuem hábitos, crenças, linguagens e cosmovisões distintas daquelas partilhadas pelas comunidades brancas (LACERDA, 2007), –, de forma a possibilitar a manutenção de sua cultura própria e o seu direito à diferença.

Tal circunstância possibilita ao Estado um certo espaço de manobra para buscar os melhores meios – jurídicos e administrativos – para o cumprimento das obrigações internacionais por ele assumidas, evitando que se faça *tabula rasa* das peculiaridades próprias aos indivíduos e grupos em situação de vulnerabilidade, bem como que – sob o argumento exacerbado de relativismo cultural – as prerrogativas conferidas internacionalmente a tais agentes venham a ser completamente desconsideradas (SALDANHA; BRUM, 2015).

A situação é completamente distinta, no entanto, quando há sentença condenatória contra o Estado, proferida pela CorteIDH. Com efeito, observa-se que o órgão jurisdicional interamericano somente pode ser acionado – salvo raras exceções – quando foram esgotados os recursos previstos no ordenamento jurídico nacional para superar uma situação de violação aos Direitos Humanos e, cumulativamente, não houve uma solução amigável perante a CIDH, consoante previsto nos artigos 46.1.a e 61 da CADH¹² (BRASIL, 1992).

Além disso, a CorteIDH, em seus julgamentos, tem procurado realizar uma análise bastante cuidadosa da situação levada ao seu conhecimento, examinando se as providências eventualmente adotadas pelo Estado mostram-

¹² Artigo 46: 1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: a. que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos;

(...)

Artigo 61: 1. Somente os Estados Partes e a Comissão têm direito de submeter caso à decisão da Corte. 2. Para que a Corte possa conhecer de qualquer caso, é necessário que sejam esgotados os processos previstos nos artigos 48 a 50.

se mais abrangentes e eficazes do que aquelas vigentes no âmbito interamericano para solucionar a questão, estabelecendo um verdadeiro diálogo com os ordenamentos jurídicos nacionais, reservando a aplicação de sanções tão somente para aqueles casos em que há inércia absoluta do Estado para superar a situação de violação aos Direitos Humanos ou quando os instrumentos utilizados não se mostram suficientes para prevenir, fazer cessar ou reparar eventuais atos irregulares (SCHÄFER *et al.*, 2017).

Dessa forma, observa-se que a Corte IDH vem aplicando, com muita parcimônia, a teoria da margem nacional de apreciação, invocando-a especialmente na emissão de Opiniões Consultivas, em que ela profere julgamentos não vinculantes aos Estados, orientando-os acerca dos procedimentos necessários para evitar uma situação de violação aos tratados internacionais de Direitos Humanos¹³ (SCHÄFER; PREVIDELLI; GOMES, 2018).

Vale destacar que a própria Corte Europeia de Direitos Humanos, onde a margem nacional de apreciação teve maior aceitação¹⁴, vem restringindo sua aplicação, limitando-a aos casos em que eventual intervenção do órgão jurisdicional pode implicar um conflito significativo com os valores aceitos por um determinado Estado, impondo-se a realização de juízos de proporcionalidade entre a responsabilização internacional do Estado pelo descumprimento das obrigações convencionais por ele assumidas e a concessão de um “espaço de manobra” para que este Estado

¹³ No âmbito da Corte IDH, observa-se a aplicação plena da margem nacional de apreciação na Opinião Consultiva n.º 04/1984, em que se discutia os critérios para fixação da nacionalidade. Naquela situação, o órgão jurisdicional interamericano reconheceu que cada Estado dispõe da prerrogativa de fixar os critérios para atribuição de nacionalidade, atendidos critérios de razoabilidade e sem prejuízo do disposto no artigo 20.2 da CADH (“Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra.” – BRASIL, 1992). De outra parte, a Corte IDH tem rejeitado a aplicação da margem nacional de apreciação no julgamento de casos contenciosos, conforme se observa dos Casos Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador e Barreto Leiva vs. Venezuela (SCHÄFER, PREVIDELLI, GOMES, 2018).

¹⁴ A título exemplificativo, citamos o *Caso Lawless vs. Irlanda* e o *Caso Linguístico Belga*. O primeiro julgamento, realizado em 1961, dizia respeito à prisão, na Irlanda, de cidadão suspeito de ser integrante do IRA, com fundamento na Lei de Segurança do Estado. Ao examinar a questão, a Corte EDH reconheceu que cada Estado dispõe de liberdade para suprimir garantias individuais em circunstâncias especiais. No *Caso Linguístico Belga*, julgado em 1968, houve discussão a respeito do sistema educacional belga que dividia o Estado em quatro regiões de línguas distintas, e os pais que falavam francês – e residiam na região considerada de língua holandesa – pretendiam que seus filhos fossem educados em francês. A Corte EDH, na ocasião, reconheceu que cumpre ao Estado, de forma discricionária, organizar e estruturar o sistema educacional, sem que tal fato implique violação à CEDH.

possa adotar as providências que entender mais adequadas para fazer cessar a situação de violação aos Direitos Humanos (FAN, 2015).

Nesse contexto – em que há decisão de tribunal internacional reconhecendo o descumprimento, pelo Estado, dos tratados internacionais de Direitos Humanos por ele celebrados – mostra-se inviável, ao menos no Sistema Interamericano, a invocação da margem nacional de apreciação, tendo em vista que a própria Corte IDH promove a supervisão do cumprimento das sentenças por ela proferidas, especialmente diante das dificuldades para que os Estados venham a cumprir espontaneamente as obrigações fixadas pelo órgão jurisdicional interamericano (HUNEEUS, 2011).

De tal sorte, a mera invocação da margem nacional de apreciação pelos Estados, bem como a soberania nacional e a subsidiariedade do Direito Internacional dos Direitos Humanos, não se mostra suficiente e adequada para justificar o descumprimento dos tratados celebrados pelos membros do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, nem para barrar eventual atuação da Comissão e da Corte Interamericana na promoção e defesa das prerrogativas conferidas aos indivíduos e aos grupos em situação de vulnerabilidade.

4. Considerações finais

O presente estudo busca responder ao seguinte questionamento: *a margem nacional de apreciação pode ser invocada como justificativa pura e simples para o descumprimento dos tratados internacionais de Direitos Humanos celebrados pelos Estados?* Esta dúvida surgiu a partir da notícia de comunicado conjunto enviado pelos governos de cinco Estados latino-americanos (Brasil, Chile, Argentina, Colômbia e Paraguai) ao Secretário Executivo da Organização dos Estados Americanos, no qual os governos locais postulavam, com fundamento na soberania, na subsidiariedade do Direito Internacional dos Direitos Humanos e na margem nacional de

apreciação, que a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos restringissem sua atuação no território de tais Estados.

Para responder ao questionamento proposto, analisamos, inicialmente, a vinculação do Estado aos tratados internacionais por ele celebrados, tendo como norte os princípios da boa-fé e da força vinculante dos contratos – *pacta sunt servanda* –, bem como a impossibilidade de invocação das disposições de direito interno para justificar o descumprimento das obrigações convencionalmente assumidas perante a comunidade internacional, na forma do artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

Em seguida, apresentamos a margem nacional de apreciação, reconhecida como uma deferência especial concedida pelas Cortes Internacionais aos Estados, conferindo-lhes um espaço de manobra para que – atendidas as peculiaridades culturais, sociais e religiosas locais – eles venham a adotar as providências necessárias, em cada situação concreta em seus territórios, para promover a proteção das prerrogativas internacionalmente conferidas ao indivíduo e aos grupos em situação de vulnerabilidade. Tal instituto, de uso corrente no Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos, tem aceitação restrita no âmbito interamericano, especialmente diante da tradição autoritária dos governos locais.

Neste sentido, pode-se aferir que a margem nacional de apreciação tem por finalidade possibilitar que cada Estado, dentro de suas particularidades, promova das medidas necessárias para conferir efetividade aos tratados internacionais de Direitos Humanos por ele celebrados, mostrando-se equivocada a ideia de invocá-la como uma espécie de autorização para descumprir tais obrigações.

De tal sorte, o comunicado conjunto enviado pelos governos do Brasil, Chile, Argentina, Colômbia e Paraguai à CIDH, buscando a restrição da atuação da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos em seus territórios, com invocação à soberania nacional, à subsidiariedade do Direito Internacional e à margem nacional de apreciação constitui uma

tentativa de afastar a responsabilização dos Estados pelo descumprimento das obrigações convencionais por eles assumidas – sem que haja denúncia formal da CADH, o que poderia implicar o esvaziamento do próprio Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, o que não pode ser admitido no âmbito do Direito Internacional contemporâneo.

Referências

ARGENTINA. Constituição (1853). **Constitución Nacional Argentina**. Disponível em: <<http://www.casarsada.gob.ar/images/stories/constitucion-nacional-argentina.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em: 05 out. 2017.

_____. **Decreto nº. 678, de 08 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/do678.htm>. Acesso em: 02 jan.2017.

_____. **Decreto nº. 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 466.343**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 22 maio 2016.

CHILE. Gobierno de Chile. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. **Comunicado de Prensa Ministerio de Relaciones Exteriores - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos sobre Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. 2019. Disponível em: <<http://www.minjusticia.gob.cl/comunicado-de-prensa-ministerio-de-relaciones-exteriores-ministerio-de-justicia-y-derechos-humanos-sobre-sistema-interamericano-de-derechos-humanos/>>. Acesso em: 31 maio 2019.

COLÔMBIA. Constituição (1991). **Constitución Política de Colombia**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion_politica_de_Colombia_-_2015.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2017.

DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. Soberania e margem nacional de apreciação. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 6, n. 2, p. 392-418, 2º quadrimestre de 2011. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/6058/3328>>. Acesso em: 19 out. 2017.

DULITZKY, Ariel E.. An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. **Texas International Law Journal**. v.50, n.1, 2015, p.45-93. Disponível em: <<https://law.utexas.edu/faculty/adulitzky/69-inter-amer-constitutional-court.pdf>>. Acesso em 08 jan 2017.

FAN, Jizeng. Deference or Proportionality: Two Concepts of Margin of Appreciation in the Strasbourg Court and Their Influences. **The Journal of Human Rights**. [s.l.] v. 14, n. 3, jun. 2015. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2677541>. Acesso em 12 ago. 2019.

GOMES, Jesus Tupã Silveira. **O Controle de Convencionalidade no Poder Judiciário**: Da hierarquia normativa ao diálogo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Curitiba: Juruá, 2018. 178 p.

GUATEMALA. Constituição (1985). **Constitución Política de la República de Guatemala**. Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/mla/sp/gtm/sp_gtm-int-text-const.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2017.

HUNEEUS, Alexandra. Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's struggle to enforce Human Rights. **Cornell International Law Journal**. Cornell, v.44, n.3, 2011, p. 493-533. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol44/iss3/2/>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3ed. 2tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 637p. [trad. Virgílio Afonso da Silva].

_____. **Teoria Pura do Direito**. 6ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 428p. [trad. João Baptista Machado].

LACERDA, Rosane Freire. **Diferença não é incapacidade**: gênese e trajetória histórica da concepção da incapacidade indígena e sua insustentabilidade nos marcos do protagonismo dos povos indígenas e do texto constitucional de 1988. 2007. 2 v. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2007. Tomo II. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/3545>>. Acesso em 28 Ago 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito dos Tratados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 542p.

_____. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. 4ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 236p.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. v.1. 15ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 926p.

MÉXICO. Constituição (1917). **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**. Disponível em: <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

PERU. Constituição (1993). **Constitución Política del Perú**. 1993. Disponível em: <<http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coord.). GERBER, Konstantin (Org.). **A Jurisprudência e o Diálogo entre Tribunais**: A proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p.61-97.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, 782p.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 1ed. 2tir. São Paulo: Saraiva. 2014. 656p.

_____. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 423p.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**: Curso elementar. 12ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. 429p.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Morais. A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado?. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, jan. 2015. p. 201. Disponível em: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/489>>. Acesso em: 16 out. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 504p.

SCHÄFER, Gilberto; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis; GOMES, Jesus Tupã Silveira. A margem nacional de apreciação na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v. 16, n. 2, 2018. p. 324-337. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5351/3964>>. Acesso em 14 maio 2019.

_____. RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Os controles de convencionalidade tradicional e interamericano: institutos distintos ou duas faces da mesma moeda? **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v. 14, n. 3, 2017. p. 216-242. Disponível em: < <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4811/pdf>>. Acesso em 14 maio 2019.

SEFERJAN, Tatiana Robles. Proteção internacional dos direitos humanos: a teoria da quarta instância e da margem de apreciação nacional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v. 23, n. 92, p. 389-416, jul./set. 2015.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v.1. 2ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. 640p.

URUGUAI. Constituição (1967). **Constitución de la República**. Disponível em: <<https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

O acesso à justiça e a adequação procedimental aplicadas aos direitos humanos: exame do Habeas Corpus coletivo nº 143.641/SP

*João Paulo K. Forster*¹
*Camila Mousquer Buralde*²

1. Introdução

O acesso à justiça é assunto dos mais relevantes não apenas para o direito processual, mas também para a necessária realização, proteção, do direito material. A verdade é que tal tema ganhou feições muito mais complexas desde o início e aprofundamento de seu estudo, a partir dos anos sessenta do século XX. Muito mais do que simplesmente *acesso*, ganhou corpo de efetividade e trato equitativo: “o direito formal de formular uma demanda, atribuído aos indivíduos, se transformou em direito de todos os cidadãos a disfrutar de um acesso à justiça igualmente reconhecido”, oportunizando “uma perspectiva completamente diferente, na qual os conteúdos das garantias de acesso à justiça se fazem muito mais amplos e muito mais complexos” (Tudo por TARUFFO, 2009, p. 33).

Essa complexidade revela a *necessidade* de que não apenas o legislador forneça, no corpo das leis, meios de acesso, permanência e obtenção de

¹ Mestre e Doutor em Direito (UFRGS). Professor da Graduação e do Mestrado em Direitos Humanos Centro Universitário Ritter dos Reis (Laureate International Universities). Advogado

² Mestra em Direitos Humanos pela UniRitter. Pós-graduada em Direito Imobiliário pela UniRitter e Processo Civil pelo IDC.

resultado justo em um processo, mas que o magistrado, dentro de seus poderes e limites, coopere na construção de um processo justo que atenda às necessidades de efetivação dos direitos materiais e, ainda mais especialmente, dos direitos humanos. Observa-se que o acesso à justiça se configura como um direito humano na medida em que encontra previsão em diferentes instrumentos internacionais de direitos humanos, como, por exemplo, no art. 25 do Pacto de São José da Costa Rica.

Nessa linha, se percebe que mesmo remédios constitucionais tradicionais, como o *habeas corpus*, ainda carecem de maior densificação para que o objetivo de alcançar a liberdade aos pacientes seja atingido. No particular do caso das mulheres em condições especiais (gestantes, puérperas e mães com crianças de até 12 anos de idade) submetidas à prisão cautelar, o tema se mostra bastante complexo. O ajuizamento – e julgamento – de demandas individualizadas para essas mulheres, que ostentam o mesmo direito – considerado como *individual homogêneo*, na modalidade de demandas individuais, asoberbaria o Poder Judiciário e não traria a necessária efetividade a todo ao grupo. O resultado seria um tratamento desigual, na medida que algumas dessas mulheres obteriam sucesso, enquanto outras tantas tardariam a obter julgamento.

Por essas razões apresenta-se necessário o exame do HC nº 143.641/SP, com o objetivo de compreender as exigências para aplicação da técnica, identificando a possibilidade de sua replicação. Para tanto, será utilizada a metodologia de pesquisa bibliográfica, tanto a partir de artigos e livros como da própria jurisprudência, a partir dos métodos dedutivo e indutivo, este último particularmente aplicado ao próprio Habeas Corpus.

Nesse intuito, operou-se a divisão do artigo em 4 pontos sequenciais, principiando pelo acesso à justiça e as ondas renovatórias para, em seguida, examinar as tutelas coletivas e sua efetividade. Estabelecidas tais premissas, discute-se o tema da adaptabilidade procedimental examinando, em derradeiro, o próprio conteúdo do HC 143.641/SP.

2. O princípio do acesso à justiça e as ondas renovatórias

O direito ao acesso à ordem jurídica justa, igualmente conhecido como o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, foi consagrado, pela Constituição Federal de 1988, como direito fundamental, positivado no art.5º, XXXV, ampliando sua abrangência para além da via repressiva, contemplando uma via preventiva (ameaça a direito).

No que se refere à expressão ‘acesso à justiça’ é possível destacar, dois sentidos bem definidos, o primeiro concebendo o termo Justiça como sinônimo de Poder Judiciário, momento em que o acesso seria a possibilidade de ingresso ao Judiciário e o segundo, a partir de uma visão axiológica do termo Justiça, que concebe o acesso como o alcance a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais. (RODRIGUES, 1994, p. 28).

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, “o direito de acesso à jurisdição – visto como direito do autor e do réu – é um direito à utilização de uma prestação estatal imprescindível para a efetiva participação do cidadão na vida social”. (2012, p. 314). Assim, a decisão proferida em um processo que ao longo da sua formação não contou com a participação efetiva dos envolvidos, carece de legitimidade.

Garantir a efetividade do processo se traduz na viga mestra do princípio do acesso à justiça, porém alguns obstáculos devem ser transpostos, tais como: a) eliminação das dificuldades para ingresso das demandas no âmbito econômico ou cultural, devendo ser superada pela assistência judiciária integral e gratuita, assim como, superar a regra individualista que estabelece a impossibilidade de pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico; b) observância do devido processo legal, oportunizando as partes uma ampla participação no processo; c) decisões justas e d) efetividade das decisões. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2012, p. 53-54)

Calha no ponto transcrever parte do voto do Ministro Ayres Brito no julgamento do HC 94.000³, que define pontualmente a questão da efetividade das decisões.

(...) Afinal, de nada valeria a constituição Federal declarar com tanta pompa e circunstância o direito à razoável duração do processo (e, no caso, o direito à brevidade e excepcionalidade da internação preventiva), se a ele não correspondesse o dever estatal de julgar com presteza. Dever que é uma das vertentes do altissonante regra constitucional de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (inciso XXV do art. 5º). Dever, enfim, que, do ângulo do indivíduo, é constitutivo da tradicional garantia de acesso eficaz ao Poder Judiciário (“universalização da Justiça”, também se diz). E como garantia individual, a se operacionalizar pela imposição de uma dupla e imbricada interdição: a) interdição ao Poder Legislativo, no sentido de não poder afastar de apreciação judiciária todo tipo de lesão ou ameaça a direito; b) interdição aos próprios órgãos do Judiciário, na acepção de que nenhum deles pode optar pelo não-exercício do poder de decidir sobre tais reclamos de lesão ou ameaça a direito. É o que se tem chamado de *juízo de proibição do non liquet*, a significar que o Poder Judiciário está obrigado a solver ou liquidar as questões formalmente submetidas à sua apreciação. Esta a sua contrapartida, da qual não pode se eximir jamais.

O jurista Italiano Mauro Cappelletti (2002, p.35) ao tratar sobre as garantias fundamentais do processo em sua dimensão social identificou pontos sensíveis relacionados ao acesso à justiça, denominados de “ondas renovatórias do direito processual”, são elas:

³ HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DECISÃO INDEFERITÓRIA DE PROCEDIMENTO CAUTELAR. SUMULA 691/STF. ILEGALIDADE PERCEPTÍVEL DE PLANO. INTERNAÇÃO PREVENTIVA. BREVIDADE DE EXCEPCIONALIDADE. EXCESSO DE PRAZO CONFIGURADO. ILEGALIDADE DA RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DOS PACIENTES. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. É pacífica a jurisprudência deste STF no sentido da inadmissibilidade de impetração sucessiva de habeas corpus, sem julgamento definitivo do writ anteriormente impetrado. Tal jurisprudência comporta relativização, quando de logo avulta que o cerceio a liberdade de locomoção dos pacientes decorre de ilegalidade ou de abuso de poder (inciso LXVIII do art. 5º da CF/88). No caso, a internação preventiva dos pacientes extrapola, em muito, o prazo assinado pelo art. 108 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ofensa à garantia da razoável duração do processo e ao amplo conjunto de direitos protetivos da juventude. Inteligência do inciso V do §3º da Constituição Federal. Ordem conhecida e deferida. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.943/DF**. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Sessão Plenária. DJ. 06/08/2015. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9058261>>. Acesso em 25 de março de 2018.

2.1 Primeira Onda: Assistência Judiciária para os pobres

A *prima ondata* destina-se a proporcionar condições para que os indivíduos de classes menos favorecidas pudessem ter efetivo acesso ao Poder Judiciário. Durante anos, muitos países prestavam à assistência judiciária aos economicamente hipossuficientes se utilizando da mão de obra, não remunerada, dos profissionais da advocacia. Ocorre que, evidentemente, tal sistema era falho, pois tais profissionais, autônomos por excelência, não se dedicavam às causas onde a remuneração era inexistente. Na tentativa de amenizar esta realidade, alguns países ocidentais agregaram esforços a fim de tornar viável o acesso dos menos favorecidos economicamente ao Poder Judiciário, o que culminou na criação diversos sistemas.

O primeiro, chamado de “*Sistema Judicare*”, garantia à assistência judiciária gratuita, porém os indivíduos deveriam enquadrar-se aos requisitos estabelecidos em lei. Os profissionais que exerciam sua nobre função, nesse sistema, tinham sua remuneração paga pelo Estado, pois “a finalidade do sistema *judicare* é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado.” (CAPPELLETTI, GARTH, 2002, p.35).

Em que pese o óbice da remuneração estivesse transposto, outros entraves foram percebidos. O sistema *judicare*, facilita o acesso aos meandros dos Fóruns, pois elimina a barreira dos custos. Contudo, acaba por limitar as espécies de direitos que serão levados à solução do poder judiciário, pois “não encoraja, nem permite que o profissional individual auxilie os pobres a compreender seus direitos e identificar as áreas em que se pode valer de remédios jurídicos.” (CAPPELLETTI, GARTH, 2002, p.38)

A dificuldade da aplicação, pura e simples, deste sistema, encontra guarida no fato de que os indivíduos de baixa renda eram vistos, apenas, em seus interesses individuais, restando desatendida a análise de sua situação como classe.

Em contra partida, surge o “modelo de assistência judiciária com advogados remunerados pelos cofres públicos”, porém numa sistemática diferente da anterior, pois à assistência judiciária era prestada por “escritórios de vizinhança”. Os profissionais pagos pelo Estado tinham a missão de promover o interesse dos economicamente hipossuficientes de forma coletiva, ou seja, analisando sua condição de classe. (CAPPELLETTI, GARTH, 2002, p.39)

A função da assistência judiciária gratuita passa a ser melhor desenvolvida neste sistema, pois prioriza a conscientização dos hipossuficientes de seus direitos, prestando informações jurídicas de forma pessoal e centrada nos interesses difusos das pessoas pobres.

No contexto nacional, o Poder Constituinte Originário de 1988 optou pelo sistema público ou oficial de assistência jurídica aos necessitados, desempenhado pela Instituição da Defensoria Pública. Estes profissionais trabalham em regime de dedicação exclusiva e são encarregados de promover os interesses dos necessitados enquanto classe, em suas próprias comunidades, ajuizando ações ou conscientizando-os de seus direitos e interesses. (SILVA, 2007, p. 13)

Por fim, podemos citar a escolha feita por alguns países, operando uma fusão entre os dois sistemas anteriores – *Judicare* e *Advogado remunerado pelos cofres públicos* –, “este modelo combinado permite que os indivíduos escolham entre os serviços personalizados de um advogado particular e a capacitação especial dos advogados de equipe, mais sintonizados com os problemas dos pobres.” (CAPPELLETTI, GARTH, 2002, p.44).

2.2 Segunda Onda: Representação dos interesses difusos

A preocupação da *seconda ondata* residiu justamente na incapacidade de o clássico processo civil proteger os interesses difusos, situação que introduziu modificações no sistema processual com o incremento de novos instrumentos destinados a viabilizar demandas de natureza coletiva. No

âmbito nacional, podemos citar a Lei da Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor, seguido de tantas outras leis tutelando interesses de crianças e adolescentes, pessoas idosas, probidade administrativa e a ordem econômica.

Neste contexto surge a *class action*, permitindo a representação de toda uma classe de pessoas num litígio específico. Em termos econômicos, este sistema atende o seu fim, pois “evita os custos de criar uma organização permanente”. Entretanto, atenta-se para o fato de que tal espécie de demanda exige “especialização, experiência e recursos em áreas específicas, que apenas grupos permanentes, prósperos e bem assessorados possuem”. (CAPPELLETTI, GARTH, 2002, p.60-61).

Importa frisar, que o sistema atual possibilita esta representação através de inúmeros legitimados, tais como: associações, sindicatos, Ministério Público, Defensoria Pública, entidades de classe, dentre outros. A inefetividade das decisões, assim como o dificultoso acesso ao Poder Judiciário, justifica-se, conforme defendido no presente trabalho, pela deficiente legislação que instrumentaliza o procedimento das tutelas coletivas. Tratando como faces da mesma moeda, o procedimento adotado para as demandas individuais e transindividuais.

2.3 Terceira Onda: Acesso à representação em Juízo, um novo enfoque de acesso à justiça

A *terza ondata* encorajou uma diversidade de reformas estruturais e procedimentais. Velhas estruturas do Poder Judiciário foram reformuladas, novos Tribunais foram criados, modificações no direito substantivo efetivadas e mecanismos privados e informais utilizados no sentido de inibir litígios e acelerar sua solução. Outra grande preocupação diz respeito à informação, pois prioriza-se uma difusão de direitos aos indivíduos que passam a ter consciência de seus direitos. Mais esclarecidos tendem, naturalmente, a exigir o cumprimento, assim como aceitar os deveres impostos pelo ordenamento jurídico vigente.

Esta renovação dos institutos do Poder Judiciário pressupõe “a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio” posto à apreciação. O sucesso desta onda renovatória está calcado, não apenas, na reestruturação do Poder Judiciário e da conscientização dos titulares desses direitos, mas também das necessárias modificações legislativas. (CAPPELLETTI, GARTH, 2002, p.73)

A *class action* passa a ter papel importantíssimo nesse sistema, pois viabiliza o alcance de uma coletividade aos meandros do judiciário, assim como garante uniformidade nas decisões, além da agilidade na resposta dos litígios levados à análise.

Mauro Cappelletti conclui perfeitamente, ao assinalar a necessidade em “verificar o papel e importância dos diversos fatores e barreiras envolvidos, de modo a desenvolver instituições efetivas para enfrentá-los. O enfoque do acesso à justiça pretende levar em conta todos esses enfoques”. (2002, p. 73).

3. As tutelas coletivas e a efetividade jurisdicional

Podemos conceituar tutela coletiva como o conjunto de procedimentos aptos a conferir proteção ou efetivação para uma situação jurídica em face de uma coletividade. No ordenamento jurídico vigente podemos identificar os seguintes instrumentos: a ação civil pública (Lei nº. 7.347/1985), ação de improbidade administrativa (Lei nº. 8.429/1992), a ação popular (Lei nº. 4.717/1965), as ações coletivas para defesa de direitos individuais e homogêneos (Art. 91 e ss. CDC), o mandado de segurança coletivo (Art. 5º, inc. LXX, da CF/88), o *habeas corpus* coletivo, dentre outros. (DIDIER; ZANETTI, 2017, p.34-5)

Para melhor entendimento do tema, cumpre diferenciar direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

3.1 Interesses ou Direitos difusos

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 81, parágrafo único conceitua os interesses ou direitos difusos como sendo “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Para Teori Albino Zavascki (2011, p. 36), direitos difusos, sob o aspecto subjetivo, são os “transindividuais com indeterminação absoluta dos titulares” e, em não havendo titularidade individual a ligação entre os vários titulares difusos decorre de mera circunstância de fato.

Por conta de sua natureza difusa, referidos direitos são insuscetíveis de apropriação individual, sua defesa em juízo deve se dar sob a forma de substituição processual, através de um representante adequado que atua em prol da coletividade; tendo por escopo resolver, ou ao menos amenizar o problema do acesso ao judiciário.

O regime de substituição processual, através de um representante adequado que atua em prol da coletividade, tem por escopo resolver, ou ao menos, amenizar o problema do acesso ao judiciário, pois inviabilizada a participação individual de todos os titulares do mesmo direito difuso posto *sub judice*, faz-se necessária à presença do representante, o qual atua independentemente da citação individual de cada interessado.

Sobre o tema, cumpre referir o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.943/2015⁴, que garantiu a constitucionalidade da legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de Ação Civil Pública objetivando tutelar direitos transindividuais e individuais homogêneos, garantido aos mais necessitados o acesso à justiça, com embasamento no princípio da força normativa da constituição e da máxima efetividade das normas constitucionais. Destaca-se:

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº. 94.000/Pi**. Relator Ministro Ayres Britto. Primeira Turma. DJ. 13/03/2009. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=580953>>. Acesso em 25 de março de 2018.

Legitimidade ativa da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública (art. 5º, II, da Lei 7.347/1985, alterado pelo art. 2º da Lei 11.448/2007). Tutela de interesses transindividuais (coletivos *stricto sensu* e difusos) e individuais homogêneos. Defensoria pública: instituição essencial à função jurisdicional. Acesso à justiça. Necessitado: definição segundo princípios hermenêuticos garantidores da força normativa da constituição e da máxima efetividade das normas constitucionais: art. 5º, XXXV, LXXIV, LXXVIII, da Constituição da República. Inexistência de norma de exclusividade do Ministério Público para ajuizamento de ação civil pública. Ausência de prejuízo institucional do Ministério Público pelo reconhecimento da legitimidade da Defensoria Pública.

A noção de máxima efetividade utilizada na decisão é absolutamente fundamental para o presente estudo. Aliada à percepção do processo enquanto instrumento com vista à obtenção de uma finalidade (tutela do direito material), algumas exigências legais podem ser superadas (como a da legitimidade para propositura da ACP) no intuito de se alcançar aquele objetivo.

3.2 Direitos Coletivos *stricto sensu*

Analisando os direitos coletivos *stricto sensu* e os difusos sob o aspecto objetivo, identifica-se como característica comum a impossibilidade de divisão do bem jurídico tutelado, pois “não podem ser satisfeitos nem lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares” (ZAVASCKI, 2011, p. 36).

Esse ponto de convergência entre essas duas espécies de direitos faz com que no âmbito subjetivo, possamos classificá-los como direitos transindividuais, sendo assim, a coisa julgada resultante da análise do litígio beneficia ou prejudica indistintamente todos que mantêm uma relação jurídica-base com a parte demandada.

Nos direitos transindividuais não há titularidade individual certa, já que os mesmos pertencem a grupos, categorias ou classes de pessoas. Sua defesa em juízo também se viabiliza pelo instituto da substituição processual. (ZAVASCKI, 2011, p. 37).

3.3 Direitos Individuais Homogêneos

De forma muito sucinta o inciso III, do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor⁵ define os direitos individuais homogêneos como aqueles “decorrentes de origem comum” Assim, a relação jurídica criada entre as partes se dá em razão do fato lesivo, independente do lugar e do momento, gerando um direito homogêneo entre todos os titulares, porém individual e divisível.

Por serem de origem comum, a sentença deverá limitar-se a decidir o mérito de forma geral, para que futuramente os lesados, em ações de liquidação autônomas, possam valer-se dessa decisão para exigir a reparação dos danos individualmente sofridos.

Essa espécie de tutela individual foi idealizada com o fim de impedir a repetição de diversas demandas idênticas, assim como evitar decisões diferentes para situações iguais, desprestigiando a atividade jurisdicional e causando uma verdadeira insegurança jurídica.

Teori Albino Zavascki (2011, p. 33-34) assevera que não se pode confundir defesa de direitos coletivos com defesa coletiva de direitos. Os direitos coletivos são “subjettivamente transindividuais” e “materialmente indivisíveis”, temos assim uma titularidade múltipla e transindividual. Trata-se de “designação genérica para duas modalidades de direitos transindividuais: o difuso e o coletivo stricto sensu.”. Os direitos individuais homogêneos são para “identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de homogeneidade, o que permite a defesa coletiva de todos eles.”.

A Constituição Federal de 1988 inseriu no sistema vigente “o direito processual coletivo comum brasileiro como um novo ramo do direito processual”, o que se verifica a partir da análise de alguns de seus dispositivos,

⁵ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: (...) III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

tais como: o art. 5º, XXXV⁶, que retira a limitação de garantia do acesso à justiça apenas a direito individual; o art. 129, III⁷, que elenca como função institucional do Ministério Público promover o inquérito civil e ação civil pública correspondente e, o art.1º, que institui o Estado Democrático de Direito que “para se manter e se efetivar, necessita de uma via jurisdicional potencializada fundamental, que é o direito processual coletivo comum. (ALMEIDA, 2003, p. 266)

Referido diploma legal consagrou ainda a “legitimação das associações de classe e das entidades sindicais” para defenderem os interesses de seus associados e filiados (art. 5º, XXI e art. 8º, III), possibilitou a impropriação do mandado de segurança coletivo como forma de atender à tutela coletiva (Art. 5º, inc. LXX) e no âmbito da ação popular, ampliou a abrangência deste instituto (Art. 5º, LXXIII).

Outras importantes modificações trazidas, referem-se a ampliação dos legitimados no controle concentrado, a manutenção do controle de constitucionalidade difuso, bem como, a criação da ação declaratória de constitucionalidade. (ZAVASCKI, 2011, p.16)

No ano de 1989 foi publicada a lei que trata das pessoas portadoras de deficiências físicas, Lei nº 7.853/89, já tutelando, de forma mais específica, interesses difusos e coletivos. E, como forma de sedimentar, no plano infraconstitucional a importância dessa espécie de tutela, entrou em vigor a Lei nº 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor, que denominou de “ação civil coletiva”⁸ procedimento criado para garantir a defesa conjunta de direitos individuais homogêneos.

Em razão da evolução do direito coletivo, Teori Albino Zavascki (2011, p. 21) faz uma classificação dos mecanismos de tutela jurisdicional, em três grupos: 1º) tutela de direitos subjetivos individuais, que compreende os

⁶ Artigo 5º, XXXV, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁷ Artigo 129, III “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

⁸ Art. 91. Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes.

direitos individuais tutelados pelos próprios titulares e direitos individuais tutelados coletivamente, em regime de substituição processual; 2º) tutela de direitos transindividuais; e 3º) tutela da ordem jurídica abstrata, compreendida pelos mecanismos de controle de constitucionalidade.

Para Ada Pellegrini Grinover (2007, p. 32), inúmeras vantagens podem ser elencadas para prestigiar a esfera de atuação das tutelas coletivas, tais como: a) ampliação do acesso à justiça; b) economia judicial e processual; c) afastar decisões contraditórias e; d) garantia de equilíbrio das partes no processo.

Assim, a coletivização de demandas acaba por garantir tratamento isonômico aos jurisdicionados, pois evita decisões contraditórias para a resolução de um mesmo problema, assim como, garante a promoção do acesso à justiça dos mais necessitados, haja vista que a hipossuficiência econômica e cultural acaba por impor obstáculos materiais ao acesso à justiça.

Por fim, cumpre referir que os fundamentos que embasam as tutelas coletivas no processo civil, também se fazem presentes para justificar a coletivização de ações na esfera penal, pois a violação do direito à liberdade pode ultrapassar a esfera individual, podendo a lesão ou ameaça atingir um contingente de indivíduos determinados, ensejando a impetração de *habeas corpus* coletivo.

4. Adaptabilidade procedimental

Uma das premissas fundamentais do acesso à justiça é a necessidade de *igual proteção dos direitos*. Essa consideração impõe superação mandatória da discriminação de acesso aos tribunais, “principalmente das que dependem de diferenças econômicas, sociais e culturais”, no intuito de “garantir a todos o mesmo direito efetivo a buscar proteção dos seus próprios direitos.” (TARUFFO, 2009, p. 34). O acesso à justiça, portanto, afigura-se como direito humano naturalmente decorrente do superior direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva. Nesse viés, assegura-se não apenas o

mero acesso, mas também a *adequação* e a *efetividade* da tutela. Nas palavras de Sarlet, Marinoni e Mitidiero,

A tutela jurisdicional tem de ser *adequada* para a tutela dos direitos. O processo tem de ser capaz de promover a realização do direito material. O meio tem de ser idôneo à promoção do fim. A adequação da tutela revela a necessidade de análise do direito material posto em causa para, a partir daí, estruturar-se um processo dotado de técnicas processuais aderentes à situação levada à juízo. (...). É dever do legislador estruturar o processo em atenção à necessidade de adequação da tutela jurisdicional. É dever do juiz adaptá-lo concretamente, a partir da legislação, a fim de viabilizar uma tutela adequada dos direitos. (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2012, p. 630/631).

Percebe-se, outrossim, que a chamada ‘*adaptação do procedimento*’ é uma noção ampla, que vem sendo mais aplicada ao processo civil⁹, particularmente ao processo executivo com a adoção das denominadas ‘*medidas coercitivas atípicas*’. É que no processo civil naturalmente foi o primeiro a ser “*impactado pela judicialização dos megaconflitos, logo se evidenciando a insuficiência – senão já a inadequação – dos instrumentos tradicionalmente concebidos para o manejo de conflitos intersubjetivos, entre pessoas determinadas (...) (MANCUSO, 2012, p. 407). No entanto, a amplitude do tema não se restringe, por óbvio, ao direito privado, nem apenas ao processo civil.*

Todo e qualquer direito material necessita de tutela adequada e efetiva, a ser projetada pelo legislador ou entregue pelo juiz (DIDIER, 2010, p. 13). Essa adequação produz igualmente a necessidade de adaptação do procedimento a fim de que se atendam as necessidades do direito material.

⁹ A jurisprudência brasileira vem demonstrando, em diferentes áreas, a adoção de adequações procedimentais em decorrência da instrumentalidade processual, sem que haja lesão aos direitos fundamentais processuais dos jurisdicionados envolvidos. Nesse sentido, converteu-se ação monitória em ação de cobrança (TJSP, 25ª Câmara de Direito Privado, Ap. Cív. 1010068-53.2014.8.26.0114, Rel. Des. Hugo Crepaldi, j. 1º.12.2016). Ainda, em julgamento em segundo grau de ação de família, se dispôs que “*Resta doutrinariamente consagrada a circularidade existente entre o direito material e o processual, não podendo a autonomia característica desse último vir a representar entaves formais ao alcance da concretização dos seus próprios escopos - efetivação dos direitos na vida dos litigantes - , sob pena de refletir uma contradição interna ao sistema jurídico” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4018052-40.2017.8.24.0000, de São João Batista, rel. Des. Henry Petry Junior, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 05-12-2017).*

Em outras palavras, o princípio da adaptabilidade procedimental transborda o processo civil e se vê passível de aplicação no processo trabalhista, penal, tributário, dentre outros, bem como no processo administrativo, legislativo ou arbitral (GAJARDONI, SOUZA, 2016, p. 170).

A instrumentalidade do processo faz transparecer a necessidade de melhor compreensão dos formalismos processuais, a ponto de que se afirme a necessidade de desenvolvimento de um “anti-formalismo”, como um princípio instrumental elementar para que se busque a efetividade da tutela jurisdicional (BENAVENTE, 2013, p. 573). O que se critica não é o formalismo que está ligado à necessidade de previsibilidade do procedimento, correspondente à “delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais.” (ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 28). Objetiva-se não a insegurança jurídica, mas a superação do formalismo pernicioso, danoso ao interesse dos jurisdicionados e da sociedade como um todo, pois deseja a solução do conflito, e não uma resposta estéril e que não resolve a disputa levada ao Judiciário.

Em outras palavras, a inexistência, no texto legal, de uma ação ou remédio que ofereça tutela adequada ao direito material, não deve ser barreira para que os jurisdicionados busquem albergue no Poder Judiciário. Se o legislador falhou por omissão, é bastante possível que o julgador, atendidos critérios atrelados à razoabilidade (BENAVENTE, 2013, p. 575), possa suprir tamanha lacuna, seja no acesso, seja na permanência, seja no resultado do processo. Revelar-se-ia particularmente insidiosa a postura de negar, por exemplo, *habeas corpus* de natureza coletiva pelo simples fato da ausência de previsão legal expressa. Tratando-se de *writ* constitucional, seria curioso que exista a possibilidade de mandado de segurança coletivo, mandado de injunção coletivo, mas não o *habeas corpus* coletivo. Se o legislador constituinte não operou tal restrição, não caberá ao intérprete fazê-lo.

5. Exame do habeas corpus nº 143.641/SP

A Defensoria Pública da União impetrou o *habeas corpus* coletivo indicando como pacientes todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puerperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças. A cruenta realidade jurídica brasileira permitiu a existência de crianças que acabam encarceradas com suas mães. O Conselho Nacional de Justiça, em levantamento realizado em janeiro de 2018, concluiu existirem 622 grávidas ou lactantes em presídios¹⁰. Embora a substituição da prisão preventiva pela domiciliar seja um direito das apenadas gestantes ou com filhos até doze anos de idade, muitas se encontram nessa situação justamente por terem violado as condições impostas na prisão domiciliar. Desse número, há 249 bebês ou crianças morando com suas mães dentro de penitenciárias, espalhadas por todo o país.

Não resta dúvida que tais indivíduos possuem o direito humano a estarem em liberdade, pois nada fizeram, necessitando de assistência integral do estado. Não por acaso, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, em seu artigo 19, assegura que “toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.” O ordenamento jurídico pátrio possui remédio que poderia auxiliar individualmente cada um desses casos, mas, que dada a realidade numérica exposta, revela trabalho hercúleo e que acabaria por sonegar o próprio direito humano que se buscava tutelar. Por isso se optou pela via do *habeas corpus* coletivo.¹¹

¹⁰ O cadastro foi idealizado pela Min. Cármen Lúcia, presidente do CNJ e do STF. O banco de dados não informa o número de gestantes ou lactantes em prisão domiciliar. Tudo conforme notícia extraída do site do CNJ: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86062-brasil-tem-622-gravidas-ou-lactantes-em-presidios>>. Acesso em 10.03.2018.

¹¹ Observa-se que já houvera a impetração de outros HC coletivos no Brasil, a exemplo do HC nº 143.645, julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Concedeu-se a ordem, naquele caso, aos representantes do Conselho Federal da OAB, para acompanharem os trabalhos legislativos no Congresso Nacional, mais particularmente na Câmara dos Deputados, relativos à PEC 287/2016. A ordem foi concedida em parte naquela ocasião, a partir do entendimento que não se poderia conceder *habeas corpus* a pacientes não identificados, por isso limitou-se a eficácia da ordem aos

No remédio sob exame, a Defensoria fundamentou seu pedido no art. 25, I, da Convenção Americana de Direitos Humanos, que assegura “o direito a um instrumento processual simples, rápido e efetivo, apto a tutelar direitos fundamentais lesionados ou ameaçados” (BRASIL, STF, HC nº 143.641, p. 4/5). Alegaram, ainda, que as violações aos direitos das pacientes ocorriam de modo sistemático, por dificuldade de acesso à justiça precisamente pelos obstáculos econômicos, sociais e culturais anteriormente mencionados. A competência do Supremo Tribunal Federal partiu da indicação do Superior Tribunal de Justiça figurar como uma das autoridades coatoras. Escorrou-se, ainda, na peculiaridade da situação da mulher no cárcere.¹²

Em seu voto, que acabou por conceder a ordem, o Ministro Ricardo Lewandowski reconheceu que, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, vem admitindo a utilização de diversos remédios com maior abrangência, como no caso dos mandados de injunção coletivos e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Em seguida, dispôs:

Com maior razão, penso eu, deve-se autorizar o emprego do presente writ coletivo, dado o fato de que se trata de um instrumento que se presta a salvar um dos bens mais preciosos do homem, que é a liberdade. Com isso, ademais, estar-se-á honrando a venerável tradição jurídica pátria, consubstanciada na doutrina brasileira do habeas corpus, a qual confere a maior amplitude possível ao remédio heroico, e que encontrou em Ruy Barbosa quicã o seu maior defensor. Segundo essa doutrina, se existe um direito fundamental violado, há de existir no ordenamento jurídico um remédio processual à altura da lesão.

representantes do Conselho Federal da OAB. Esse tema foi apresentado pela PGR, alegando que as partes do HC 143.641 eram indetermináveis, mas apresentou-se estudo identificando quem eram as mulheres pacientes do writ.

¹² A respeito do tema, indica-se o estudo desenvolvido por Yumi Miyamoto e Aloísio Krohling, que conclui que “a existência de estabelecimentos penais mistos comprova a descondição da perspectiva de gênero no sistema prisional brasileiro, uma vez que são realizadas apenas adaptações em suas dependências para abrigar mulheres encarceradas, não se priorizando as preocupações quanto ao tratamento de ressocialização dessas mulheres encarceradas, como também, as questões sobre instalação de creches e berçários para seus filhos.” Sistema prisional brasileiro sob a perspectiva de gênero: invisibilidade e desigualdade social da mulher encarcerada. *In Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 40, jan.jun.2012, p. 233.

À toda a evidência, quando o bem jurídico ofendido é o direito de ir e vir, quer pessoal, quer de um grupo pessoas determinado, o instrumento processual para resgatá-lo é o habeas corpus individual ou coletivo.

É que, na sociedade contemporânea, burocratizada e massificada, as lesões a direitos, cada vez mais, assumem um caráter coletivo, sendo conveniente, inclusive por razões de política judiciária, disponibilizar-se um remédio expedito e efetivo para a proteção dos segmentos por elas atingidos, usualmente desprovidos de mecanismos de defesa céleres e adequados.

A *ratio decidendi* adotada pelo Supremo Tribunal Federal é absolutamente consentânea, portanto, com a noção anteriormente exposta de necessidade de adequação procedimental. Mais do que o simples acesso ao Judiciário, há de se garantir o direito “a um processo adequado à pretensão afirmada. Vale dizer, é instrumento adequado a tutelar a violação ou ameaça ao direito material em exame.” (BOTELHO, 2010, p. 154).¹³

De outro lado, percebeu-se que a existência de uma massificação das relações sociais aponta para consequências que vão muito além das singelas relações privadas. A teia de relações fiada na sociedade moderna é extremamente complexa, envolvendo direitos disponíveis e indisponíveis. Já se concebeu de muito, ainda, que a velocidade imposta pela dinâmica dessas relações não consegue ser acompanhada pelo Poder Legislativo, tornando vital a absorção, compreensão e aplicação do princípio da adequação procedimental de parte do Judiciário. Faz-se possível, nessa linha, e perfeitamente adequada, a conclusão do Ministro Relator de que a aplicação do art. 25, I, do Pacto de São José da Costa Rica acarreta a necessidade que se extraia a *máxima efetividade possível do habeas corpus* (BRASIL, STF, HC n^o 143.641, p. 19).

¹³ A Constituição alemã, por exemplo, em seu artigo 19, n. 4, assegura o recurso à via judicial no caso da violação de direitos pelo poder público. A tal respeito, comentam Pjeroth e Schlink, que o mencionado artigo “é um direito fundamental formal ou direito fundamental de procedimento: pressupõe os direitos fundamentais materiais e os direitos da lei ordinária e garante que sua aplicação jurídica ao processo jurisdicional adquira eficácia material.” PIEROTH, Bodo, SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Traduzido por António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 482. Tal constatação faz perceber a transnacionalidade do acesso ao Judiciário e da adequação procedimental.

Ainda que não seja o objetivo deste trabalho examinar propriamente o mérito do writ, há de se destacar o seguinte trecho do voto do Ministro Relator Ricardo Lewandowski, que retrata a triste realidade brasileira:

Há, como foi reconhecido no voto, referendado por todos os ministros da Corte, uma falha estrutural que agrava a “cultura do encarceramento”, vigente entre nós, a qual se revela pela imposição exagerada de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis. Tal decorre, como já aventado por diversos analistas dessa problemática seja por um proceder mecânico, automatizado, de certos magistrados, assoberbados pelo excesso de trabalho, seja por uma interpretação acrítica, matizada por um ultrapassado viés punitivista da legislação penal e processual penal, cujo resultado leva a situações que ferem a dignidade humana de gestantes e mães submetidas a uma situação carcerária degradante, com evidentes prejuízos para as respectivas crianças. (BRASIL, STF, HC nº 143.641, p. 21).

Essa consideração bem demonstra a delicadeza e relevância do tema que foi levado a conhecimento do Supremo Tribunal Federal. Absurdo seria, comprovado o relato da Defensoria Pública, da realidade carcerária brasileira, que o Tribunal adotasse decisão de cunho formalista, simplesmente não conhecendo do *writ* dada a ausência de previsão expressa a tal respeito. O *habeas corpus* coletivo nº 143.641 revela um marco do reconhecimento do direito da adaptabilidade procedimental como ferramenta de proteção dos direitos humanos e, particularmente, do *habeas corpus* coletivo como medida possível diante da violação de direitos individuais homogêneos.

6. Considerações finais

Reconhecendo que o *habeas corpus* nº 143.641 não foi o primeiro *habeas corpus* coletivo a ser impetrado, há de se apontar sua relevância para o cenário jurídico nacional. Ainda que se localizem outras tentativas de impetração do writ na modalidade coletiva, nenhuma foi tão bem-sucedida quanto esta. A concessão da medida revela, mais do que a preservação

de direitos humanos elementares, que a adequação procedimental é indispensável para a tutela desses mesmos direitos.

Nesse contexto, se percebe que quanto mais sensível é o direito exposto ao Judiciário, maior será a possibilidade de adequação do procedimento. Se mesmo em questões mais singelas, de cunho exclusivamente patrimonial, o princípio vem sendo largamente debatido e utilizado, reconhece-se a existência de relação direta entre a relevância do direito e a necessidade de adaptação procedimental. No âmbito processual civil, já se indicava que o princípio ganhava corpo na medida em que se apresentavam, perante o Judiciário, direitos indisponíveis.

De outro lado, nada disto representa que o anteriormente mencionado ‘anti- formalismo’ não tenha limites. Combate-se, critica-se, o formalismo pernicioso, que transforma o processo em fim e não em meio. O formalismo, conforme a preciosa lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, não trata apenas de ordenar, “mas também de disciplinar o poder do juiz, e nessa perspectiva, o formalismo processual atua como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado” (ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 29), assegurando que haja uma aplicação uniforme do direito e se estabeleça uma relação de igualdade entre as partes processuais.

Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro. Um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BENAVENTE, Omar Sumaria. El antiformalismo como presupuesto teórico para una tutela jurisdiccional efectiva. In POSADA, Giovanni Priori. **Las Garantías del justo proceso**. Lima: Palestra, 2013.

BOTELHO, Guilherme. **Direito ao processo qualificado – o processo civil na perspectiva do Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao88.htm>. Acesso em 26 de março de 2018.

_____. **Lei n°: 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em 26 de março de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n°. 94.000/Pi**. Relator Ministro Ayres Britto. Primeira Turma. DJ. 13/03/2009. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=580953>>. Acesso em 25 de março de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n°. 3.943/DF**. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Sessão Plenária. DJ. 06/08/2015. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9058261>> . Acesso em 25 de março de 2018.

CAPPELETTI, Mauro e Bryant Garth. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris. 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover. **Teoria Geral do Processo**. 30^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

DIDIER Jr. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18^o ed. Salvador: Editora Jus Podium, 2016.

_____. Sobre Dois Importantes (e Esquecidos) Princípios do Processo: Adequação e Adaptabilidade do Procedimento. 2010. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/fredie%20didier_3_-%20formatado.pdf>. Acesso em 20.03.2018.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca, SOUZA, Maurício Bearzotti de. Os Princípios da Adequação, da Adaptabilidade Procedimental e de Flexibilização Procedimental pelo Juiz no Novo CPC. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, Vol. 82, n° 3, jul./set. 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Das Ações coletivas para a defesa de interesses**. Anotações sobre a liquidação e a execução (cumprimento de sentença) coletivas e a legitimidade ativa dos sindicatos – posição do Supremo Tribunal Federal. Revista Jurídica 362. Sapucaia do Sul. Notadez, dez, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça**. São Paulo: RT, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 6º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012.

MIYAMOTO, Yumi Miyamoto, KROHLING, Aloísio. Sistema prisional brasileiro sob a perspectiva de gênero: invisibilidade e desigualdade social da mulher encarcerada. *In* **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 40, jan.jun.2012, p. 223-241.

PIEROTH, Bodo, SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Traduzido por António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica. 1994.

SARLET, Ingo, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012.

SILVA, Holden Macedo. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. Brasília: Fortium. 2007.

TARUFFO, Michele. **Páginas sobre justicia civil**. Traduzido por Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 5º. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

O direito humano à igualdade processual como elemento integrante do processo justo

*José Eduardo Aidikaitis Previdelli*¹

*Caroline Silva Costanza*²

1. Introdução

Desde o advento da Declaração Universal dos Direitos do Homem e seus pactos posteriores, a promoção e proteção dos direitos humanos assumiram especial patamar da atuação do direito. Em decorrência de tal constatação, Bobbio (2004, p. 17) afirma que o próprio debate sobre o fundamento dos direitos humanos encontra-se superado desde a Declaração Universal, remanescendo a especial preocupação com a garantia e proteção daqueles.

Sob tal enfoque, o estudo exclusivamente dos direitos humanos sob o enfoque do direito material pode resultar em um campo estéril pela ausência de mecanismos hábeis para o exercício da pretensão protetiva desses direitos. Em outras palavras, pode-se pensar os direitos humanos processuais como aquele núcleo essencial de direitos reconhecidos à pessoa humana, e que atuam como instrumentos para que façam valer os direitos humanos materialmente assegurados, como direitos de antidiscriminação, de igualdade de gênero, etc.

¹ Mestre em Direitos Humanos pelo UniRitter – *Laureate International Universities*. Pós-graduado em Direito Processual Civil pelo UniRitter – *Laureate International Universities* e em Formação pedagógica de professores pelo FAQI. Assessor de desembargador do TJRS. Professor convidado dos cursos de pós-graduação em direito. edprevidelli@gmail.com.

² Graduanda em Direito pelo UniRitter – *Laureate International Universities*. carolscostanza@gmail.com.

Atentando para tal risco, é imperiosa a análise dos direitos humanos processuais, previstos e decorrentes dos Pactos Internacionais, como mecanismos de efetiva proteção daqueles direitos, ao permitirem o adequado acesso e trâmite das pretensões perante as Cortes nacionais e internacionais.

No estudo dos direitos humanos processuais, deve assumir posição de destaque a observância do direito humano ao processo justo, porquanto pode ser considerado como o eixo central daqueles, do qual decorrem os demais direitos humanos processuais ao mesmo tempo em que integram o mesmo. Inclusive, para Cambi (2001, p. 110), “não é exagerado afirmar que a garantia do devido processo legal seria o gênero das demais garantias processuais”.

A proposta apresentada neste artigo é, primeiramente, compreender o conteúdo e alcance do direito humano ao processo justo para, após, analisar um dos direitos humanos processuais que lhe integram: o direito à igualdade processual.

Na primeira parte deste estudo, serão apresentados os elementos teóricos para o reconhecimento da existência de uma gama de direitos humanos de natureza processual. De tal base, examina-se – segundo os pactos internacionais de direitos humanos, constituições nacionais e doutrina – o direito humano ao processo justo.

Na segunda parte, como adiantado, será efetuada a análise do direito humano à igualdade processual, segundo os mesmos aspectos dogmáticos anteriores, bem como os pronunciamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com a finalidade de observar seu conteúdo e alcance de proteção.

Elabora-se o estudo por meio de revisão bibliográfica nacional e estrangeira, versando sobre os temas abordados, conjuntamente com a análise de manifestações da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Com o estudo, espera-se, após a análise dos pactos internacionais de direitos humanos e textos constitucionais, posicionar o direito à igualdade processual no rol de direitos humanos que se apresentam como espécies

do gênero direito ao processo justo. Da mesma forma, objetiva-se a definição do conteúdo e abrangência deste direito humano processual, após análise dogmática da questão, com a finalidade de ser possível aferir sua aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

2. Direitos fundamentais processuais decorrentes do processo justo

No ordenamento jurídico brasileiro, é possível constatar, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o fenômeno da endoprocessualização dos direitos fundamentais previstos na Carta Política. (PORTO, 2018). Sob tal ocorrência, os institutos processuais passaram a adquirir *status* daquelas normas fundamentais.

Não é sem razão que o legislador infraconstitucional optou, já no início do Código de Processo Civil (Capítulo I, do Título Único, do Livro I), por apresentar um rol das “normas fundamentais do processo civil”, reforçando a fundamentalidade das normas processuais. É o que se extrai do artigo 1º do códex processual, ao prever que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

Sob tal enfoque, podemos observar que “as regras e os princípios reservados à disciplina do processo nas Constituições compõem o denominado direito constitucional processual” (ALMEIDA, 2011, p. 153), objetivando a conformação do processo à tutela dos direitos e garantias estabelecidos nas cartas constitucionais. Esta marcha, no sentido de assegurar os direitos e garantias fundamentais no processo, resultou na promulgação do vigente Código de Processo Civil que dispõe, já em seu primeiro capítulo, dos “princípios e garantias fundamentais do processo civil”.

Estes direitos fundamentais processuais têm sua origem comum no direito fundamental ao processo justo (MITIDIERO, 2011), ou devido processo legal (REICHELDT, 2016) – que se considera como gênero dos direitos

processuais, do qual decorrem suas espécies. (CAMBI, 2001). Por direito ao processo justo entende-se o “modelo mínimo de atuação processual do Estado e mesmo dos particulares em determinadas situações substanciais”. (MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 616).

O direito fundamental ao processo justo, em posicionamento convergente ao da doutrina civil (REICHELDT, 2016, e MITIDIERO, 2011) e da doutrina penal (FELDENS; SCHMIDT, 2010), tem suas bases no conteúdo dos Pactos Internacionais de Direitos Humanos³. Nesse sentido, têm-se, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem que assegura a todo ser humano os direitos “a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei” (artigo 8º) e “em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele” (artigo 10º)⁴.

Também, considerando a relevância deste direito processual, do qual decorrem os demais direitos de mesma natureza, a Corte Interamericana, na Opinião Consultiva nº 09, de 6 de outubro de 1987, reforçou que as garantias judiciais previstas no artigo 8º da Convenção Americana não são passíveis de limitação, sob o seguinte fundamento:

[...] los principios del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales. Esta conclusión es aún más evidente respecto del hábeas corpus y del amparo, a los que la Corte se referirá en seguida y que tienen el carácter de indispensables para tutelar los derechos humanos que no pueden ser objeto de suspensión. (CORTEIDH, 1987, p. 06).

³ Este direito fundamental resulta de um processo histórico-cultural iniciado com a edição da Magna Carta de João Sem-Terra de 1215 (*Magna Charta Libertatum*), cujo artigo 39 estabelecia a *law of the land* (o direito da terra, ou de uma determinada região). Ainda que tal previsão possa ser entendida como sinônimo da expressão *due process of law* (CAMBI, 2001), o termo somente foi adotado pelo Parlamento Inglês em 1354, com a edição do *Statute of Westminster of the Liberties of London*. (DIAS, 2008).

⁴ No mesmo sentido, cita-se exemplificativamente o artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

No plano constitucional, o direito ao processo justo emerge da observância de um devido e adequado processo legal estabelecido no artigo 5º, inciso LIV na Constituição Federal de 1988, sendo igualmente observado “em praticamente todas as constituições liberais democráticas do mundo”. (MOTTA, 2003, p. 263). Aliás, se observado o direito comparado, com a reforma de seu artigo 111, a Constituição italiana trouxe expressamente a previsão de que “a jurisdição atua-se mediante o justo processo regulado pela lei”, de onde observa Nicolò Trocker (2001, p. 391):

[...] proprio la consapevolezza che la nozione di giusto processo va collegata con un modello processuale soprannazionale, nel quale ha trovato formale spazio e puntuali concretizzazioni deve fa cadere le “barriere formate dall'autarchia normativa” e superare l’idea di autosufficienza della tutela offerta dall’ordinamento nazionale, con prospettive che a volte indicheranno la rotta di auspicabili correzioni di assunti interpretativi ed a volte proporranno invece nuovi interrogativi.

Em suma, o direito ao processo justo pode ser entendido como um termo indeterminado, compondo uma cláusula geral que, todavia, comporta uma dupla conformação do processo: a primeira, diz respeito ao processo pautado pela colaboração entre as partes e o juiz; já a segunda, em consonância com a lição de Daniel Mitidiero (2011, p. 26-27), diz respeito à constituição do processo como:

[...] capaz de prestar tutela jurisdicional adequada e efetiva, em que as partes participam em pé de igualdade e com paridade de armas, em contraditório com ampla defesa, com direito à prova, perante juiz natural, em que todos os seus pronunciamentos são previsíveis, confiáveis e motivados, em procedimento público, com duração razoável e, em sendo o caso, com direito à assistência jurídica integral e formação de coisa julgada.

Sob tal aspecto, o processo justo se fundamenta como um parâmetro mínimo a ser respeitado pelo Estado e por particulares no curso dos processos e sua observância é condição *sine qua non* para a obtenção de decisões justas. Assim, o direito humano à igualdade processual, ponto

central do estudo, surge como uma garantia umbilicalmente ligada ao processo justo, como passamos a observar.

3. O conteúdo do direito humano à igualdade processual

O direito humano à igualdade⁵ processual emerge como integrante do feixe de direitos que integram o direito ao processo justo⁶. Este direito interage com aquele (LUCON, 1999), sob o Norte que “uma sociedade, para que seja justa, livre e solidária deve ser constituída a partir do respeito à garantia de igualdade de tratamento entre as pessoas”. (KIM; BENASSI, 2018, p. 159).

No plano da proteção internacional dos direitos humanos, se verifica reiterada preocupação com a promoção da igualdade – também observado na forma de vedação à discriminação – como “postulados para a consagração dos direitos neles reconhecidos” (MACHADO, 2007). São exemplos, as disposições do artigo 13.1, alínea “a”, da Carta das Nações Unidas e dos artigos 2º e 7º da Declaração Universal de Direitos Humanos, entre outros⁷.

De forma exemplificativa, ainda, vale observar que a Carta dos Direitos Fundamentais da União demonstra a preocupação do tema, dedicando seu capítulo III à igualdade. Neste, é assegurado que “todas as pessoas são iguais perante a lei” (artigo 20), sendo proibida a discriminação (artigo 21) e respeitada “a diversidade cultural, religiosa e linguística” (artigo 22), bem como afastada a desigualdade entre homens e mulheres (artigo 23).

⁵ Nas palavras de Rui Barosa, em sua Oração aos Moços (1997, p. 26), “a regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem”.

⁶ Aliás, como já observado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI 1753, de Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, “a igualdade das partes é imanente ao *procedural due process of law*” (1998).

⁷ No mesmo sentido, o disposto no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (artigos 2.2 e 3º); Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (artigos 2.1 e 26); Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (artigo 2) e da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (artigos 2º, 3º e 5º).

O direito à igualdade, conquanto não possua expressa previsão na Constituição Federal brasileira voltada ao plano processual (MARINONI; MITIDIERO, 2012), é decorrente do Estado Democrático de Direito (TEIXEIRA, 2016). Este direito pode ser depreender do texto Constitucional brasileiro, a partir do fundamento de não discriminação do Estado Constitucional (artigo 3º, inciso IV) e do mandamento de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (artigo 5º, *caput*)⁸.

Este mandamento é destinado a todos os Poderes do Estado (ROLLIN, 2003, p. 60), no sentido de que tanto o julgador como o administrador “não podem criar distinções desprovidas de respaldo legal, mas, principalmente, que o legislador não as pode estabelecer, salvo, quando muito, se fundadas em fatores [...] que exigem tratamento jurídico especial”. (RAMOS, 1990, p. 53).

Observa-se do direito comparado, que a garantia de igualdade contemplada na Constituição brasileira encontra simetria com os demais textos constitucionais dos países latino-americanos. É exemplo a Constituição Argentina, que no parágrafo de seu artigo 16 garante que “*todos sus habitantes son iguales ante la ley, [...] La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas*”. No mesmo sentido, a *Constitucion Political del Peru*, em seu artigo 2º, inciso 2, assegura como direito fundamental de toda pessoa humana “*la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole*”.

Luis Alberto Reichelt (2012, p. 14) assevera que a igualdade pressupõe a observância de dois ou mais sujeitos sob uma perspectiva comparativa. Ou seja, “considerados uns em relação aos outros à luz de um determinado traço que, eleito pelo ordenamento jurídico, atua como fator de discrimen”, do qual resulta a constatação de identidade ou diferenciação em

⁸ Humberto Ávila (2009, p. 74) alerta que a “leitura apressada do dispositivo poderia levar ao entendimento de que a igualdade foi garantida duas ou mais vezes”, o que é afastada pela constatação de que “o dispositivo protege duas formas de igualdade: a igualdade perante a lei [...] e a igualdade na lei”.

relação às esferas jurídicas respectivas. As diferenciações que resultam na violação à igualdade são aquelas relacionadas “ao elemento tomado como fator de desigualação [...]; à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a disparidade estabelecido no tratamento jurídico diversificado”. (MELLO, 2005, p. 21).

No tocante à igualdade sob o enfoque processual, como lecionam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2012), esta pode ser aferida de acordo com duas perspectivas distintas: a primeira delas, diz respeito à igualdade perante a Lei (igualdade formal) e na Lei (igualdade material), enquanto a segunda diz respeito à igualdade *no* processo e *pelo* processo.

Sob a primeira perspectiva, a igualdade perante a legislação (considerada sob uma esfera formal) está relacionada ao modo de aplicação uniforme da legislação processual: esta deve ocorrer de um modo igualitário às partes litigantes, no tocante aos seus direitos e obrigações (LUCON, 1999). No magistério de Humberto Ávila (2009, p. 74), “a igualdade formal garante a aplicação uniforme das leis: os cidadãos [...] devem ter o mesmo tipo de aplicação da lei, sem qualquer distinção”.

Em uma perspectiva argumentativa, no tocante ao aspecto formal, é possível afirmar que a igualdade ou a desigualdade “verificada no ponto de partida da argumentação [...] deve ser mantida também quando do seu desfecho”. De que se observa que, na primeira situação uma das partes comparadas “coloca-se como titular do direito ao mesmo tratamento dispensado à outra parte”, enquanto na segunda situação, esta parte posiciona-se como “titular do direito a consequências jurídicas distintas daquelas dispensadas à outra parte”. (REICHELTELT, 2012, p. 15-16).

No tocante à igualdade sob os aspectos formal e material, não se pode ignorar a observação de Humberto Ávila (2009, p. 76) no sentido de que se exige que a lei “seja isonômica em seu conteúdo, sendo assim considerada aquela lei que não difere os contribuintes senão por meio de fundadas e conjugadas medidas de comparação atreladas a finalidades constitucionalmente postas”.

Neste passo, a igualdade na legislação (observada em uma esfera material do direito) está relacionada à ausência do estabelecimento de distinção arbitrária entre os destinatários das leis, exigindo que eventual distinção “tem que ser feita de forma racional pelo legislador. [...] O problema da igualdade na legislação, portanto, está na utilização de critérios legítimos para a distinção entre pessoas e situações no processo”. (MARINONI; MITIDIERO, 2012, p.640)⁹.

A igualdade material, sob a perspectiva argumentativa¹⁰ antes proposta, é verificada quando a desigualdade inicialmente aferida entre os sujeitos da comparação inicialmente realizada “gera o surgimento de uma situação posterior de equiparação entre tais pessoas à luz de um determinado referencial” (REICHELTL, 2012, p. 17), em decorrência de previsão do ordenamento jurídico.

No viés da segunda perspectiva – dizendo respeito à igualdade *no* processo e *pelo* processo, com maior relevo ao Direito Humano à igualdade processual – deve-se observar a premissa invocada por Reichelt (2012) no sentido de que deve ser levada em conta a equiparação ou diferenciação das partes em relação a elas, como também em relação ao julgador. Segundo o autor (REICHELTL, 2012, p. 21), considerando que “[...] aos direitos associados às partes no que tange à igualdade correspondem poderes, deveres e proibições impositivos ao juiz, e não às outras partes”, justamente em razão de incumbir a ele a condução do processo assegurando a paridade entre os litigantes.

⁹ Para Humberto Ávila (2009, p. 75), “não basta, portanto, que a lei seja aplicada de modo uniforme para satisfazer à exigência de igualdade. É preciso, além disso, que ela própria não contenha uma distinção arbitrária. Não é suficiente que a lei seja aplicada a todos; é preciso que ela seja também igual para todos. Afinal, uma lei arbitrária também pode ser aplicada de um modo uniforme”.

¹⁰ Reichelt (2012, p. 18) aponta que ao direito à igualdade material decorrem dois deveres: o de “dispensar tratamento jurídico capaz de permitir o surgimento de uma equiparação dos sujeitos comparados” (proibição de discriminação dos materialmente iguais) e o de “priorizar as distinções entre os sujeitos comparados toda a vez que da oferta de tratamento jurídico diferenciado não resulte a equiparação entre eles” (proibição de igualar dos materialmente desiguais).

4. Considerações finais

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, dentre outros pactos internacionais objetivando a proteção dos direitos humanos, preveem diversos direitos de natureza processual. Estes direitos são espécies de um direito humano processual que engloba todos eles dentro de um sistema protetivo: o processo justo.

A partir de tal constatação, e com a finalidade de averiguar a amplitude e âmbito de proteção deste direito humano nos julgamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, construiu-se este artigo. Partiu-se da análise do direito ao processo justo nos pactos internacionais, definindo-o e observando-se a divergência no tocante à doutrina nacional em relação à sua denominação de devido processo legal pela Constituição Federal brasileira.

Decorrendo de tal direito humano processual, foi analisado o direito humano à igualdade processual, sob suas quatro formas de manifestação, assim entendidas como a igualdade *perante* a Lei (igualdade formal) e *na* Lei (igualdade material), bem como igualdade *no* processo e *pele* processo, com o fito de traçar seus parâmetros mínimos de aplicação.

De tal leitura, foi possível aferir que o direito humano à igualdade processual apresenta ao menos quatro faces, como apontado, e se apresenta revestido de conteúdo de relevância e cogência, cuja ausência de observância importa violação daquela esfera mínima de direitos assegurada à pessoa humana, sob o signo do direito humano ao processo justo.

Enfim, a relevância da proteção dos direitos humanos processuais, dos quais se destaca no presente estudo o direito à igualdade processual, é fundamento hábil para o reconhecimento de sua violação, independente da conjugação com outro direito de natureza material. E esse fundamento decorrente das decisões no âmbito internacional acaba permeando os ordenamentos internos quando do diálogo entre as fontes, ampliando a estrutura protetiva de Direitos Humanos.

Referências

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. **A prova como Direito Humano e Direito Fundamental das partes do processo judicial**. 2011. 209 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MRFX8/cleber_almeida_27.04.11.pdf?sequence=1>. Acesso em: 23 ago. 2019.

ARGENTINA. **Constitución de la Nación Argentina**, de 22 de agosto de 1994. Buenos Aires, Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/mla/sp/arg/sp_arg-int-text-const.html>. Acesso em: 23 ago. 2019.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2019.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 7ª reimpressão, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição Federal**, de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

_____. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, de 26 de junho de 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

_____. Decreto nº 65.810, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 07 de março de 1966. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-65810-8-dezembro-1969-407323-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 23 ago. 2019.

_____. Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992. Promulga a Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 19 de dezembro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/do591.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

_____. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Promulga a Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, de 19 de dezembro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/do592.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

_____. Decreto nº 678, de 08 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/do678.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

_____. Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 1992. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 03 de setembro de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil de 2015. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1753/DF**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Intimado: Presidente da República. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 17 de setembro de 1998. DJe. Brasília, 29 set. 1998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=973>>. Acesso em: 23 ago. 2019.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. (Coleção temas atuais de direito processual civil, v. 3).

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**, de 4 de novembro de 1950. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2019.

- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva nº 09/87**. Decisão de 06 de outubro de 1987. Disponível em: <<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1264.pdf>>. Acesso em 23 ago. 2019.
- DIAS, Jefferson Aparecido. Princípio do devido processo legal. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Org.). **Princípios processuais civis na constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 25-46.
- FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direito Fundamental a um processo justo e Standard de valoração sobre a (im)parcialidade judicial. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 38, p.111-137, jul./set. 2010.
- KIM, Richard Pae; BENASSI, Maria Cristina Kunze dos Santos. O direito fundamental ao "processo justo" e seu conteúdo jurídico. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 279, p.139-172, maio 2018.
- ITALIA. **Costituzione Italiana**: Edizione in lingua portoghese, de 27 de dezembro de 1947. Roma, Disponível em: <https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2019.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Org.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. Cap. 3. p. 91-131.
- MACHADO, Isabel Penido de Campos. O princípio da igualdade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: do tratamento diferenciado ao tratamento discriminatório. In: OLIVEIRA, Márcio Luis. **Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: Interfaces com o Direito Constitucional Contemporâneo**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007, pp. 123 - 144. Disponível em: <http://www.estacio.br/piq/trabalhospiq/isabelpenidomachado_artigo.doc>. Acesso em: 23 ago. 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Cap. 4. p. 615-681.
- MITIDIERO, Daniel. Direito fundamental a um processo justo. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 45, p.22-34, nov./dez. 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MOTTA, Cristina Reindolff da. Due Process of Law. In: PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). **As garantias do cidadão no processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. Cap. 11. p. 261-278.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Processo civil contemporâneo**: Elementos, ideologia e perspectivas. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

REICHEL, Luís Alberto. Direito humano e fundamental ao processo justo. In: REICHEL, Luís Alberto; DALL'ALBA, Felipe Camilo (Org.). **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**: Volume 1 - Teoria Geral do Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. Cap. 6.1. p. 184-186.

REICHEL, Luis Alberto. O conteúdo do direito à igualdade das partes no direito processual civil em perspectiva argumentativa. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 210, p.13-40, ago. 2012.

TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. Direito fundamental à igualdade ou isonomia processual. In: REICHEL, Luis Alberto; DALL'ALBA, Felipe Camilo (Org.). **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**: Volume 1 - Teoria Geral do Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. Cap. 6.2.9. p. 217-219.

TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Bologna, v. 55, p.381-410, jun. 2001.

O controle de convencionalidade como instrumento de proteção dignidade da pessoa humana

*Marlene Marlei de Souza*¹

1. Introdução

Pela primeira vez na história do constitucionalismo, o Estado brasileiro consagrou o princípio da prevalência dos Direitos Humanos (art. 4º, II), tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana (no art. inciso III).

A cláusula de abertura ou da não tipicidade dos direitos fundamentais figura nas Constituições brasileiras de longa data (EMERIQUE; GOMES; SÁ, 2006, p. 128-130), desde a Constituição de 1891, mas somente a Constituição Federal de 1988 traz os direitos decorrentes de tratados internacionais, particularidade estatuída no §2º do artigo 5º: “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**”, que abrange os tratados internacionais de direitos humanos. (grifou-se).

¹ Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pós-graduada em Direito Processual Civil pelo Instituto Meridional – IMED e em Direito "Lato sensu" pela Universidade de Passo Fundo, Juíza de Direito, atualmente convocada no TJRS. Vice-Coordenadora do grupo de estudos de Direito Internacional, na Escola da Ajuris, a partir de 2017. Subdiretora do Departamento de Direitos Humanos (2015-2017) e Diretora do Departamento de Valorização Profissional (2009-2011) da Ajuris. marlensouza@tjrs.jus.br.

A abertura do Estado Constitucional aos Direitos Humanos desafia a superação do paradigma tradicional da interpretação e da aplicação do Direito utilizados com fundamento no critério da hierarquia das normas constitucionais, versado por Kelsen (2003, p. 113-130).

Atualmente, o fenômeno da globalização, em que pessoas e coisas circulam rapidamente no planeta, esse paradigma não mais satisfaz.

A cultura jurídica latino-americana que, por mais de um século, vem adotando o modelo jurídico consolidado no Estado e nos deveres dos súditos (BOBBIO, 2004), centrado na Constituição como documento capaz de organizar o mundo e a ordem jurídica como uma derivação (CANOTILHO, 2003. p. 1150-1151), é paradigma que não condiz com a realidade.

Segundo Piovesan (2013. p. 117-125), testemunha-se a crise do modelo até então adotado, e a necessidade de um novo paradigma a orientar a cultura jurídica latino-americana, em que os tratados internacionais de Direitos Humanos devem ocupar o vértice da pirâmide, ao lado da Constituição; a abertura do Direito que evolui de um direito estritamente normativo para um direito impuro, de modo a fomentar o diálogo entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional, assim como a multidisciplinaridade, a ressignificar experiências com outros saberes, e; o surgimento do modelo *human rights approach* sob um prisma que compreende a soberania popular e a segurança cidadã como conceitos estruturais e fundantes no ordenamento jurídico interno, focado na *“lente exp parte populi”*, radicada na cidadania e nos direitos do cidadão que, nas palavras de Bobbio (2004. p. XVI), têm a dignidade humana como referência.

A partir dessa nova ordem Constitucional, o Estado brasileiro que até então atuava nos limites do Direito Interno, segue cada vez mais, também, os limites jurídicos decorrentes de normas jurídicas internacionais, como Estado de Direito democrático internacionalmente vinculado. (CANOTILHO, 2003. p. 231-232):

Para tanto, a vinculação do Estado ao Direito Internacional começa pela observância e pelo cumprimento do *jus cogens* internacional, chamado de núcleo duro, previsto nos textos internacionais, que o Estado jamais pode ultrapassar: o princípio da paz, da independência nacional, do respeito aos Direitos do Homem, dos povos à autodeterminação, da independência, da igualdade entre povos, da solução pacífica dos conflitos e da não ingerência nos assuntos internos dos outros Estados. São princípios que constam nas Constituições dos Estados e, na Constituição Federal, estão previstos nos artigo 4º. (CANOTILHO, 2003. p. 232).

2. O controle de convencionalidade como instrumento de proteção dignidade da pessoa humana

Os direitos fundamentais do mesmo modo como estruturantes do Estado de Direito no ordenamento jurídico interno se apresentam na roupagem de Direitos Humanos ou Direitos do Homem, como um núcleo básico do Direito Internacional a vincular o Direito Interno. Por isso, “Estado de Direito é o Estado que respeita e cumpre os Direitos do Homem consagrados nos grandes *pactos internacionais* [...] e nas grandes *Declarações internacionais* [...] e noutras grandes *convenções* de Direito Internacional”. (CANOTILHO. 2003. p. 232-233).

Na América, a Convenção Americana dos Direitos do Homem, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, é o principal instrumento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que prevê o princípio “pro persona” no art. 29, da CADH, que atua como garantia mínima em matéria de Direitos Humanos (ALCALÁ, 2013).

Em razão disso, para que esses direitos não sejam subtraídos do texto da Constituição, o artigo 6º, §4º, IV, assegura a fundamentalidade e proíbe o Poder Constituinte derivado de apresentar proposta de Emenda Constitucional tendente a abolir os direitos e garantias fundamentais, considerando limitação material material ao poder reformador. São as denominadas “cláusulas pétreas”. (SARLET, 2013, p. 785.).

Cabível destacar que os Direitos do Homem por serem válidos a todos os povos e em todos os tempos, possuem caráter “inviolável, intemporal e universal”; enquanto que os direitos fundamentais são direitos do homem garantidos e limitados em um determinado espaço de tempo e vigentes em uma determinada ordem jurídica (CANOTILHO, 2003, P. 393).

Verifica-se, pois, que a Constituição Federal reforça a imperatividade dos direitos fundamentais ao estabelecer aplicabilidade imediata, que incidem em todo o ordenamento jurídico servindo como critério de interpretação de todas as normas.

Desse modo, o Estado deve primar pela observância não só dos direitos fundamentais que estão inseridos no ordenamento jurídico interno, mas também aos direitos globalmente assegurados aos indivíduos, independentemente de onde estejam, os chamados Direitos Humanos, pois representam os verdadeiros aspectos de igualdade material e não apenas formal das normas constitucionais explícitas e implícitas.

A cultura dos Direitos Humanos é a representante mais exemplar do humanismo ocidental na luta pelos direitos do homem, irradiando-se mundialmente pelas legislações modernas como referência obrigatória pós-guerra.

Interpretando os Direitos Humanos em consonância com a visão internacional da matéria, constata-se que a sua prevalência e a sua aplicação implicam medidas coerentes com os padrões internacionais, pois por esta questão de coerência, a matéria relativa aos Direitos Humanos, na era da globalização, acaba se diluindo na diferença entre o interno e o externo, ou seja, mediante a interação entre o “interno” dos Estados e o “externo” a nível internacional.

Nesse contexto, os sistemas internacionais de proteção dos Direitos Humanos foram organizados em dois níveis complementares, a saber, o sistema em nível global e os sistemas em nível regional, composto pelo Sistema Europeu, Sistema Interamericano, Sistema Africano e Sistema Árabe, de modo que o processo de proteção dos Direitos do Homem dar-

se-á com instrumentos de vocação universal e instrumentos de vocação regional, tanto em nível normativo como em nível político.

No continente americano, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem foi adotada pela Carta constitutiva da Organização de Estados Americanos, de 1948. Em 1978, entra em vigor a Convenção Americana de Direitos Humanos, cuja inspiração ideológica assemelha-se à Declaração Americana de Direitos Humanos (MARTINS, 2013, p. 105).

Em face dessa nova perspectiva de abordagem dos Direitos do Homem, justifica-se a qualificação normativa da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2013, p. 120-121) como princípio fundamental no artigo 1º, III, da CF, na certeza de que esse dispositivo contém, para além de uma declaração de conteúdo ético, uma norma jurídico-positivada (SARLET, 2012, p. 118-130), com *status* formal e material.

É por essa razão que a dignidade atua como valor-guia de toda a ordem jurídica constitucional e infraconstitucional e, não apenas, dos direitos fundamentais. A dignidade humana (SARLET, 2012, p. 131) atua simultaneamente como limite (dimensão negativa) e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral (dimensão positiva).

Dessarte, a interpretação jurídica passa a ser pautada pela força expansiva da dignidade humana e dos Direitos Humanos, conferindo prevalência ao *human rights approach* (PIOVESAN, 2013, p. 122).

Portanto, a dignidade humana “[...] é referência estrutural para o constitucionalismo mundial, a emprestar-lhe fundamento de validade, seja qual for o ordenamento, não apenas dentro, mas também fora e contra todos os Estados” (FERRAJOLI, 2002, p. 338).

Atento à visão internacionalista, Cançado Trindade defende ao longo dos anos, a interação entre os ordenamentos jurídicos internacionais e o interno, no domínio de proteção dos Direitos Humanos, a desvendar a ‘internacionalização’ do Direito Público Interno (do Direito Constitucional) e a ‘constitucionalização’ do Direito Internacional (CANÇADO TRINDADE, 2006, p. 479).

É da existência de uma pluralidade de ordens jurídicas em um sistema mundial de níveis múltiplos, caracterizado por interrelações, que surge o transconstitucionalismo, em suas distintas formas, que implica na realidade em um pluralismo constitucional.

Esse processo de integração reflete uma tendência de constitucionalismo universal em três dimensões: 1. Sistema universal que pode ser traduzido pela Carta das Nações Unidas e pela Comissão de Direitos Humanos; 2. Sistema regional: o Sistema Europeu; o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o Sistema Africano; e 3. Direito Comunitário, sendo este o “derecho internacional de la integración” resultante dos três sistemas regionais (MAC-GREGOR, 2013, p. 556).

Considerando a crise do paradigma tradicional e a emergência de um novo modelo jurídico que permite traçar a pavimentação de um direito comum na região latino-americana, o diálogo entre as jurisdições, na ótica Piovesan, evidencia-se em três dimensões: 1. interação entre as jurisdições regionais (entre as Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos; 2. interação entre as jurisdições regionais e constitucionais (entre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a Constituição Brasileira ou entre a Convenção Europeia de Direitos Humanos e a Constituição da República Portuguesa; e 3. a interação entre as jurisdições constitucionais. (PIOVESAN, 2013, p. 115-122).

Com efeito, o sistema regional “interage” fortalecendo os Direitos Humanos em um sistema “multinível”, a compreender o diálogo jurisdicional em quatro vertentes: 1. com o sistema “global”, mediante a incorporação de parâmetros protetivos de Direitos Humanos da ONU, nas decisões prolatadas pela Corte Interamericana; 2. com os sistemas “regionais”, em que a Corte Interamericana, ao enfrentar temas de Direitos Humanos, adota jurisprudência da Corte Européia, em que ocorre o processo de “europeicização” do sistema interamericano”, assim como pode ocorrer a “interamericanização” do sistema europeu; 3. com os sistemas “nacionais”, mediante o Controle da Convencionalidade, e, 4. com

a sociedade civil, ao conferir legitimação social ao sistema interamericano (PIOVESAN, 2013b).

Nessa transição paradigmática, o “Controle de Convencionalidade” surge em face da emergência de um novo modelo jurídico e da necessidade de um diálogo entre as normas de direito interno (incluindo as constitucionais) e a do espaço interamericano, que compreende a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o bloco de convencionalidade, visando garantir a aplicação da norma mais benéfica e menos restritiva à da dignidade humana, independentemente de ser interna ou internacional. Nesse nível de controle o que interessa é a maior proteção da vítima ou a norma que menos restringir o seu direito, consoante art. 29 da CADH.

Daí porque, o sistema interamericano revela a abertura ao diálogo no artigo 29 da Convenção Americana, especialmente as que asseguram o princípio da prevalência da norma mais benéfica e protetiva à vítima, que se soma às regras interpretativas previstas nos tratados humanos do sistema global e enunciam o princípio *pro persona* (PIOVESAN, 2013b).

Diante desse novo paradigma, os juízes ou tribunais, ao aplicar as normas devem ter como parâmetro de interpretação não apenas a Constituição Federal, mas também os tratados internacionais. No caso dos tratados internacionais de direitos humanos, deverão observar ainda, a jurisprudência da Corte Interamericana sobre Direitos Humanos (Corte IDH), Opiniões Consultivas e todo o aparato que forma o bloco de convencionalidade, tendo em vista que o Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) e submeteu-se voluntariamente à jurisdição da Corte Interamericana em 1992.

O dever dos juízes ou tribunais nacionais de respeitar e garantir os direitos humanos decorre das previsões dos arts. 1.1. e 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos:

Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa

que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Além disso, fundamenta-se (BORGES, 2019) o controle de convencionalidade nos princípios da boa-fé, de que os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro devem ser cumpridos; no efeito útil das Convenções, pois a sua eficácia não pode ser bloqueada pelas normas internas ou práticas do Estado no espectro das políticas públicas; e, também, no princípio internacional que impede o Estado-parte de alegar direito interno para se eximir do compromisso internacional firmado (artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969),² [...]”, exceto em relação ao artigo 47, no caso em que tenha ocorrido violação manifesta e diga respeito à norma de Direito Interno de fundamental importância, com a sua celebração. (FERREIRA, 2015).

Destarte, é dever de todos os Órgãos do Estado, especialmente do Poder Judiciário, como juiz natural da Corte IDH, realizar o controle de convencionalidade primário, de modo a aplicar a disposição que mais beneficiar os direitos das pessoas ou aquela que restrinja o menor limite, pouco importando se interna ou internacional. A interpretação que mais otimiza os Direitos Humanos decorre do previsto no artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que tutela o princípio “pro persona” ou “pro homine”, conforme assinala ALCALÁ (2013, p. 129).

A professora Mônica Pinto (2019) assinala que o princípio *pro homine*

[...] es um critério hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, em virtude del cual se debe acudir a la norma más amplia, o la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se

²http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEC207.030-2009?OpenDocument. Acesso em: 23/09/2019.

trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinária.

Assim sendo, o controle de convencionalidade que a Corte Interamericana de Direitos Humanos realiza é somente de forma subsidiária.

Portanto, os Estados que ratificaram a Convenção Americana e aceitaram a jurisdição da Corte Interamericana (art. 62.1) devem adotar as medidas necessárias para garantir a efetivação de todos os direitos e liberdades reconhecidos na Convenção, a todas as pessoas (art. 1º), bem como adotar as medidas legislativas de acordo com as suas normas constitucionais e disposições da Convenção, se ainda não estiverem regulados internamente (art. 2º), sob pena de responsabilização internacionalmente.

Já os Estados que aderiram a Convenção Americana e ainda não se submeteram à jurisdição da Corte (mera “faculdade”), sujeitam-se automaticamente à competência consultiva tanto da Comissão IDH como da Corte IDH. Ainda que os Estados não tenham aderido à Convenção Americana, não ficam liberados de suas obrigações assumidas, nos termos da Carta da Organização dos Estados Americanos e da Declaração Americana dos Direitos do Homem, de 1948, pois a Comissão Interamericana é órgão originário da OEA (além de ser integrante da Convenção Americana) e pode ser acionada e fazer recomendações aos Estados para que respeitem os Direitos Humanos violados. Se, ainda assim, houver descumprimento ao estabelecido pela Comissão, esta poderá acionar a Assembleia-Geral para que adote as medidas sancionatórias contra o Estado violador. (MAZZUOLI, 2013. p. 934).

Como o Brasil aceitou a jurisdição compulsória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 10 de dezembro de 1998, mediante o Decreto Legislativo 89/88, promulgado pelo Decreto nº 4.463/02, a partir daquela data, os poderes públicos constituídos têm o dever de cumprir fielmente os tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos ratificados e em vigor, quer aplicando as cláusulas ali estabelecidas, quer agindo em observância às interpretações da Corte. Portanto, a interpretação e aplicação do direito passam a contar não apenas com a Constituição

Federal e o bloco de constitucionalidade, mas com os tratados internacionais de Direitos Humanos, jurisprudência da Corte IDH, Opiniões Consultivas e todo o aparato global de proteção aos Direitos Humanos.

Importante destacar que até a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, também chamada de Reforma do Poder Judiciário, o “Controle” de Convencionalidade no Brasil era realizado somente pela Corte Interamericana, o que Sagüés (2010, p. 117-136) denomina de “Controle de Convencionalidade em sede internacional”. A partir da aludida Emenda, Mazzuoli (2013a, p. 04-07), praticamente o primeiro autor a tratar da matéria e defender um novo tipo de “controle” no ordenamento jurídico brasileiro, o Controle de “Convencionalidade das leis”:

[...] (1) a Constituição e os *tratados de Direitos Humanos* (material ou formalmente constitucionais) ratificados pelo Estado; e (2) os *tratados internacionais comuns* também ratificados e em vigor no país. No primeiro caso, tem-se o Controle de Convencionalidade das leis; e no segundo, o seu Controle de Supralegalidade.[...]. A primeira ideia a fixar-se [...] é a de que a compatibilidade da lei com o texto constitucional não mais lhe garante a *validade* no plano do Direito Interno. Para tal, deve a lei ser compatível com a Constituição e com os tratados internacionais de Direitos Humanos e comuns ratificados pelo governo. Caso a norma esteja de acordo com a Constituição, mas não com eventual tratado já ratificado e em vigor no plano interno, poderá ser até considerada *vigente* [...], mas não poderá ser tida como *válida*, por não ter passado imune a um dos limites verticais materiais agora existentes: os tratados internacionais em vigor no plano interno [...].

O “Controle de Convencionalidade difuso”, segundo o autor “[...] existe entre nós desde a promulgação da Constituição, em 05.10.1988, e desde a entrada em vigor dos tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil após esse período [...]”, apesar da doutrina não ter feito qualquer referência, até então. (MAZZUOLI, 2013a, 03-52).

A partir dessa inovação constitucional, Mazzuoli defende que a validade das normas internas depende da observância da “dupla compatibilidade vertical material”: 1) como primeiro limite, deve ser compatível com a Constituição e com os tratados internacionais de Direitos

Humanos ratificados pelo Brasil; e, 2) como segundo limite, a compatibilidade com os tratados internacionais comuns.

O autor entende, todavia, que o Controle de Convencionalidade das leis é realizado somente em relação à Constituição e aos tratados internacionais de Direitos Humanos, no mesmo sentido que a decisão proferida pela Corte Interamericana no caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, de novembro de 2006.³ Em relação aos tratados internacionais comuns entende que é cabível o Controle de “Supralegalidade”. (MAZZUOLI, 2013a, p. 06-07).

Carvalho Ramos (2015. p. 321-324) adota a teoria do “duplo controle”: o Controle de Convencionalidade autêntico ou definitivo, que é matriz internacional; e, Controle de Convencionalidade nacional, também chamado de provisório.

O “Controle de Convencionalidade nacional” originou-se, de acordo com Carvalho Ramos 2015. p. 321-324), na França, em 1975, na decisão sobre lei de interrupção voluntária de gravidez, quando o Conselho Constitucional decidiu que não cabia a análise da compatibilidade de lei com tratados internacionais, “[...] tendo em vista o art. 55 da Constituição francesa sobre o estatuto supralegal dos tratados [...]” sendo essa competência dos juízos ordinários, sob o controle da Corte de Cassação e do Conselho do Estado. Esse controle realizado na França (1975) era explicado levando em consideração o controle internacional entre 1960 e 1998, em que poucos casos chegavam à Corte Europeia de Direitos Humanos, situação substancialmente modificada e fortalecida no Sistema Europeu de Direitos Humanos, especialmente com a extinção da Comissão Europeia e o acesso direto da vítima à Corte, com o Protocolo nº 11.

Em razão disso, o referido autor sustenta que o “Controle de Convencionalidade nacional” depende do parâmetro adotado pelo Direito

³ Embora a Corte já tenha reconhecido o dever de o Poder Judiciário nacional realizar o Controle de Convencionalidade, internamente, no caso “Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile”, sentenciado em setembro de 2006, no caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú” a Corte especificou a necessidade de haver compatibilidade das normas internas com a Constituição do Estado e também com a Convenção de Direitos Humanos (CORTE, 2016).

Interno, que não é o caso do “Controle de Convencionalidade internacional”, pois para ele é “[...] fruto dos intérpretes autênticos”, razão pela qual defende ser o “verdadeiro controle”. (RAMOS, 2015. p. 321-324).

No caso do ordenamento jurídico brasileiro, embora a maioria dos doutrinadores brasileiros entendam que os tratados e convenções internacionais que versam sobre a matéria de Direitos Humanos possuem *status* de normas constitucionais, a Suprema Corte brasileira atribui o *status* de normas supralegais.

Então, para realizar o controle vertical no primeiro limite, que leva em conta a Constituição Federal e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, sustentado por Mazzuoli, é preciso verificar primeiramente a forma de internalização do Tratado e, em segundo lugar, a natureza da norma internamente, para definir se o “controle” a incidir é de Controle de Convencionalidade DIFUSO ou Controle de Convencionalidade CONCENTRADO, como se verifica a seguir:

1) Em se tratando de pactos internacionais envolvendo Direitos Humanos não aprovados por maioria qualificada, a maioria dos doutrinadores entende que possuem hierarquia constitucional decorrente da cláusula de abertura prevista no §2º do artigo 5º (materialmente constitucionais), podendo configurar como parâmetro o Controle de Convencionalidade Difuso, que pode ser realizado por qualquer magistrado, independentemente de pedido, no caso concreto (COLNAGO, 2016);

2) No caso dos tratados internacionais sobre Direitos Humanos aprovados pelo quórum qualificado (material e formalmente constitucionais) previsto no §3º do artigo 5º, devido ao caráter de “Emendas Constitucionais”, poderão figurar como parâmetro o Controle de Convencionalidade CONCENTRADO, além do difuso. O Controle Concentrado será realizado perante o Supremo Tribunal Federal, em sede de ADIn (para invalidar a norma infraconstitucional por inconvenção), ADECON (para garantir a norma infraconstitucional a compatibilidade vertical com um tratado de direitos humanos

formalmente constitucional) ou ADPF (para exigir o cumprimento de um “preceito fundamental” contido em um tratado de Direitos Humanos formalmente constitucional), não apenas com base no texto constitucional, mas também nos tratados de Direitos Humanos aprovados pelo quórum especial previsto no artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição e em vigor no país, pelos legitimados do artigo 103.

Já o segundo limite vertical, que leva em conta a Constituição e os Tratados Internacionais comuns, envolvendo matéria não afeta a direitos humanos, o “controle” pertinente é o da suprallegalidade.

Disso extrai-se, segundo as lições de Mazzuoli (2013a, p.82) e Gomes (2016), que o ordenamento jurídico brasileiro conta com quatro modalidades de controle da produção normativa: de legalidade, de suprallegalidade, de constitucionalidade e o controle de convencionalidade.

Conforme referido, apesar de o Controle de Convencionalidade interno ser totalmente estranho ao Direito brasileiro antes da EC nº 45/04, o “Controle de Convencionalidade difuso” já existia desde a promulgação da CF/88 e a entrada em vigor dos tratados internacionais envolvendo Direitos Humanos, embora nunca antes mencionado. Todavia, o “controle concentrado” passou a surgir somente com a introdução do §3º no artigo 5º da Constituição Federal, pela EC 45/04, tendo em vista a possibilidade de ser incorporado no ordenamento jurídico interno tratados internacionais sobre Direitos Humanos com caráter de “Emendas Constitucionais”, desde que aprovado com o quórum qualificado previsto no §3º. Antes da EC 45/04, o Controle da Convencionalidade era realizado somente pela Corte Interamericana, na sua função jurisdicional, após ser encaminhado à Comissão Interamericana (órgão consultivo) para as recomendações que entendesse pertinente. Inviabilizada a solução amigável da parte do Estado é que o caso é submetido à Corte para julgamento.

Então, diante da violação dos Direitos Humanos previstos na Convenção Americana ou outros pactos de Direitos Humanos, a regra até a edição da Emenda aludida era o processamento do caso e julgamento

perante o Tribunal Internacional.

Agora, a tendência é o acionamento à via internacional seja como subsidiário, pois a ordem jurídica interna permite outras formas de controle: o controle difuso, quando não aprovado por quórum qualificado, realizado no caso concreto, no bojo de qualquer ação, de ofício, pelos juízes ou tribunais nacionais; o controle concentrado, quando aprovado pelo quórum qualificado do §3º (além do difuso), realizado mediante o controle abstrato das normas, pelos legitimados do artigo 103, da Constituição Federal, perante o Supremo Tribunal Federal.

Diante dessa situação, após a EC 45/04 (Reforma do Judiciário), constata-se que: 1) o Poder Judiciário nacional está legitimado a fazer o “Controle de Convencionalidade difuso”, de ofício, no caso concreto; 2) o art. 103 autoriza os legitimados a ingressarem com ações diretas para realizarem o controle concentrado de convencionalidade (ADIn, ADECON, ADPF etc.) perante o STF, como meio de retirar a validade de norma interna, ainda que compatível com a Constituição, se importar na violação de um tratado internacional de Direitos Humanos, em vigor no país. (GOMES, 2016).

É possível constatar que o Controle de Convencionalidade pode ser realizado na forma “difusa” (de origem americana) ou “concentrada” (de origem austríaca), assim como o Controle de Constitucionalidade. (COLNAGO, 2016).

O controle difuso de convencionalidade pode ser realizado por qualquer magistrado no caso concreto, ou pelo STF, em Recursos Extraordinários ou julgamentos de Habeas Corpus. Nestas situações, a decisão somente terá repercussão geral quando for editada súmula vinculante. (COLNAGO, 2016).

O Controle de Convencionalidade Difuso tem o condão de retirar a validade de leis ou de atos normativos (MENDES, 2016). Os seus efeitos práticos não geram discussão, pois o reconhecimento da inconvenção da lei torna-a incompatível com a Convenção Americana ou com o Pacto *San José da Costa Rica*, mas não é retirada do

sistema, uma vez que são *inter partes*. Aqui prevalece o entendimento adotado para o Controle de Constitucionalidade difuso. Todavia, quanto aos efeitos na modalidade concentrada, ainda não se pode definir da mesma forma que no Controle da Constitucionalidade, pois é um instrumento totalmente novo, dando os primeiros passos no ordenamento jurídico interno. No controle concentrado de constitucionalidade, uma vez reconhecida por ação direta perante o STF, exclui-se a lei do sistema jurídico, dado que analisada abstratamente, a decisão produz efeitos *extunc*, *erga omnes* e vinculante para todo o Poder Judiciário e para todos os órgãos da Administração Pública, direta e indireta.

É necessário, portanto, que os legitimados do artigo 103 da Constituição Federal se utilizem das ações diretas (ADI, ADECON, ADPF etc.) para que, a partir de então, a doutrina e a jurisprudência se consolidem. A tendência é a de que os efeitos no Controle de Convencionalidade concentrado serão *erga omnes* e vinculantes para o Poder Judiciário e para todos os órgãos da Administração Pública, direta e indireta, no mesmo sentido que as ações diretas constitucionais concentradas.

Contudo, a abertura aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a adesão aos mais significativos tratados relativamente a essa matéria, por si só, não garantem a sua proteção, é imperiosa a realização do Controle de Convencionalidade, pelos poderes constituídos, especialmente por juízes e tribunais, de ofício, de modo a garantir a proteção dos direitos humanos e, por via de consequência, da dignidade da pessoa humana, princípio reitor de todo o ordenamento jurídico pátrio.

3. Considerações finais

Os fundamentos da proteção dos Direitos Humanos transcendem o Direito Estatal e hoje é consenso generalizado da necessidade da internacionalização de sua proteção, pois corresponde a uma manifestação cultural de nossos tempos, viabilizada juridicamente pela coincidência de

objetivos entre o Direito Internacional e o Direito Interno relativa à tutela da pessoa humana. (CANÇADO TRINDADE, 1991, p. 633).

Como exposto, a Constituição Brasileira de 1988, com uma principiologia e lógicas próprias (PIOVESAN, 2008), fundadas na cidadania e na dignidade humana e regida internacionalmente pelo princípio da primazia dos Direitos Humanos, instituiu a concepção internacionalista no Direito interno, visando fortalecer a tendência das Constituições latino-americanas de reconhecer a importância da proteção internacional dos Direitos Humanos e dispensar atenção especial à matéria. (CANÇADO TRINDADE, 1991, p. 628-631).

Nesse passo, as normas domésticas que violem Direitos Humanos se constituem no objeto do controle de convencionalidade, emergindo o Poder Judiciário como responsável por realizar o juízo do controle de convencionalidade no âmbito interno, tanto de forma difusa quanto concentrada. Já, no plano externo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos afigura-se como o juízo competente para exercer tal controle.

Ademais, imperioso que os juízes e Cortes nacionais observem a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o bloco de convencionalidade, formado pelos demais tratados sobre Direitos Humanos, ratificados e em vigor no Brasil, a jurisprudência das Corte Interamericana de Direitos Humanos e Opiniões Consultivas, os quais configuram o parâmetro para realização do controle de convencionalidade, viabilizando uma proteção mais abrangente aos bens jurídicos tutelados e a aplicação efetiva dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Referências bibliográficas

ALCALA, Humberto Nogueira. **El Principio o Postulado Pro Homine o Favor Persona como Estandar em Matéria de Derechos Humanos Parte II**. São Luís: Revista do Curso de Direito, 2013.

BRASIL. **Decreto nº 7.03**, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena, de 23 de maio de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BORGES, Bruno Barbosa. **O Dever dos juízes de harmonizar o ordenamento com os tratados de direitos humanos**. Disponível em: www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/carreira/o-dever-dos-juizes-de-harmonizar-o-ordenamento-com-os-tratados-de-direitos-humanos-06092019. Acesso em: 23 set. 2019.

COLNAGO, Claudio de Oliveira Santos. **Notas sobre o controle de convencionalidade**. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/notas-sobre-o-controle-de-convencionalidade>>. Acesso em 25 set. 2019.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do século XXI**. 2006, p. 407-490. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>>. Acesso em 25 set. 2019.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; VENTURA ROBLES, Manuel E. **El futuro de La Corte Interamericana de Derechos Humanos**. San José, Costa Rica: Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_por.pdf>. Acesso em 25 set. 2019.

EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; GOMES, Alice Maria de Menezes; SÁ, Catharine Fonseca de. A abertura constitucional a novos Direitos Fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VII, Nº 8. Junho/2006. Disponível em: em:

<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revistao8/Artigos/Lilian.pdf>.

Acesso em 25 set. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritti Fondamentali**: um dibattito teórico, a cura di Ermanno Vitale. Roma, Bari: Laterza, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Controle de Convencionalidade**: Valerio Mazzuoli *versus* STF. 1º jul. 2009. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/depeso/16,MI87878,91041Controle+de+Convencionalidade+Valerio+Mazzuoli+versus+STF>. Acesso em: Acesso em 27 set. 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. Tradução de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 3. Ed. ver. São Paulo: RT, 2003, p. 113-130.

LUÑO, Antonio E. Perez. **Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2007.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad el Nuovo Paradigma para el Juez Mexicano. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Orgs.). **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano**: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

MARTINS, Ana Maria Guerra. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle Concentrado de Convencionalidade tem singularidades no Brasil**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-24/valerio-mazzuoli-controle-convencionalidade-singularidades>>. Acesso em 25 set. 2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Orgs.). **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano**: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013a.

MENDES, Gilmar. **O Controle da Constitucionalidade no Brasil**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Controle_de_Constitucionalidade_v_Port1.pdf>. Acesso em 13 out. 2016

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração dos Direitos Humanos de Viena. 1993. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx>>. Acesso em: 29 ago. 2014.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 19 out. 2017.

PINTO, Mônica. El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. **Arquivo eletrônico na página da Universidad de La Rioja (ES)**. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=617891>. Acesso em 23 set. 2019.

PIOVESAN, Flávia. Controle de Convencionalidade Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano**: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

PIOVESAN, Flávia. Comentários ao art. 4º, II, da CF. In CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013a.

PIOVESAN, Flávia. Diálogo no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: o desafio da reforma. **Campo Jurídico, Revista de Direito Ambiental e Agrodireito**, v. 1, nº 1, mar. 2013b. p. 163-186. Disponível em: <www.fasb.edu.br/revista/index.php/campojuridico/article/view/11>. Acesso em: 30 set. 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 5^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad. **Estudios Constitucionales**, Ano 8, n^o 1, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 5^o, §2^o. In CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

Isonomia tributária e desenvolvimento humano: ensaando novas perspectivas dos direitos humanos

*Mártin Haeblerlin*¹

*Daniella Bitencourt*²

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988, em seu multicitado artigo 1º, prescreve proteção à dignidade humana. Sem descuidar da complexidade e polissemia da expressão, sua centralidade na Carta Cidadã – e, portanto, no ordenamento jurídico brasileiro – impõe ao intérprete sua lúdima consideração. No mínimo dos mínimos, faz reverberar nele uma voz impoluta norteando-o, desde a tarefa de transformar disposições legais em normas, a injetar vida em algumas vidas, isso é, a progressivamente implementar certas qualidades que são requisitos para o exercício de escolhas livres e conscientes das pessoas.

Um dos mecanismos utilizados pelo Estado para a concretização do princípio da dignidade humana é o sistema tributário. Os tributos são a base das receitas do Estado, sendo o produto da sua arrecadação utilizado

¹ Doutor em Direito (PUCRS, com estágio de pesquisa na Universidade de Heidelberg). Mestre em Direito do Estado e Graduado em Direito (PUCRS). Pós-doutorando em Economia (UFRGS), com bolsa da CAPES (Processo n. 23038.004864/2015-63). Professor da Graduação e do Mestrado em Direitos Humanos do Centro Universitário Ritter dos Reis. Advogado. Link para o currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/5190995351722855>.

² Mestra em Direitos Humanos do Centro Universitário Ritter dos Reis, com bolsa CAPES. Especialista em Tributos em Espécie (UFRGS) e em Direito Tributário Geral (Universidade Mackenzie/SP). Graduada em Direito (Centro Universitário Ritter dos Reis). Professora de Direito Tributário entre 2015-2017 (Anhanguera Educacional). Link para o currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/3954341476725855>.

na manutenção da sociedade em termos constitucionais. E, dentre os vários exercícios possíveis de entender a concretização da dignidade pelo sistema tributário – ou a falta dessa concretização –, ressalta-se aqui aquele da necessária proteção ao princípio da isonomia tributária, conforme previsto no artigo 150, inciso II, da Constituição Federal. Isso porque, enquanto o princípio da isonomia deve conduzir os governantes a uma arrecadação mais justa como meio de combate às desigualdades sociais, esta não é a realidade que se observa. Mais da metade dos tributos vigentes incidem sobre bens e serviços, acarretando um aumento da tributação entre as faixas populacionais de menor renda, o que implica, por consequência, ausência de eficácia normativa e efetividade social de tal princípio.

Num contexto de necessidades humanas crescentes deixadas a cargo do Estado, e receitas escassas do poder público, a solução histórica que os governos tem adotado, exercício fiscal após exercício fiscal, é o aumento da carga tributária. E, como num pêndulo paradoxal, a contrapartida dessa majoração de tributos – à vista de concretizar direitos –, por vezes, acaba na prática tornando-se algoz desses direitos, reduzindo o poder econômico das pessoas sem lhes entregar a correspondente prestação. O Estado-Administração, nesse cenário, deixa de obedecer os preceitos mais comezinhos da Constituição que lhe criou, reduzindo sua força normativa, a qual, conforme Hesse (1991, p. 19) “[...] não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade [...]. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa”.

O presente estudo, na linha do exposto, busca demonstrar a relação indissociável entre a tributação, mais especificamente no que concerne ao princípio da isonomia tributária, e os direitos humanos na atual conjuntura social. Em certo sentido, alinhando-se a Nussbaum (2015, p. 121), faz-se uma pesquisa sem cuidar de um teor de “manifesto”, com escopo de provocar uma reflexão que, em sua fundação, três pilares: a realidade, a liberdade e o desenvolvimento. Dito de outro modo, analisa-se o dever-ser do ordenamento jurídico, notadamente na parte em que se

refere ao princípio da isonomia tributária, com o ser da realidade socioeconômica brasileira, a fim de entender o que, acaso respeitado o princípio, poder-se-ia esperar.

A partir desse objetivo, o trabalho realiza uma investigação doutrinária acerca dos direitos humanos e do princípio da isonomia tributária, empregando o método dedutivo por meio de uma abordagem sistêmica do direito, em pesquisa de caráter descritivo e exploratório. Ao cabo desse estudo, evidencia-se a conjugação entre direito tributário e direitos humanos, confrontando-se a noção de um “dever-ser tributário”, que consagra a ideia de uma “justa tributação” apta a proporcionar o desenvolvimento humano, e a realidade.

2. Direitos humanos

Antes de adentrar na problemática da efetivação dos direitos humanos por meio da isonomia tributária, é fundamental pontuar alguns conceitos prévios, ainda que de modo sintético e objetivo, sobre direitos humanos.

A expressão “direitos humanos” é sempre elaborada sob relevante carga moral. Em razão disso, ela naturalmente já foi, é, e sempre será objeto de diversas reflexões e teorias. Seu conhecimento, em que pese relevante, deve ser realizado sem descuidar da advertência de Bobbio (2004, p. 17), segundo o qual a definição dos direitos humanos não é tão importante quanto a busca por formas de conceder eficácia a esses direitos.

Essa complexidade na formulação da definição consiste nas diversidades de caráter político, cultural, religioso e jurídico, as quais impossibilitam uma ideia única sobre esses direitos. Essa dificuldade é característica tanto entre povos que ostentam certas semelhanças e compatibilidades como entre países de menor identidade cultural entre si, como ocorre com a Europa Ocidental, o mundo árabe e a América Latina (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 356).

Tais impasses, todavia, não pode implicar renúncia a um enredo de definições razoavelmente conhecido, que sirva de gramática para este ensaio.

Em uma conhecida formulação, Arendt afirmara que os direitos humanos seriam o “direito a ter direitos”. Pareck (2008, p. 27-28) interpreta a afirmação de Arendt como o reconhecimento dos direitos das pessoas de pertencerem a algum lugar no mundo, de terem uma identidade reconhecida, uma cidadania. Garavito (2009, p. 366), por outro lado, entende que Arendt teve o intuito de se referir a relação da pessoa humana com um espaço político, independentemente de uma criação jurídico-positiva. Portanto, a possibilidade de exercer direitos humanos específicos constitui um elemento que surge após o aparecimento da comunidade política por meio da interação entre as pessoas. O reconhecimento na comunidade seria condição para que os direitos humanos existam, tendo-se uma concepção prévia de um espaço público no qual o ser possa reconhecidamente coexistir.

Sen (2017, p. 292-294) apresenta a questão do conceito de direitos humanos apontando três problemas principais. O primeiro problema identifica-se com o receio de que os direitos humanos sejam confundidos com os direitos positivados. O segundo problema relaciona-se aos deveres. Ocorre que, assumida sua forma ética e política, o reconhecimento de um direito humano significa, por consequência, o dever de prestar este direito. De tal modo, a ausência de um mandamento legal para efetivar esse dever denotaria a ineficácia desse direito. O terceiro problema seria o ceticismo. Como os direitos humanos são atribuídos desde uma autoridade moral, a falta de uma ideia unívoca sobre a ética acaba por culminar em uma dificuldade de definição também desses direitos.

Compartilha-se com o entendimento de Sen (2010, p. 296-297) de que, embora possam haver discordâncias em torno do tema, “[...] sem dúvida somos capazes de distinguir um direito que uma pessoa tem e que não se cumpriu e um direito que uma pessoa não tem”. Impõe-se, aqui,

uma universalidade dos direitos humanos, consistente em afirmar a existência de um núcleo de direito reconhecido por todos como básico a uma vida digna. Pode-se discordar, por exemplo, se o dever do Estado de fornecer educação gratuita inclui os livros e materiais didáticos, como foi decidido pela Suprema Corte no Japão (BEATTY, p. 249). Todavia, ninguém poderá discordar que todo ser humano precisa de nutrição adequada à manutenção de seu corpo físico e mental, à educação técnica, a uma renda suficiente que lhe permita viver com honrabilidade e um atendimento adequado a saúde, caso adoça.

Em outra abordagem, Beitz (2012, p. 13-14) afirma que os direitos humanos somente podem ser aprendidos empiricamente. Ou seja, a compreensão desses direitos implicaria antes sua vivência que sua definição. Barzotto (2004, p. 76), por outro lado, propõe o método da alteridade³ como meio para o entendimento do que sejam os direitos humanos. Nesse caso, o enfoque é ético, no sentido da busca pelo ato de realmente enxergar o outro na medida do que é, sem nenhuma ideia pré concebida.

Barreto e Bragato (2017, p. 28, 2017) alegam que se os direitos humanos se pretendem universais e, portanto, relevantes para além do Ocidente e seus sujeitos, sua alocação de fundamentação precisa apartar-se das bases eurocentradas e reconstruir-se a partir de outras visões de mundo enriquecidas pelas histórias invisíveis do outro lado da linha abissal que separa o Ocidente dos outros mundos. “A noção de interculturalidade aponta caminhos, ao engajar-se em uma perspectiva

³ Refere-se à alteridade, aqui, no sentido atribuído a Lévinas (1997, p. 143), que pode ser assim sintetizado: “eu queria dizer com isto, sobretudo, que a ordem do sentido, que me parece primeira, é precisamente aquela que vem da relação inter-humana e que, por consequência, o Rosto, com tudo o que a análise pode revelar de sua significação, é o começo da inteligibilidade. É claro que toda a perspectiva da ética se delineia, aqui, imediatamente; mas não se pode dizer que isto já é filosofia. A filosofia é um discurso teórico; pensei que a teórica supõe mais. É à medida que tenho que responder não só pelo Rosto do outro homem, mas que, ao lado dele, abordo o terceiro, que surge a necessidade mesma da atitude teórica. O encontro com outrem é imediatamente minha responsabilidade por ele. A responsabilidade pelo próximo é, sem dúvida, o nome grave do que se chama amor do próximo [...]”. Trata-se, portanto, de ver o outro como ele é e ainda assim o respeitar e amar no sentido *lato* da palavra.

equitativa entre os diversos modelos culturais que podem auxiliar na construção de uma concepção de humano mais plural e inclusiva”. (BARRETO e BRAGATO, 2017, p. 28).

No que tange ao problema desde sua abordagem jurídica, insta esclarecer que os direitos humanos são assim denominados no âmbito internacional e sua proteção ocorre mediante a ratificação entre os países de Pactos, Tratados, Acordos Internacionais⁴, entre outros, em que pese a observação de Ramos (2011, p.8), no sentido de que se pode reconhecer a proteção de direitos humanos como um princípio geral de Direito Internacional, e, como tal, vinculante mesmo a Estados não contratantes. Descendo ao plano nacional, quando esses direitos são protegidos pelas Constituições Federais, acabam por se denominar direitos fundamentais. Sarlet (2001, p. 33) explica que apesar de muitas vezes os termos “direitos fundamentais” e “direitos humanos” serem utilizados como sinônimos, sua diferença fundamental está no fato de que os denominados direitos fundamentais são exatamente aqueles reconhecidos e positivados no espaço do direito constitucional.

O sistema tributário nacional não é indiferente a esse sistema (internacional e nacional) de proteção dos direitos humanos que concebe mecanismos de compatibilização entre a legislação interna dos Estados em face das normas supranacionais (PIOVESAN, 1997, p.132-134). Aliás, diante desse contexto, sequer o tributo deixa de ser uma mera fonte de receitas para o Estado, uma vez que passa a ser utilizado como instrumento para a realização da justiça (REIS, 2011, p. 130).

Nesse sentido, Carvalho (2011, p. 62) aduz que “adotando o pressuposto de que o sobreprincípio da dignidade da pessoa humana é um direito fundamental, podemos dizer que se encontra permeado por todo o sistema jurídico prescritivo, incluindo o tributário”. Valioso, por igual, o clamor feito por Scaff e Tupiassu (2004, p. 158): “é importante recolocar o homem

⁴ Em Direito Internacional existe um princípio bastante utilizado denominado de princípio *pro homine*, segundo o qual todos os esforços devem consistir em uma maior e melhor proteção aos direitos humanos. Conforme se lê em Clément (2015, p. 101): “Ello, en la búsqueda por distintas vías de la mejor protección posible de la persona humana. La aplicación del principio *pro homine* ha sido la gran impulsora de esta evolución.”

como o centro das preocupações da sociedade, os operadores jurídicos devem trabalhar para que o estudo das humanidades e a globalização dos direitos humanos sejam o principal foco de atenções nestes tempos que correm”.

Se o propósito central da Constituição Federal foi o da proteção dos direitos humanos e fundamentais, muitos dos quais reflexo do direito internacional de proteção aos direitos humanos, a tributação, por sua vez, é um dos meios de implementação desses direitos. Em um horizonte cujos meios se antepõe aos fins, ressalta-se um norte básico: a importância da arrecadação, e da arrecadação alcançada de modo justo, obediente à isonomia tributária.

3. O princípio da isonomia tributária

O sistema tributário é um importante regulador da economia de um país. Cabe a esse sistema, em grande parte, financiar o Estado para que este, levando a cabo seu papel de melhoria da vida dos cidadãos, transforme os valores advindos dos tributos em direitos, notadamente humanos (tais como saúde, educação, renda, segurança, entre outros). O princípio da isonomia – ou princípio da igualdade – é uma das mais importantes engrenagens do Direito Tributário para a consecução deste fim.

Ávila (2010, p. 475-478) esclarece que, apesar de os princípios jurídicos serem mais subjetivos e por consequência imprecisos, essa vagueza não significa inexistência de sentido. Tratam-se de instrumentos fundamentais para o direcionamento de metas e comportamentos, porquanto definem objetivos que, de acordo com o caso concreto, serão materializados pela jurisprudência.

Oliveira (2012, p. 9) afirma que “o princípio da isonomia ou igualdade, após toda sua evolução histórica e divergências doutrinárias que existem até hoje, não pode ser considerado apenas como um princípio de Estado de Direito, deve ser visto fundamentalmente como um princípio de Estado Social”.

O princípio da igualdade tributária, ou da isonomia tributária, está previsto no artigo 150, inciso II, da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

II - instituir 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.

Derzi (2004, p. 97) afirma que “a generalidade, a capacidade contributiva e outros valores, ditados pela política econômica e social do País, são desdobramentos de um mesmo e único princípio, o da igualdade”. À afirmação, aduz que é pela discrepância “no tratamento igual ou desigual que nascem os sentimentos de justiça ou de injustiça.” (DERZI, 2004, p. 98)

Desse modo, o princípio da igualdade tributária deve, necessariamente, ser examinado por comparação. Com efeito, o princípio – como, de resto, nenhum outro – em si nada significa, sendo somente a sua utilização aos casos concretos que fornecerá as orientações necessárias a sua aplicação (ÁVILA, 2010, p. 538). Nesse sentido, segundo Derzi (2004, p. 100), “[...] o que há de confuso e divergente em relação à igualdade ou justiça coloca-se quanto ao critério de comparação e sua valoração”.

Em sua conhecida formulação aristotélica, reformulada nas palavras de Difini (2003, p. 70), o princípio da isonomia não determina que a lei trate todos de maneira semelhante, mas cuida de maneira igual os que estão em situação de desigualdade, motivo pelo qual os princípios da proporcionalidade e da capacidade contributiva não o derrogam. Pelo contrário, são complementos à sua realização.

Segundo Ávila (2010, p. 84), desde uma nova perspectiva, que engloba a eficácia das normas como elementos primordiais para a construção e análise do sistema tributário, autoriza-se avaliar e considerar elementos que em geral seriam menosprezados. Logo, não é meramente a literalidade

da lei que deve ser considerada quando da subsunção ao fato gerador, mas igual e principalmente a segurança de se produzir um bom resultado, buscando-se um denominador que cumpra os ditames constitucionais.

Para Carvalho (2011, p. 108), “[...] o intuito é garantir a tributação justa, sendo isto um sobrevalor no ordenamento jurídico brasileiro”. Isso não sugere um tratamento igual a todos os contribuintes, mas que as pessoas físicas ou jurídicas em situações semelhantes economicamente se submetam a regime análogo, resguardadas as particularidades próprias de cada um.

Portanto, “o principal objetivo do princípio da isonomia tributária é a vedação ao tratamento diferenciado em situações idênticas ou ao tratamento idêntico em situações diferenciadas” (BARBOSA, 2005, p. 427). Fischer (2010, p. 127) complementa essa afirmação, dizendo que “[...] a Constituição deixa claro que as normas constitucionais limitadoras do poder de tributar têm uma natureza dúplice, ao mesmo tempo em que são normas que auxiliam na delimitação de competências, são, também, normas definidoras de direitos e garantias fundamentais”.

O princípio da isonomia tributária, portanto, diz com a necessidade de tratar de forma distinta os contribuintes que estão em situação desigual, sob pena de haver ofensa ao ditame normativo. Nada obstante, “tal discriminação não pode ser feita de modo não criterioso, sob pena de não se alcançar o objetivo colimado: há que ser balizada pela capacidade contributiva” (LEONETTI, 2015, p. 241). Trata-se da igualdade no sentido material ou substancial, expressa o esperado tratamento equânime entre todos os homens, proporcionando-lhes idêntico alcance aos bens da vida (COSTA, 2012, p. 38). A isonomia em sentido formal, igualmente de notória relevância prática, dispõe sobre as legítimas discriminações legais, ou sejam, aquelas ‘equiparações’ ou ‘desequiparações’ positivadas (COSTA, 2012, p. 38).

Segundo Folloni (2014, p. 203) classificar o princípio da isonomia como simplesmente aquele que deve tratar igualmente os iguais é por demais simplista e acaba por concluir que será justa a tributação que atinja igualmente todos os contribuintes. Uma sociedade complexa como a

que vivemos não pode conformar-se com este conceito, com um Estado que tribute em demasia a todos os cidadãos e não lhes devolva em contrapartida serviços adequados. Justiça tributária e igualdade tributária, adverte o autor, não são o mesmo. Nessa linha, para Buisa e Bevilacqua (2017, p. 124), realizar-se-ia justiça fiscal quando se atenuam os deletérios efeitos da regressividade tributária.

Percebe-se, nessa linha de raciocínio, uma ausência do interesse público – “um nexu tendente a adir a um sujeito o bem que ele estima” (HAEBERLIN, 2014, p. 179) – ao princípio da isonomia tributária em nosso sistema de arrecadação.

Com efeito, o Brasil tem por opção política uma maior tributação sobre bens e serviços. Trata-se do denominado sistema regressivo de tributação, resumida na afirmação de Gomes (2016): “em português claro, quem tem mais paga menos”. A maior penalização dos mais pobres pode ser resumida, segundo o autor, em três características: 1. excesso de tributação sobre bens e serviços, de 18,8% do PIB (maior do que em qualquer país da OCDE, onde a média é de 11,6% do PIB); 2. isenção total de imposto de renda sobre lucros e dividendos distribuídos a acionistas de empresas (o inverso do que faz a maioria dos países) e 3. possibilidade de se deduzir do lucro tributável uma despesa fictícia relativa aos chamados “juros sobre capital próprio”.

Caliendo (2009, p. 158) explica que a regressividade dos tributos ocorre pelo fato de incidirem sobre a renda consumida, de modo geral os agentes econômicos se dividem em renda consumida e renda poupada. Teoricamente, segue o autor, a renda poupada dos mais ricos é maior do que a dos mais pobres. Desse modo, a tributação atua com mais vigor entre os mais pobres. Ressalta o autor, ainda (2009, p. 159), que no caso do Brasil, em um contexto incomum, acabou-se gerando concentração em torno de 50% da arrecadação na forma de substituição tributária, tal como ocorre com a energia elétrica, os combustíveis, e outros serviços essenciais.

Nesse cenário, mostra-se verdadeira a afirmação de Machado e Balthazar (2017, p. 244): “a regressividade do aparelho fiscal brasileiro é

perversa, fazendo-o atuar como um Robin Hood às avessas, que tira o dinheiro dos pobres para entregar aos ricos”.

Frente a esses fatos, a “necessidade de uma revisão, para uns, ou de verdadeira reforma para outros, do nosso sistema tributário para adequá-lo a realidade do momento em que vivemos é hoje praticamente uma unanimidade nacional” (REIS 2011, p. 37).

A revisão literária constata, desse modo, o que o cidadão empiricamente testemunha diuturnamente: o princípio da isonomia tributária não está sendo seguido conforme ditado no comando constitucional na lógica pensada ao sistema tributário brasileiro. Pelo contrário, verifica-se que a tributação está sendo um meio para aumentar a desigualdade social, antagonicamente ao intuito da Magna Carta. Nesse cenário, o sistema tributário perde o sentido, conforme ressalta Mendonça (2010, p. 83):

Na verdade, porém, o que justifica a arrecadação é justamente o destino que será dado aos recursos, de modo que nem faria sentido imaginar que o Estado arrecade por ganância ou mera displicência. Já não se supõe que os governantes tenham qualquer direito natural a exercer dominação e ver seus gastos sustentados pelo povo por mera imposição de vontade. O que legitima o Estado é a sua importância instrumental, de modo que todos os recursos públicos devem receber alguma destinação.

É importante sempre lembrar que “[...] o crescimento econômico não pode sensatamente ser considerado um fim em si mesmo, o desenvolvimento tem de estar relacionado, sobretudo com a melhoria da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos”. (SEN, 2010, p. 29). Assim como ocorre com o crescimento econômico, ocorre com os tributos que lhe geram. O sistema tributário, ao exercer o papel arrecadatório, na medida em que é meio, deve refletir em uma melhor qualidade de vida e à proteção aos direitos humanos, características que não se testemunham ocorrer.

O papel idealizado pela Constituição Federal à isonomia tributária foi o de precisamente conceder ao sistema tributário a possibilidade de ser um método capaz de desenvolver as capacidades do homem. Conforme

Sen (2017, p. 105) “a capacidade (*capability*)⁵ de uma pessoa consiste nas combinações alternativas de funcionamentos cuja realização é factível por ela”. Trata-se da expansão individual da liberdade, principal fim e meio para o desenvolvimento humano. O desenvolvimento humano está diretamente atrelado à ideia de eliminar privações de liberdade. (SEN, 2017, p. 291). Dito de outro modo, pode-se afirmar que privar o ser humano de uma renda que lhe traga dignidade, educação que lhe estimule um raciocínio crítico – pressuposto para o exercício da cidadania –, e, ainda, infraestrutura básica voltada à promoção da saúde, com saneamento básico e um sistema de saúde que atenda a população com excelência, tanto no âmbito da patologia preventiva quanto repressiva, é impedir o exercício da cidadania.

Nussbaum ratifica essa ideia, afirmando (2015, p. 25) que [...] “o desenvolvimento humano não significa um falso idealismo; ele está estritamente relacionado aos compromissos constitucionais, nem sempre plenamente cumpridos, se muitas, senão da maioria democrática do mundo”. O futuro da democracia, diz ela (2015, p. 4), depende de cidadãos íntegros que possam pensar por si próprios, criticar a tradição e entender o significado dos sofrimentos e das realizações dos outros.⁶

Consequentemente, a importância da conscientização do que deveria ser o sistema tributário e o que o sistema tributário se tornou é de vital

⁵ Segundo Sen, agência é dotar os indivíduos de capacidades de escolhas em igual oportunidade, “é principalmente uma tentativa de ver o desenvolvimento como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam. Nesta abordagem, a expansão da liberdade é considerada 1) o fim principal e 2) o principal meio do desenvolvimento”. Trata-se de um papel constitutivo e instrumental. As liberdades substantivas incluem, para ele, capacidades elementares como por exemplo ter condições de evitar privações como a fome, a subnutrição, a morbidez evitável e a morte prematura, bem como as liberdades a saber ler e fazer cálculos aritméticos, ter participação política e liberdade de expressão (SEN, 2010, p. 55).

⁶ No mesmo sentido, colhe-se de Bobbio, Mateucci e Pasquino (1998, p. 102-103): “[...] a democracia de um sistema político é avaliada com base na real participação dos cidadãos na formação das decisões; e nas atuais democracias liberais, a participação política é realmente insuficiente, porque os homens não são educados para uma tal participação, que muitas vezes diz respeito a problemas longínquos e abstratos, através da oportunidade de participar nas decisões que os tocam de perto na sua experiência concreta. Nesta perspectiva, a conexão entre o Autoritarismo ou a democracia das outras instituições sociais e o Autoritarismo ou a democracia do sistema político toma-se bastante estreita. Um sistema político democrático pressupõe uma sociedade democrática; e por isso as atuais democracias liberais devem sujeitar-se a uma profunda transformação, no sentido de uma nítida democratização das instituições sociais que, tal como acontece com as instituições econômicas, envolvem mais diretamente os interesses dos homens que nelas trabalham dia-a-dia.”

importância para o concertado desempenho de uma boa cidadania. É improtelável, principalmente diante de estrangulamentos de direitos básicos (do qual a reforma trabalhista ou a Emenda Constitucional n. 95 são exemplos), a consciência e atitudes ativas contra certas disfunções às quais o Brasil vem sendo exposto. Sem o conhecimento, impede-se o combate dos desajustes sociais de uma sociedade moribunda.

Tem-se, nessa senda, que um adequado implemento do princípio da isonomia tributária, o que importaria sua concretização nos exatos termos constitucionais, permitiria a efetivação de políticas públicas que garantam a proteção dos listados direitos. Direitos que, mais de que um mínimo existencial ou uma consagração da sobrevivência, dê, como antes afirmado, vida à vida, implementando igualdade de condições. O direito à alimentação, à educação, à saúde, à moradia e à segurança, pois, não consagram a si próprios, mas o sentido de liberdade como “agência” tratada por Sen.

Pobreza, alta concentração de renda, desemprego, déficit habitacional firmam as evidências da “má formação” do desenvolvimento no país. (SABBAG, 2007, p. 227) A história recente, sempre muito permeada por dificuldades e sacrifícios forçados à população mais carente, explica o fato de que, apenas dos ténues avanços das políticas econômicas nas áreas sociais, o Brasil é cada vez mais um país desigual. (SABBAG, 2007, p. 227). Aliás segundo dados da Organização das Nações Unidas (ONU, 2018) “no Brasil, a concentração da renda nas mãos do 1% mais rico é o dobro da média geral”.

Se é verdade que boas regras ajudam, elas – mesmo quando somadas a intenções honradas – não bastam quando ficam em folhas de papel que, via de regra, sequer são do conhecimento e da compreensão do povo. Um povo que, com seus direitos mais básicos reduzidos, inclusive pela baixa normatividade entre o sistema tributário e aquilo que esse sistema visa a implementar, tem reduzida a sua liberdade e vê impossibilitado o seu desenvolvimento.

4. Considerações finais

A dignidade da pessoa humana é o norteador do nosso sistema jurídico. O direito tributário, por outro lado, é um dos mecanismos utilizados para dirigir o Estado na produção da dignidade. Um meio para prover eficácia àquele nobre e mandatário fim. Esta a vinculação entre as vinculações no que concerne à arrecadação de tributos.

O princípio da isonomia tributária busca, no mundo do dever-ser, o tratamento igualitário entre os contribuintes que se encontram em situação equivalente, proporcionando uma tributação justa. Significa dizer que as pessoas com maior poder aquisitivo deverão possuir uma carga tributária mais elevada do que as pessoas de menor renda. Trata-se, aqui, de um dos tantos (e descuidados) modos de atenuar as desigualdades sociais. A justiça fiscal tem, como um de seus escopos, fortalecer a dignidade.

Nos últimos anos, presenciamos que o crescimento econômico, mesmo quando elevado, não importou em uma corolária e proporcional diminuição da desigualdade exatamente o contrário. Uma das causas a ser apontada dessa assimetria está nessa tributação incauta da isonomia tributária.

Se a vida digna não decorre única e exclusivamente de um regime tributário que privilegia e concretiza o princípio da isonomia tributária, não se pode descuidar do papel de um tal regime tributário para a promoção dela. O Direito Tributário não é o direito dos bem aquinhoados. É o direito que cuida dos meios para a obtenção de fins. E que, portanto, trata da esperança de reduzir as desigualdades e criar alternativas viáveis para o homem desenvolver-se de acordo com suas próprias escolhas.

Torna-se necessário, na emergente situação de precariedades de direitos a qual se encontra o nosso país, o exercício de uma “cidadania consciente” nos moldes de Nussbaum. Dentre tantos problemas a superar, seguramente um deles é aquele que toca a um melhor equilíbrio de receitas e despesas, pensadas menos como projetos ideológicos – isso é, vistas também com olhos que querem ver o outro – e mais como um dever diante de

prescrições constitucionais, como aquela que busca implementar isonomia tributária.

Este artigo, ao atentar para o sistema tributário, e, dentre deste, para o princípio da isonomia tributária, busca provocar uma reflexão sobre um importante aspecto da teoria dos direitos humanos que, muitas vezes, mostra-se esquecido: a concretização desses direitos, muitas vezes, depende de receitas estatais. Não pode, pois, no meio que busca promover o fim, estar a semente do problema. No entanto, enquanto aumentar-se o fosso existente entre as camadas mais ricas e mais pobres da população desde a arrecadação, essa é a realidade.

O sistema tributário, principalmente o princípio da isonomia, deveria ser um importante regulador da economia de modo proporcionar uma tributação de modo equitativo, no qual os que mais possuem mais pagam, sendo o contrário também verdadeiro. Porém, a despeito, esta não é a realidade.

A política, o sistema tributário e a cidadania mostram-se, pois, indissociáveis. E essa relação não começa, nem termina, com o exercício do voto. Ela começa, e termina, com o conhecimento da urgência de uma melhoria no desenvolvimento humano, a qual passa, necessariamente, pelo incremento da liberdade no sentido de “agência”. E ela começa, e termina, com o conhecimento dos meios para a realização dessa liberdade.

Referências

ANDRADE, José Maria Arruda de; BARROS, Maurício. Os Tributos Indiretos e a Repetição de Indébito. In GAIA, Fernando Antonio Cavanha; ANDRADE, José Maria Arruda de; BARROS, Maurício. **Cadernos de Direito Empresarial**. Vol. 9-10. São Paulo: Gaiga, Silva e Gaedes Advogados Associados, p. 134-147.

ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARBOSA, Juliana Evangelista Montenegro. O Princípio da Isonomia Tributária e sua Aplicabilidade. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito** - PPGDir/UFRGS. Vol. 4, n. 7. Porto Alegre: 2005

- BARZOTTO, Luis Fernando. **Os Direitos Humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética.** Revista da Procuradoria Geral do Estado. V. 28. N. 59. Porto Alegre. Jun./ 2004.
- BARRETO, Vicente de Paulo; BRAGATO, Fernanda Frizzo. **Aporias da Fundamentação Convencional dos Direitos Humanos e os Caminhos da Interculturalidade.** Espaço Jurídico Journal Of Law. Vol. 18, n. 1, p. 15-30. Joaçaba, 2017.
- BEATTY, David M. **A essência do Estado de direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- BUISSA, Leonardo; BEVILACQUA, Lucas. **Seletividade, Justiça Fiscal e neutralidade concorrencial: o ICMS sobre a energia elétrica nos tribunais superiores.** Int. Público – IP. Belo Horizonte, ano 19, n. 104, p. 121-141, 2017.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** 11ª Ed. Brasília: Universidade de Brasília (UNB), 1998.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho, 7º Edição. Editora Elsevier. Rio de Janeiro, 2004.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Derivação e positivação no direito tributário.** Vol. 1. São Paulo: Noeses, 2011.
- CALIENDO, Paulo. **Direito Tributário e Análise Econômica do Direito, uma visão crítica.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- CLEMÉNT, Zlata Drnas de. **La complejidad del principio pro homine.** JA n. 12, p. 99-111. Buenos Aires, 2015. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33496.pdf>. Acesso em: 4 set. 2018.
- COSTA, Regina Helena. **Princípio da Capacidade Contributiva.** 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- DERZI, Misabel Abreu Machado (Coord.). **Construindo o Direito Tributário na Constituição: uma análise da obra do Ministro Carlos Mário Velloso.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- DIFINI, Luiz Felipe Silveira. **Manual de Direito Tributário.** São Paulo: Saraiva, 2003.

FISCHER, Octavio Campos. Direitos Fundamentais dos Contribuintes. **Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**. Ceará, 2010.

FOLLONI, André. **Isonomia na Tributação Extrafiscal**. GV, São Paulo, n. 19, p. 201-220, 2014.

GOMES, Marcel. IPEA. **Distorções de uma carga fiscal regressiva**. Ano 12, ed. 86. São Paulo, 2016. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=3233&catid=30&Itemid=41, Acesso em: 10 de jul./2018.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Sistema e Princípios Constitucionais Tributários**. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/sistema-e-principios-constitucionais-tributarios-por-betina-treiger-gruppenmacher/>, acesso em: 10 de julho de 2018.

HAEBERLIN, Martín Perius. **Crítica da Razão do Estado: Uma (Re)Formulação do Conceito de Interesse Público e a Correlata Construção de um Estado Meritocrático de Direito**. 2014. 475 fls. Tese. “Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito”. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/RS, 2014.

HESSE, Konrad. **A força Normativa da Constituição**. MENDES, Gilmar Ferreira (tradução). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

LEONETTI, Carlos Araújo. **Os Direitos Humanos da Tributação – um Caso Concreto**: o direito à dedução integral dos gastos com medicamentos da base de cálculo do imposto sobre a renda. Sequência (Florianópolis), n. 70, p. 235-252, jun. 2015

LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós, ensaios sobre a alteridade**. Petrópolis, Vozes, 1997.

MACHADO, Carlos Henrique; BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. **A Reforma Tributária como Instrumento de Efetivação da Justiça Distributiva**: uma abordagem histórica. Sequência (Florianópolis), n. 77, p. 221-252, nov. 2017

MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. **A Constitucionalização das Políticas Públicas no Brasil, devido processo orçamentário e Democracia**. Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2010.

NUSSBAUM, Martha C. **Sem Fins Lucrativos, por que a democracia precisa das humanidades**. São Paulo: Martins Fonte, 2015.

OLIVEIRA, Maria Christina Barreiros D'. Breve **Análise do Princípio da Isonomia Tributária**. Instituto Processus, Brasília, 1ª Ed., p. 1-10. Disponível em: http://institutoprocessus.com.br/2012/wp-content/uploads/2011/12/3_edicao01.pdf. Acesso em: 31 jul. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **O Brasil está entre os 5 países mais desiguais do mundo**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/brasil-esta-entre-os-cinco-paises-mais-desiguais-diz-estudo-de-centro-da-onu/>. Acesso em: 3 set. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 2ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

RAMOS, André de Carvalho. O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. In SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Lumen Juris, 2011. Capítulo I. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, p.3-35.

REIS, Elcio Fonseca. O Estado Democrático de Direito. Tipicidade Tributária. Conceitos Indeterminados e Segurança Jurídica. In MARTINS, Ives Gandra da Silva; BRITO, Edvaldo Pereira de (Org.). **Direito Tributário: princípios e normas gerais** (coleção doutrina essenciais vol. 1). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SABBAG, César. **Orçamento e Desenvolvimento**. Campinas/SP: Millennium, 2007.

SCAFF, Fernando Facury; TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. **Verba Juris**, ano 3, n. 3, jan./dez. 2004.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org

contato@editorafi.org