

19

ISSN: 1984-0322
e-ISSN: 2448-4555
DOI: <https://doi.org/10.46901/revistadadpu.i19>

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO



ESCOLA NACIONAL DA DEFENSORIA
PÚBLICA DA UNIÃO

Janeiro/Junho de 2023
Brasília/DF

ESCOLA NACIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

César de Oliveira Gomes

Diretor-Geral da Escola Nacional da Defensoria Pública da União

CONSELHO EDITORIAL

Érico Lima de Oliveira - Editor-Chefe da Revista da Defensoria Pública da União. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Defensor Público Federal.

CONSELHEIROS ENDÓGENOS TITULARES

Denise Tanaka dos Santos - Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Defensora Pública Federal.

Guillermo Rojas de Cerqueira César - Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário de Marília (UNIVEM). Defensor Público Federal.

Ricardo Russell Brandão Cavalcanti - Doutor em Ciências Jurídicas-Públicas pela Universidade do Minho - Braga, Portugal. Defensor Público Federal.

CONSELHEIROS ENDÓGENOS SUPLENTES

Daniel Mourgues Cogoy - Mestre em Ciências Jurídico-Cíveis pela Universidade de Lisboa (UL), Portugal. Defensor Público Federal.

Edilson Santana Gonçalves Filho - Mestre e Doutorando em Direito - Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico pela Universidade Federal do Ceará. Defensor Público Federal.

Lutiana Valadares Fernandes Barbosa - Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Defensora Pública Federal.

CONSELHEIROS EXÓGENOS

Alexandre Morais da Rosa - Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor do Programa de Graduação, Mestrado e Doutorado da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI).

Artur Stamford da Silva - Doutor em Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor Titular da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

Cesar Augusto Silva da Silva - Doutor em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor Associado da Faculdade de Direito (FADIR) da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS).

Clarissa Marques da Cunha - Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professora da Universidade de Pernambuco (UPE) e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Damas (PPGD-ARIC-FADIC). Advogada.

Clayton de Albuquerque Maranhão - Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor Associado da Universidade Federal do Paraná (UFPR).

Cleber Francisco Alves - Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Professor da Universidade Católica de Petrópolis (UCP) e da Universidade Federal Fluminense (UFF).

Guilherme Roman Borges - Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professor de Direitos Humanos da Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Católica de Brasília (UCB).

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ESCOLA NACIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

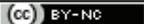
N. 19, jan./jun. de 2023
Brasília, DF

ISSN 1984-0322 (impresso)
e-ISSN 2448-4555 (online)

R. Defensoria Públ. União	Brasília, DF	n. 19	p. 1-285	jan./jun. 2023
---------------------------	--------------	-------	----------	----------------

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Missão: Fomentar e disseminar conhecimento afeto à Defensoria Pública, à promoção dos Direitos Humanos e ao acesso à justiça.

Revista da Defensoria Pública da União está licenciada sob CC BY-NC 4.0 

Esta publicação utiliza o software  iThenticate® para verificação de similaridade.

DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL EM EXERCÍCIO

Fernando Mauro Barbosa de Oliveira Junior

CORREGEDOR-GERAL FEDERAL

Fabiano Caetano Prestes

CONSELHO SUPERIOR

Edson Rodrigues Marques - Defensor Público Federal de Categoria Especial
Lúcio Ferreira Guedes - Defensor Público Federal de Categoria Especial
Daniele de Souza Osório - Defensora Pública Federal de Primeira Categoria
Carlos Eduardo Barbosa Paz - Defensor Público Federal de Primeira Categoria
Michelle Leite de Souza Santos - Defensora Pública Federal de Segunda Categoria
Daniel Pheula Cestari - Defensor Público Federal de Segunda Categoria

COORDENAÇÃO, EDITORAÇÃO, DISTRIBUIÇÃO E INFORMAÇÕES

Coordenação de Incentivo à Pesquisa e Publicação - COPP

Palácio da Agricultura, Bloco F, Quadra 01, Setor Bancário Norte, 4º Andar, Brasília/DF- CEP 70.040-908

Tel.: +55 (61) 98258-0136

Site: www.dpu.gov.br/esdpu

E-mail: publicacoes.enadpu@dpu.def.br

Revista da Defensoria Pública da União / Defensoria Pública da União. – n. 19

(jan./jun. 2023)- . – Brasília : DPU, 2023- .

v. ; 28 cm.

Semestral

Disponível também: <http://revistadadpu.dpu.def.br>

ISSN 1984-0322 – e-ISSN 2448-4555 (online)

1. Direito público, periódico. 2. Assistência judiciária, periódico. 3. Defensoria pública, Brasil, periódico. I. Brasil. Defensoria Pública da União.

CDDir 341.46218

Os colaboradores desta Revista possuem ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

Filiada à Associação Brasileira de Editores Científicos - ABEC



REDE VIRTUAL DE
BIBLIOTECAS



BDJur
Biblioteca Digital Jurídica - 571



sumários
Sumários de Revistas Brasileiras.org



Crossref



Corte IDH
Protegiendo Derechos

EQUIPE DE PRODUÇÃO EDITORIAL

Daiane dos Santos Soares

Vinicius Oliveira de Moura Pereira

Editores Executivos

Marcela Iwano

Assistente de Editoração

Tiago Sales Miranda

Assistente de Editoração

Amanda de Matos Luna

Assistente de Comunicação Social - Publicidade e Propaganda

Emanuela Silva de Almeida

Estagiária de Letras - Português

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL – ASCOM – PROJETO GRÁFICO

KAZIGU – DIAGRAMAÇÃO

PARECERISTAS DESTA EDIÇÃO

Aline Andrighetto - Doutora em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos. Mestra em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI). Professora no curso de Direito do Centro Universitário Cenecista de Osório - UNICNEC. Membro do Núcleo de Pesquisa em Direitos Humanos da Unisinos.

Ana Flávia Borges Paulino - Doutoranda em Direito pela UnB. Mestra em Direito, Regulação e Políticas Públicas pela UnB. Analista do Superior Tribunal de Justiça. Professora de Pós-Graduação e Graduação.

Ana Mônica Anselmo de Amorim - Doutora em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestra em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Diretora da Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Ceará. Subcoordenadora-Geral das Escolas Superiores das Defensorias Públicas - CONDEGE. Professora.

Andréa Paula dos Reis Santos Oliveira - Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Mestra em Família na Sociedade Contemporânea pela Universidade Católica do Salvador - UCSAL. Operadora do Direito no ramo de Direito Público e Privado.

Carlos Eduardo de Castro e Silva Carneira - Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo São Francisco, FD-USP). Professor Convidado e Coorganizador na Pós-Graduação da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC - 2019, 2021). Advogado. Membro e Conselheiro Científico do Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero (GADvS).

Cassio Berg Barcellos - Doutorando em Políticas Sociais e Direitos Humanos pela Universidade Católica de Pelotas (UCPEL). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). Professor de Graduação e Pós-Graduação da Academia Nacional de Polícia (ANP). Delegado de Polícia Federal do Departamento de Polícia Federal do Brasil.

Cecília Bojarski Pires - Doutoranda em Ciências Jurídicas na vertente Ciências Jurídicas Públicas pela Universidade do Minho. Mestra em Direito Constitucional pela UFF. Professora de Direito Civil e Prática Cível na Universidade Estácio de Sá.

Cesar Augusto da Silva - Doutor em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor Associado da Faculdade de Direito (FADIR) da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS), em Campo Grande, e do Mestrado Interdisciplinar Fronteiras e Direitos Humanos da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da UFGD, em Dourados - MS.

Daisy Assmann Lima - Doutora e Mestre em Economia pela Universidade Católica de Brasília. Professora Conteudista no Gran Cursos Online, Sagah, Dot Digital e Delinea. Professora das instituições Ceub e Uverse.

Erica Antônia Bianco de Soto Inoue - Doutoranda em Sistema de Direitos e Garantias pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (2020). Master in Business Administration - Gestão Pública pela FGV. Procuradora da Prefeitura Municipal de Guarantã e Professora-Tutora da Fundação Getúlio Vargas.

Larissa de Oliveira Elsner - Doutoranda em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Advogada.

Liliam Simões dos Santos Barbosa - Mestranda em Direito. Mentora do programa de mentoria Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional do Rio de Janeiro. Assessora Jurídica - Caixa de Assistência à Saúde dos Servidores Públicos Municipais de Porciúncula.

Lucas Moreschi Paulo - Doutorando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Advogado.

Luiz Felipe Xavier Gonçalves - Doutorando em Filosofia pela Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP). Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor de filosofia no Instituto Federal do Amazonas (IFAM).

Luiz Fernando Lourenço Guimarães - Mestre em Direito pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Oficial de Justiça Avaliador Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

Maria Fernanda Paci Hirata Shimada - Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM). Mestranda em Educação pela UFMS. Docente do Curso de Direito das Faculdades Integradas Rui Barbosa. Advogada.

Othon Pantoja Oliveira de Azevedo - Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Assessor jurídico da Assessoria de Atuação no Supremo Tribunal Federal pela Defensoria Pública da União. Advogado.

Paloma Morais Correa - Mestre em Relações Internacionais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Direitos Humanos pela London School of Economics and Political Science. Advogada. Servidora pública federal no Núcleo Criminal da Defensoria Pública da União no Rio Grande do Sul.

Paulo Fernando de Britto Feitoza - Doutor em Direito das Relações Sociais - Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas. Juiz Titular da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Manaus, Amazonas. Professor da Escola Superior da Magistratura do Amazonas - ESMAM.

Pedro Rennó Marinho - Mestre em Ciências Jurídicas - Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Defensor Público Federal - DPU.

Rui Carlo Dissenha - Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Masters in Law em Direito Internacional Público com especialização em Direito Penal Internacional na Leiden University - Holanda (LLM/PIL International Criminal Law Specialization - Universiteit Leiden). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Internacional - UNINTER.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO César de Oliveira Gomes	11
--	----

EDITORIAL Érico Lima de Oliveira	13
--	----

I - SEÇÃO TEMÁTICA ESPECIAL

SAÚDE PÚBLICA E DIREITOS HUMANOS: DIÁLOGOS INTERDISCIPLINARES <i>PUBLIC HEALTH AND HUMAN RIGHTS: INTERDISCIPLINARY DIALOGUES</i>	19
--	----

Vacinas como direitos humanos <i>Vaccines as human rights</i> Natalia Pasternak Taschner e Paulo Vitor Gomes Almeida	21
---	----

"Fechamento das fronteiras" na pandemia de Covid-19: o que a Portaria Interministerial nº 652/2021 quer dizer sobre a migração venezuelana <i>"Closing borders" in the Covid-19 pandemic: what Interministerial Ordinance nº 652/2021 wants to say about venezuelan migration</i> Nathália Santos Veras	35
--	----

O acesso à justiça nas demandas de saúde: impactos dos Temas 793 e 1234 do Supremo Tribunal Federal <i>The right to access to justice in healthcare demands: the impacts of Brazilian Supreme Court's decisions on Themes 793 and 1234</i> Carolina Godoy Leite	63
--	----

II - SEÇÕES DA REVISTA

DIREITOS HUMANOS *HUMAN RIGHTS*

89

Pessoas em situação de rua e o direito à cidade
Homelessness and the right to the city
Sidnéia Bento Duque

91

The asylum case: an analysis of the International Court of Justice's leading judgment on political asylum and regional custom
O caso asilo: uma análise do julgamento paradigmático da Corte Internacional de Justiça sobre asilo político e costume regional
Lutiana Valadares Fernandes Barbosa

115

Empresas e direitos humanos: o enfrentamento ao tráfico de pessoas por meio das compras e contratações públicas
Business and human rights: combating human trafficking through public procurement and contracting
Vivian Netto Machado Santarém

141

Combate ao tráfico de animais silvestres do Brasil: análise da gestão ambiental brasileira
Fighting wildlife trafficking in Brazil: Brazilian environmental management analysis
Aline Andrighetto e Thaís Alessandra Kraemer

167

A efetivação dos direitos fundamentais relativos à seguridade social em face da reserva do possível
The effectiveness of fundamental rights related to social security in face of the principle of reserve for contingencies
Thiago Gomes da Silva

197

ACESSO À JUSTIÇA <i>ACCESS TO JUSTICE</i>	223
O diálogo como instrumento de acesso a direitos da população em situação de rua <i>Dialogue as a tool to provide homeless people with access to their rights</i> Daniel Bettanin e Silva, Stéfanie Barbosa Sobral e Samuel Rodrigues	225
DEFENSORIA PÚBLICA <i>PUBLIC DEFENDER'S OFFICE</i>	247
A intervenção de terceiros e o novo Código de Processo Civil: atuação da Defensoria Pública na função de <i>custos vulnerabilis</i> <i>The third-party intervention and the new Civil Procedure Code: performance of the Public Defender in the function of vulnerabilis costs</i> Valmir Caliman Matos	249
RESENHA <i>REVIEW</i>	269
<i>SANDS, Philippe. The Last Colony: a tale of exile, justice and Britain's colonial legacy. Londres: Weidenfeld & Nicolson, 2022, p.224.</i> Por Felipe Nicolau Pimentel Alamino	271
ORIENTAÇÕES PARA AUTORES <i>GUIDELINES FOR AUTHORS</i>	279

APRESENTAÇÃO

No dia 05 de maio de 2023 a Organização Mundial da Saúde decretou o fim da Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional referente à pandemia de Covid-19. Embora isso não signifique o fim das preocupações relacionadas ao vírus como uma ameaça à saúde, é inegável que a declaração da OMS põe termo a um período de mais de três anos de uma crise humanitária que expôs a vulnerabilidade tanto do Estado como da sociedade no enfrentamento de desafios relacionados à saúde pública.

A pandemia trouxe para o debate público temas que até então eram tratados por muitas autoridades governamentais de forma insular e periférica. O ponto de partida aponta para a noção de que políticas públicas de saúde devem considerar os elementos multifatoriais e interseccionais que submetem determinados grupos de pessoas a riscos mais elevados de contaminação e desenvolvimento de doenças. Marcadores sociais como pobreza, raça, gênero e deficiência, por exemplo, são fatores de risco preponderantes no que se refere às expectativas de garantia e proteção do direito humano à saúde.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ao tratar da pandemia de Covid-19, ressaltou o impacto da emergência sanitária para grupos em especial condição de vulnerabilidade e vítimas de discriminação histórica, tais como: povos indígenas, pessoas afrodescendentes, idosos, mulheres, crianças e adolescentes, pessoas em situação de mobilidade, pessoas privadas de liberdade, pessoas LGBTI, pessoas com deficiência, trabalhadores(as) informais, pessoas em situação de rua, entre outros. A CIDH recomendou aos Estados da região que, ao estabelecerem medidas de emergência e contenção frente à pandemia de Covid-19, aplicassem perspectivas interseccionais e prestassem especial atenção às necessidades e ao impacto diferenciado dessas medidas nos direitos humanos desses grupos.¹

A importância de os Estados investirem em um sistema de saúde público também foi objeto de muita reflexão no período pandêmico. No caso do Brasil, restou comprovado o acerto do constituinte de 1988 ao instituir o Sistema Único de Saúde no país, conferindo acesso integral, universal e gratuito para todas as pessoas. Por outro lado, infelizmente, a humanidade presenciou o fenômeno da politização e ideologização de temas relacionados à saúde. Autoridades políticas, por meio da propagação de fake news, questionavam publicamente o uso de vacinas contra a Covid-19, sem fundamento científico algum, ocasionando enormes prejuízos para a campanha de enfrentamento ao vírus.

¹ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de los Derechos Humanos. **Pandemia y Derechos Humanos**. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 9 de septiembre de 2022, p. 111.

Em razão de toda essa efervescência no debate público referente ao direito à saúde, e considerando a missão constitucional da Defensoria Pública de promover os direitos humanos e o acesso à justiça, esta edição da Revista da Defensoria Pública da União dedica especial atenção ao tema.

Na Seção Temática Especial, apresentamos o tema “Saúde Pública e Direitos Humanos: Diálogos Interdisciplinares”. Para o texto de abertura, tivemos a satisfação de contar com a contribuição de Natalia Pasternak Taschner e Paulo Vitor Gomes Almeida, que, com o texto “Vacinas como direitos humanos”, promovem uma análise histórica da percepção da obrigatoriedade da vacina infantil no debate público. Os autores lembram que a vacina infantil, além de ser um direito da criança, é uma iniciativa de saúde coletiva e está diretamente relacionada aos direitos à vida, à saúde e ao desenvolvimento. Na sequência, o artigo de Nathália Santos Veras traz uma reflexão sobre o fluxo migratório da população venezuelana durante a pandemia de Covid-19, tecendo considerações sobre o impacto da Portaria Interministerial nº 652/2021 nesse contexto. Carolina Godoy Leite trata do acesso à justiça nas demandas de saúde, a partir dos impactos dos Temas 793 e 1234 do Supremo Tribunal Federal.

Nas seções permanentes da Revista, no que se refere aos direitos humanos, temos o artigo de Sidnéia Bento Duque, que destaca o direito à cidade das pessoas em situação de rua, e Lutiana Valadares Fernandes Barbosa, que apresenta a análise de um julgamento da Corte Internacional de Justiça sobre asilo político e costume regional. Há também os textos de Vivian Santarém, Aline Andrighetto e Thaís Alessandra Kraemer e Thiago Gomes. A primeira, tratando do tema “empresas e direitos humanos”, problematiza o enfrentamento ao tráfico de pessoas por meio das compras e contratações públicas. Aline e Thaís tratam do combate ao tráfico de animais silvestres no Brasil. O artigo de Thiago Gomes apresenta uma análise sobre os direitos fundamentais relativos à seguridade social diante da reserva do possível.

Sobre acesso à justiça, destaco o texto de Daniel Bettanin e Silva, Stéfanie Barbosa Sobral e Samuel Rodrigues, que lembram a importância do diálogo para o acesso a direitos da população em situação de rua. Não poderia deixar de fazer menção ao texto de Valdir Caliman Matos, que apresenta a atuação da Defensoria Pública na função de custos vulnerabilis. Por fim, temos a contribuição de Felipe Nicolau Pimentel Alamino, que nos brinda com a resenha do livro de Philippe Sands *The Last Colony: a tale of exile, justice and Britain’s colonial legacy*.

Boa leitura a todas e todos!

César de Oliveira Gomes

Diretor-Geral da Escola Nacional da Defensoria Pública da União

EDITORIAL

A obrigação do governo é fortalecer cada vez mais as instituições que zelem pela saúde pública. Uma boa estatística sanitária dá mais valor a qualquer cidade do que tudo que dela possam dizer de bem. Nós ainda gastamos com a higiene. [...] A economia em tais casos é um crime pavoroso, indigno de nações civilizadas e dos governos hábeis.¹

Redigidas há mais de um século, as palavras da escritora Julia Lopes de Almeida poderiam perfeitamente compor o editorial de qualquer veículo da grande imprensa em 2023. Apesar dos grandes avanços concretizados a partir da Constituição Federal de 1988 ao criar o Sistema Único de Saúde, as políticas de saúde pública ainda não atingem a todos. Apenas à guisa de exemplo, no que se refere ao saneamento básico, o Estado brasileiro “está marcado por uma grande desigualdade e por um grande déficit ao acesso”². Desse modo, o tratamento dado à saúde pública no Brasil está muito aquém daquele estabelecido pela Carta Magna e pelos tratados internacionais de direitos humanos.

No entanto, a pandemia de Covid-19 mostrou que a omissão pode gerar um novo grau de responsabilização no campo dos direitos humanos. A Organização Mundial da Saúde prepara um documento que servirá de base para uma Convenção, acordo ou outro instrumento internacional sobre prevenção, preparação e resposta a pandemias. Tal documento é claro em seu preâmbulo, que reconhece o papel crítico da cooperação internacional e a obrigação dos Estados de agir de acordo com o Direito Internacional, inclusive para respeitar, proteger e promover os direitos humanos.³

Ademais, o respeito aos direitos humanos é um dos princípios basilares do futuro acordo, restando claro que sua implementação deve ser feita com total respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas, e cada

¹ ALMEIDA, Julia Lopes de. Febre amarela. O Paiz. Rio de Janeiro, 9 ago. 1910. Apud: CASTRO, Ruy. **As vozes da metrópole**: Uma antologia do Rio dos anos 20. São Paulo: Companhia das Letras, 2021, p. 97.

² LEONETI, Alexandre Bevilacqua; PRADO, Eliana Leão do; OLIVEIRA, Sonia Valle Walter Borges de. Saneamento básico no Brasil: considerações sobre investimentos e sustentabilidade para o século XXI. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 45, n. 2, p. 331-348, mar./abr. 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/KCkSKLRdQVCm5CwJLY5s9DS/?lang=pt&format=pdf>.

³ “Recognizing the critical role of international cooperation and obligations for States to act in accordance with international law, including to respect, protect and promote human rights.” WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Zero draft of the WHO CA+ for the consideration of the Intergovernmental - Negotiating Body at its fourth meeting**. 1 feb. 2023. Disponível em: https://apps.who.int/gb/inb/pdf_files/inb4/A_INB4_3-en.pdf.

Parte protegerá e promoverá tais liberdades.⁴ Finalmente, o artigo 14 do mesmo texto dispõe que as Partes devem, de acordo com suas legislações nacionais, adotar medidas não discriminatórias para proteger os direitos humanos como parte de sua prevenção, preparação, resposta e recuperação de pandemia, com uma ênfase particular nos direitos das pessoas em situações vulneráveis.⁵

É fato que, devido ao processo de construção do Direito Internacional, o documento a ser gerado pela Organização Mundial da Saúde ainda deve levar um tempo até chegar a seu texto final, ser assinado e ratificado pelos Estados, mas o direito à saúde pública já está previsto no escopo do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Tanto no sistema global, através do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, promulgado pelo Decreto 591, de 6 de julho de 1992, como no sistema interamericano, através do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador), promulgado pelo Decreto 3.321, de 30 de dezembro de 1999.

O primeiro estabelece, em seu artigo 12 (2, c), que os Estados-partes do Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, as medidas que se façam necessárias para a prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças. Já o segundo, em seu artigo 10 (2, d), dispõe que os Estados-partes se comprometem a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar as medidas para garantir esse direito, entre elas a prevenção e o tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza.

Entretanto, a “formulação original do direito à saúde sob o PIDESC está claramente desatualizada hoje; por exemplo, não menciona sequer a saúde reprodutiva”⁶, razão pela qual é importante observar os Comentários Gerais deliberados pelo respectivo Comitê. Ao interpretar o artigo 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e

⁴ “To achieve the objective of the WHO CA+ and to implement its provisions, the Parties will be guided, inter alia, by the principles and rights set out below: 1. Respect for human rights – The implementation of the WHO CA+ shall be with full respect for the dignity, human rights and fundamental freedoms of persons, and each Party shall protect and promote such freedoms.” Ibidem.

⁵ “Article 14. Protection of human rights 1. The Parties shall, in accordance with their national laws, incorporate non-discriminatory measures to protect human rights as part of their pandemic prevention, preparedness, response and recovery, with a particular emphasis on the rights of persons in vulnerable situations.” ORGANIZATION. **Zero draft of the WHO CA+ for the consideration of the Intergovernmental - Negotiating Body at its fourth meeting.** 1 feb. 2023. Disponível em: https://apps.who.int/gb/inb/pdf_files/inb4/A_INB4_3-en.pdf.

⁶ “The original formulation of the right to health under the ICESCR is clearly outdated today; for example, it fails to even mention reproductive health.” YAMIN, Alicia Ely. The right to health. In: DUGARD, Jackie; PORTER, Bruce; IKAWA, Daniela; CHENWI, Lilian; SHELTON, Dinah (Eds.). **Research Handbook on Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights.** Cheltenham: Edgar Elgar, 2020, p. 164.

Culturais esclareceu que a saúde é um direito humano fundamental e indispensável ao exercício dos outros direitos humanos⁷, bem como que a violação a esse direito pode se dar tanto pela forma comissiva (revogação formal ou suspensão da legislação necessária para o gozo continuado do direito de saúde ou a adoção de legislação ou políticas manifestamente incompatíveis com obrigações legais nacionais ou internacionais pré-existentes em relação ao direito à saúde)⁸ como pela forma omissiva (falha em tomar as medidas apropriadas para a plena realização do direito de todos ao gozo do mais alto padrão atingível de saúde física e mental, a incapacidade de ter um política nacional de segurança e saúde ocupacional, bem como serviços de saúde ocupacional, e a falha em aplicar as leis relevantes).⁹

O direito constitucional à saúde não foi uma mera transposição do artigo 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais para a Carta Magna¹⁰, mas sim resultado de um intenso movimento composto por profissionais da saúde pública. Assim, com “o apoio de alguns sindicatos, de políticos de diversos partidos e de parte da sociedade civil, a concepção coletivista da saúde como bem público (saúde coletiva) conseguiu vencer acirrada oposição e firmar-se na Constituição de 1988 como um direito fundamental”¹¹.

No ano de 1986, o presidente da Fundação Oswaldo Cruz Antônio Sérgio da Silva Arouca proferiu o famoso discurso “Democracia é Saúde”, na 8ª Conferência Nacional da Saúde¹², e lá estavam muitas das ideias que iriam nortear o direito à saúde tal qual foi concebido na Constituição Federal de 1988. Relatou o autor

⁷ COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. **Substantive issues arising in the implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.** General Comment No. 14, 2000. “The right to the highest attainable standard of health” (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights - E/C.12/2000/4, 11 August 2000) para “Health is a fundamental human right indispensable for the exercise of other human rights”.

⁸ Ibidem. “The right to the highest attainable standard of health” (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights - E/C.12/2000/4, 11 August 2000) para “[...] formal repeal or suspension of legislation necessary for the continued enjoyment of the right to health or the adoption of legislation or policies which are manifestly incompatible with pre-existing domestic or international legal obligations in relation to the right to health”.

⁹ Ibidem. “The right to the highest attainable standard of health” (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights - E/C.12/2000/4, 11 August 2000) para “[...] failure to take appropriate steps towards the full realization of everyone’s right to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, the failure to have a national policy on occupational safety and health as well as occupational health services, and the failure to enforce relevant laws”.

¹⁰ FERRAZ, Octavio Luiz Motta. **Health as a Human Right: The Politics and Judicialisation of Health in Brazil.** Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

¹¹ Ibidem. “With the support of some trade unions, politicians from several parties and a part of civil society, its collectivist conception of health as a public good (*saúde coletiva*) managed to overcome fierce opposition and become entrenched in the 1988 Constitution as a fundamental right.”

¹² BRASIL. Ministério da Saúde. **Anais da 8ª Conferência Nacional de Saúde.** Brasília: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1987. Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/0219VIIIcns.pdf>.

na Conferência que, “para se conseguir começar, timidamente, a melhorar as condições de saúde da população brasileira, era fundamental a conquista de um projeto de redemocratização deste País”¹³. Desse modo, também na saúde pública a Carta Magna procurou se desvincular do regime ditatorial ao afirmar, em seu artigo 23, que a saúde é de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. E o Supremo Tribunal Federal, no auge da emergência de saúde pública provocada pela pandemia, reafirmou que:

[o] pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios.¹⁴

No dia 5 de maio de 2023, a Organização Mundial da Saúde anunciou, através de seu Diretor-Geral, que a pandemia de Covid-19 é agora um problema de saúde estabelecido e contínuo e que não mais constitui uma emergência de saúde pública de interesse internacional.¹⁵ O anúncio, sem dúvida, é motivo de celebração e reflexão. Celebração pois a humanidade enfrentou um desafio de gigantescas proporções em um tempo recorde graças, sobretudo, à ciência. Reflexão considerando que, no campo jurídico, são necessárias respostas mais rápidas a eventuais omissões ou mesmo ações que venham a prejudicar o enfrentamento às futuras crises de saúde pública, visto que “a legislação poderia definir novas leis de responsabilidade civil ou criminal abrangendo atos ou omissões de funcionários públicos, líderes corporativos e religiosos e administradores escolares que exacerbam uma epidemia ou pandemia emergente”¹⁶.

¹³ BRASIL. Ministério da Saúde. **Anais da 8ª Conferência Nacional de Saúde**. Brasília: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1987, p. 37. Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/0219VIIIcns.pdf>.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341 Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Edson Fachin. Julgamento: 15 abr. 2020.

¹⁵ “COVID-19 is now an established and ongoing health issue which no longer constitutes a public health emergency of international concern (PHEIC).” WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Statement on the fifteenth meeting of the International Health Regulations** (2005) - Emergency Committee regarding the coronavirus disease (COVID-19) pandemic. 5 may. 2023. Disponível em: [https://www.who.int/news/item/05-05-2023-statement-on-the-fifteenth-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-coronavirus-disease-\(covid-19\)-pandemic](https://www.who.int/news/item/05-05-2023-statement-on-the-fifteenth-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-coronavirus-disease-(covid-19)-pandemic).

¹⁶ “[...] legislation could define new tort or criminal law covering acts or omissions by public officials, corporate and religious leaders, and school administrators that exacerbate an emerging epidemic or pandemic.” SCHEFFER, David J. Is It a Crime to Mishandle a Public Health Response? **Council on Foreign Relations**. 22 apr. 2020. Disponível em: <https://www.cfr.org/article/it-crime-mishandle-public-health-response>.

Tal debate se faz necessário, e a Revista da Defensoria Pública da União busca dar sua contribuição a uma nova configuração do direito à saúde, sobretudo pelo prisma da responsabilização por eventuais omissões. O país que se quer construir em pleno século XXI não pode ser o mesmo descrito por Julia Lopes no alvorecer da República.

Erico Lima Oliveira

Editor-chefe da Revista da Defensoria Pública da União

I - SEÇÃO TEMÁTICA ESPECIAL

SAÚDE PÚBLICA E DIREITOS HUMANOS:
DIÁLOGOS INTERDISCIPLINARES

*PUBLIC HEALTH AND HUMAN RIGHTS:
INTERDISCIPLINARY DIALOGUES*

VACINAS COMO DIREITOS HUMANOS

VACCINES AS HUMAN RIGHTS

Natalia Pasternak Taschner

(PhD e Pós-doutora em Microbiologia, na área de Genética Bacteriana, pela Universidade de São Paulo; Pesquisadora sênior adjunta na Universidade de Columbia)

Paulo Vitor Gomes Almeida

(Doutorando em Administração pela FEA/USP; Diretor do Observatório de Políticas Científicas do Instituto Questão de Ciência)

RESUMO

Vacinas são consideradas uma das melhores e mais eficazes intervenções em saúde pública para prevenir doenças infecciosas. A vacinação infantil representa, em diferentes países e jurisdições, um direito da criança e do adolescente. Trazemos neste artigo uma reflexão sobre vacinas pediátricas e direitos humanos, ponderando que se, por um lado, a vacina infantil é um direito da criança, por outro, também é uma iniciativa de saúde coletiva que beneficia toda a sociedade. Em ambas as situações, trata-se de direito à vida, à saúde e ao desenvolvimento, e desse não podem abrir mão em nome da criança os pais ou responsáveis. Analisamos historicamente a percepção da obrigatoriedade da vacina infantil no debate público, e sugerimos métricas e boas práticas para o uso de incentivos e campanhas educativas.

Palavras-chave: Vacinas. Direitos humanos. Criança. Obrigatoriedade. Mandado vacinal.

ABSTRACT

Vaccines are considered one of the best and most effective public health interventions to prevent infectious diseases. Childhood vaccination represents, in different countries and jurisdictions, a right of children

and adolescents. In this article we bring a reflection on pediatric vaccines and human rights, considering that if, on the one hand, the vaccine is a child's right, on the other hand, it is also a collective health initiative which benefits all of society. In both situations, it is a right to life, health and social development, and this cannot be waived on behalf of the child by parents or guardians. We also analyzed the history of the perception of mandatory childhood vaccines in the public debate, and suggested metrics and good practices for the use of incentives and educational campaigns.

Keywords: Vaccines. Human rights. Children. Mandatory. Vaccine mandates.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. DIREITOS HUMANOS. 2. NO MUNDO. 3. RECUSA VACINAL. CONCLUSÃO.

INTRODUÇÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente¹ prevê, em seu artigo 3º:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Também, em seu artigo 4º:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

¹ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, 1990.

Os direitos à vida, à saúde e ao desenvolvimento físico são, portanto, direitos considerados fundamentais para a criança e o adolescente, assegurados por lei. Considera-se obrigação da família, de pais e responsáveis zelar por esses direitos.

A importância da vacinação no Brasil parece ser bastante reconhecida pela população. Pesquisa conduzida pelo Datafolha em parceria com o Instituto Questão de Ciência, em 2019, mostra que 97% dos entrevistados consideram importante vacinar seus filhos.² Apesar disso, as coberturas vacinais infantis vêm caindo vertiginosamente desde 2016.³ As taxas de vacinação infantil, de acordo com dados publicados pela Unicef e pela Organização Mundial de Saúde, caíram de 93,1% para 71,49%. O Brasil deixou de ser um exemplo de sucesso para se tornar um caso de estudo, revelando como a adesão a vacinas e a medidas de saúde pública em geral apresenta um componente frágil de confiança, demandando constante intervenção do Estado para reforçar a importância e a necessidade de campanhas de vacinação.

Vale a pena, pois, lembrar como era o mundo antes das vacinas. Uma em cada cinco crianças morria acometida por doenças infecciosas antes de completar 5 anos de idade – mortes que hoje são preveníveis com vacinas. Antes de a vacina de Jonas Salk para poliomielite ser testada, em 1952, aproximadamente 20 mil casos eram reportados por ano só nos EUA. No ano de 1952, particularmente, os casos chegaram em 58 mil. Hoje, depois das vacinas Salk e Sabin, a pólio foi praticamente erradicada nas Américas e na Europa, sendo que os poucos casos restantes advêm de regiões sem acesso à imunização, na Ásia e na África.

Crianças acometidas pela pólio, mesmo quando sobreviviam, ficavam paralíticas, com retardo mental ou, na melhor das hipóteses, passavam meses em respiradores artificiais, os “pulmões de aço”. Os custos sociais, emocionais, de privação de convívio e socialização e de oportunidades de educação advindos das sequelas da pólio também devem ser levados em conta. De quantos direitos fundamentais estaríamos privando as crianças de hoje ao equiparar sua situação à de um tempo que precede a vacinação? Certamente não parece razoável privar crianças e adolescentes de intervenções

² ORSI, C. **Vacinas, evolução, transgênicos**: pesquisa revela crenças dos brasileiros, 13 mai. 2019.

³ LA PORTA, M. L.; LIMA, E. **Vacinação infantil sofre queda brusca no Brasil**, 19 out. 2022.

de saúde pública que visam garantir saúde, desenvolvimento físico e mental e bem-estar.

Nos EUA, antes da vacina contra sarampo, havia aproximadamente de três a quatro milhões de casos por ano, e uma média de 450 mortes por ano, registradas entre 1953 e 1963. Após a introdução da vacina, nenhum caso foi reportado até 2004 – quando a vacinação começou a ser questionada. Meningite era uma doença que matava em média 600 crianças por ano, e deixava sobreviventes com sequelas como surdez e retardo mental. Antes da vacina de coqueluche, quase todas as crianças contraíam a doença, com aproximadamente 150 a 260 mil casos reportados anualmente, com nove mil mortes. Desde 1990, apenas 50 casos ao todo foram reportados.

Rubéola é uma doença relativamente banal em adultos, mas pode acometer gravemente crianças ao nascer, se a mãe for contaminada durante a gestação. O resultado pode incluir defeitos cardíacos, problemas de visão, surdez e retardo mental. Em 1964, antes da imunização, 20 mil bebês nasciam de mães infectadas. Desses, 11 mil eram surdos, quatro mil cegos e 1.800 apresentavam retardo mental.

Além desses exemplos, podemos citar doenças como tuberculose, catapora, caxumba, hepatite B e difteria, que foram controladas com vacinas eficazes, mas acometeram e mataram milhares de pessoas no passado.

1. DIREITOS HUMANOS

Há duas maneiras de encarar vacinas infantis como direitos humanos. Se pensarmos nas vacinas como direitos humanos da criança e do adolescente, que têm direito à vida, à saúde e ao desenvolvimento físico, fica claro que retirar esse direito seria prejudicial e colocaria em risco esses demais direitos, inalienáveis. Outro aspecto diz respeito à capacidade de garantir o bem coletivo de uma sociedade em que a maior parte das crianças e dos adolescentes está vacinada, de modo a alcançar imunidade de rebanho, diminuindo a circulação de doenças e, assim, protegendo não somente a criança e o adolescente vacinados, mas todo o seu entorno. Se a doença deixa de circular, toda a sociedade se beneficia; se, por outro lado, exceções são rotineiramente admitidas, coloca-se em risco o bem coletivo.

Dentro desse cenário, vacinas infantis devem ser vistas não somente como uma obrigação do Estado e um direito coletivo, mas como um direito individual da criança e do adolescente e ainda dentro do escopo de direitos humanos. A Convenção Europeia dos Direitos Humanos aponta que o direito à integridade física deve ser reconhecido como um direito qualificado que pode ser limitado para proteção à saúde.⁴ Ou seja, existe interpretação jurídica internacional de que, se vacinas previnem doenças, e reduzem os riscos à saúde dos demais, o Estado que exige vacinação infantil não deveria ser considerado um Estado paternalista.⁵

Nos últimos anos, de 2020 a 2023, tem se acirrado o debate público sobre a obrigatoriedade das vacinas e os mandados vacinais como intervenções necessárias para assegurar o bem coletivo. A questão dos direitos humanos e da preservação das liberdades individuais foi amplamente discutida. No entanto, as quedas nas coberturas vacinais infantis antecedem e muito a pandemia, e sua relação com direitos humanos encontra muito mais literatura e jurisprudência, sobressaindo-se a interpretação de que vacinas infantis, por prevenirem doenças graves e mortais, podem ser encaradas como direitos humanos essenciais da criança e do adolescente, dos quais pais ou responsáveis não poderiam abrir mão, mesmo por motivos religiosos, ideológicos ou de convicção pessoal.

Ao deixar de vacinar os filhos, os pais e responsáveis colocam em risco não somente o direito à vida e à saúde, mas também o direito à educação e ao convívio social, já que existem, na maioria dos países, legislações que restringem o acesso das crianças e dos jovens às escolas públicas na ausência do comprovante vacinal mínimo exigido por lei.

2. NO MUNDO

Mais de 140 países apresentam leis de mandados vacinais para vacinas infantis.⁶ Esses mandados incluem penalidades em caso de descumprimento, como multas e restrições, muitas vezes impedindo a criança não vacinada

⁴ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **European Convention on Human Rights**, s/d.

⁵ KING, J.; FERRAZ, O. L. M.; JONES, A. **Mandatory COVID-19 vaccination and human rights**, 2022.

⁶ VANDERSLOTT. S.; MARKS, T. **Charting mandatory childhood vaccination policies worldwide**, 2021.

de frequentar a escola. Existe bastante variação entre os países em relação ao entendimento sobre o que consiste em um mandado, e também internamente, nas legislações estaduais. No que diz respeito especificamente às vacinas infantis, em geral trata-se de restrições ou incentivos atrelados à matrícula escolar e/ou benefícios governamentais. O tipo de restrição também varia bastante de acordo com a região e história do país. Levantamento de mandados vacinais pelo mundo realizado por Vanderslott e Marks em 2021 traz alguns dados que merecem reflexão.⁷

Os países da Europa ocidental foram pioneiros em implantar mandados vacinais, já no século 19, enquanto na Europa oriental eles emergiram durante o período de dominação soviética. Hoje, no entanto, a maior parte dos países europeus não tem mandatos vacinais, apenas recomendações. Como exemplos de mandados vacinais do século 19, as autoras citam a vacinação obrigatória para varíola na Bavaria em 1807, na Dinamarca em 1810, na Rússia em 1812 e na Suécia em 1816. Talvez até por essa introdução histórica bastante precoce, esses países passaram por vários episódios de protestos e problemas de opinião pública, que os levaram a relaxar a legislação. Percebe-se uma tendência de reagir tanto à opinião pública, relaxando as normas, como a surtos esporádicos de doenças infecciosas, quando então os governos voltam a impor mandados e normas restritivas e/ou punitivas.

Os primeiros movimentos antivacinas organizados surgiram nessa época. A vacinação torna-se compulsória na Inglaterra a partir de 1840. Foi a primeira vez na história que o Estado interferiu em liberdades individuais, e isso gerou uma forte rejeição na população. A primeira associação antivacinas da Inglaterra foi provavelmente a Liga Contra Vacinação, fundada em 1867. Jornais antivacinas foram publicados, como o *Anti-vaccinator* e o *Vaccination Inquirer*. No período entre 1853 e 1871, mandados para vacinas infantis incluíam leis com multas e pena de prisão para pais que se recusassem a vacinar os filhos. Apelos para direitos humanos e liberdades individuais acabaram levando à abolição dessas normas em 1907.

Situação similar ocorreu na Holanda, na Inglaterra e no País de Gales, que enfrentaram fortes movimentos antivacinas. Em 1898, o Parlamento inglês não resistiu à pressão, e introduziu um certificado de isenção para aqueles

⁷ VANDERSLOTT, S.; MARKS, T. **Charting mandatory childhood vaccination policies worldwide**, 2021.

que eram contrários à vacinação por não acreditarem em sua segurança e eficácia. Nos EUA também houve a formação de associações e ligas antivacinas.

A Itália tem um histórico de mandados vacinais, porém raramente implementados de fato. Teoricamente, vacinas para difteria, poliomielite, tétano e hepatite B seriam necessárias para crianças que frequentam a escola, mas em 1999 o Ministério da Educação decretou que mesmo crianças não vacinadas deviam ter permissão de frequentar a escola, e em 2007 houve uma retirada do mandado na região do Veneto.⁸

Em 2017, na França, todas as vacinas infantis eram mandatórias, e os pais ou responsáveis podiam ser punidos com multas. Já na Alemanha, as vacinas eram apenas recomendadas, mas, para ter acesso a serviços de saúde pública, era necessário apresentar a carteirinha de vacinação infantil. Ou seja, fossem penalidades ou incentivos, havia algo atrelado à vacinação para garantir coberturas estáveis.

Na Europa oriental, países como Sérvia, Macedônia e Eslovênia, que sofreram forte influência soviética, mantiveram suas políticas de vacinação obrigatória. Na Eslovênia, por exemplo, vacinas infantis para nove doenças são obrigatórias.⁹ Já a Ucrânia passou por uma situação gravíssima em 2005 e 2006, quando mais de 15 mil pessoas foram infectadas com rubéola e sarampo¹⁰, mesmo com vacinação mandatória.

Na Austrália, o programa “*No Jab, no pay*” (Sem vacina, sem dinheiro) é uma iniciativa do governo para garantir a vacinação infantil, que condiciona o pagamento de auxílios governamentais ao cumprimento do calendário vacinal.¹¹ A exigência é bem completa e abrange as vacinas de difteria, tétano, coqueluche, sarampo, rubéola, caxumba, pólio, hepatite B, meningite, entre outras.

Esses exemplos todos servem como reflexão de dois fenômenos:

⁸ ATTWELL, K. (et al.). **Recent vaccine mandates in the United States, Europe and Australia: A comparative study**, 2018.

⁹ MACDONALD, N. E. (et al.). **Mandatory infant & childhood immunization: Rationales, issues and knowledge gaps**, 2018.

¹⁰ SPIKA, J. S. (et al.). **Measles outbreak in the Ukraine, 2005-2006, 2006**.

¹¹ NSW HEALTH. **No jab no pay immunisation requirements**, 1º mai. 2023.

1. A definição de vacinação obrigatória é fluida. Pode-se conceituar vacinação obrigatória como aquela que, definida por lei, traz restrições, como multas e penalidades, incluindo privação de direitos civis como frequentar a escola ou ter acesso a serviços de saúde, ou como aquela que atrela incentivos para o recebimento de auxílios governamentais, dedução de impostos e/ou prêmios.

2. A legislação costuma mostrar-se sensível a períodos de contrariedade na opinião pública, que levam ao afrouxamento das restrições, e surtos de doenças infecciosas preveníveis, como sarampo, rubéola, coqueluche, que levam ao enrijecimento das leis e imposição de mandados

3. RECUSA VACINAL

Esse círculo de construção e desconstrução de confiança em vacinas passa também pela forma como a justiça lida com recusas vacinais e com a implementação das leis. Alguns casos internacionais ilustram como diferentes países tratam a questão.

A República Tcheca estabelece mandado de vacinas infantis, com previsão de multa em caso de descumprimento.¹² No caso *Vavříčka* e outros versus República Tcheca, seis pais ou responsáveis que haviam sido multados por descumprimento do calendário vacinal infantil apelaram para a corte alegando que o mandado vacinal não era compatível com a Convenção Europeia de Direitos Humanos.¹³ A corte decidiu que a vacinação infantil é compatível com direitos humanos e um direito individual e coletivo das crianças. Archard e colaboradores citam trecho da resolução:

Há um consenso geral [...] que a vacinação é uma das mais bem sucedidas e eficazes intervenções de saúde em termos de custo e benefício, e que cada Estado deve ter como objetivo atingir as mais altas coberturas vacinais possíveis em sua população [...] Assim, não resta dúvida sobre a importância relativa do interesse em questão.¹⁴

¹² ARCHARD, D.; BRIERLEY, J.; CAVE, E. **Compulsory Childhood Vaccination: Human Rights, Solidarity, and Best Interests**, 6 dec 2021.

¹³ SCHABAS, W. A. **The European Convention on Human Rights**, 2017.

¹⁴ ARCHARD, BRIERLEY, CAVE, op. cit., 6 dec 2021.

A corte também usou como justificativa o princípio da solidariedade, colocando a vacinação obrigatória como garantia não somente dos direitos individuais da criança, mas também de direitos coletivos, ao proteger os vulneráveis, considerando-se o conceito de imunidade de rebanho.

Imunidade de rebanho, ou imunidade coletiva, acontece quando a cobertura vacinal é alta o suficiente para fazer com que uma doença deixe de circular em determinada população, protegendo assim aqueles indivíduos que por algum motivo não podem se vacinar. Indivíduos imunocomprometidos ou mesmo bebês e crianças que ainda não têm a idade necessária para completar o esquema vacinal beneficiam-se da imunidade coletiva para reduzir a probabilidade de contaminação.

Na Inglaterra há discussão recente sobre tornar a vacinação obrigatória para crianças, condicionando a frequência escolar ao cumprimento do calendário.¹⁵ Nos EUA, de acordo com a página do CDC (Centro de Controle de Doenças Infeciosas), todos os Estados requerem vacinação infantil como pré-requisito para frequentar a escola.¹⁶

E no Brasil? A história da vacinação no Brasil é delineada por marcos legais significativos que influenciaram a percepção e a administração da imunização na sociedade brasileira. O primeiro ato legislativo que abordou a vacinação remonta a 1837, estabelecendo a obrigatoriedade da vacinação contra a varíola. A obrigatoriedade também foi um ponto de discórdia durante a Revolta da Vacina em 1904, um episódio tumultuado que destacou o conflito entre as liberdades individuais e a saúde pública.

Com a promulgação da Constituição de 1988, o direito à saúde foi estabelecido como um dever do Estado e um direito de todos, abrindo caminho para a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) em 1990, uma importante ferramenta para o sucesso do PNI nas últimas décadas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), de 1990, em seu artigo 14, declara que “é obrigatória a vacinação das crianças nos casos recomendados pelas autoridades sanitárias”. Esse é um mandato legal, impondo aos pais ou responsáveis a obrigação de garantir a vacinação adequada de seus dependentes. A falha em cumprir essa responsabilidade pode resultar em uma

¹⁵ WALKER, P. **Hancock**: compulsory vaccinations being seriously considered, 29 sep. 2019.

¹⁶ CDC. **School Vaccination Requirements and Exemptions**, 12 out. 2017.

série de sanções, desde advertências até a perda da guarda, demonstrando a seriedade com que o Estado brasileiro trata a questão da imunização na infância e na adolescência.

O Programa Bolsa Família, uma iniciativa de transferência de renda estabelecida em 2003, exemplifica a intersecção entre vacinação e benefícios sociais. Esse programa condiciona a recepção do benefício ao cumprimento de certas obrigações, entre as quais a garantia de que as crianças beneficiárias estão recebendo as vacinas apropriadas para a sua idade. Esse é um exemplo de como a legislação pode promover a vacinação sem torná-la tecnicamente obrigatória.

A jurisprudência brasileira tem consistentemente reconhecido o direito das crianças à vacinação, mesmo contra a vontade dos pais ou responsáveis. Seguem alguns exemplos de decisões extraídas de Tribunais de Justiça dos Estados entre 2013 e 2019¹⁷:

1. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Civil nº. 1.0518.18.007692-0/001 (2019): O tribunal confirmou a decisão de primeira instância e determinou que a vacinação era obrigatória. Considerou que a saúde da criança era de interesse superior e que a recusa dos genitores em vaciná-la constituía um ato ilícito.

2. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Civil nº. 1.0317.17.0153991/001 (2019): O tribunal confirmou a sentença que condenava a genitora a arcar com uma multa de três salários mínimos devido ao descumprimento das determinações do Conselho Tutelar. Considerou que a genitora não cumpriu as obrigações necessárias anteriores à vacinação devido às dificuldades decorrentes de sua situação socioeconômica. No entanto, o tribunal não aceitou a alegação de que as ameaças citadas na ação perderam sua pretensão punitiva.

3. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Agravo de Instrumento nº. 4020087-02.2019.8.24.0000 (2019): O tribunal confirmou a decisão interlocutória que deferiu tutela provisória para obrigar os genitores a vacinarem seus

¹⁷ DIAS, F. da V.; MORAIS, D. F. de. **A proteção da infância e a punição dos responsáveis em tempos de fake news**: uma análise jurisprudencial do descumprimento da vacinação obrigatória, jan./jun. 2021.

filhos. Considerou que a vacinação era necessária para proteger a saúde das crianças e evitar riscos desnecessários.

4. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Civil nº. 2015.033190-1 (2016): O tribunal confirmou a sentença que determinou medidas de proteção ao filho do casal, incluindo a realização das vacinas negligenciadas. Considerou que a recusa dos genitores em vacinar a criança violava os seus direitos fundamentais e colocava sua saúde em risco.

5. Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Civil nº. 100328483.2017.8.26.0428 (2019): O tribunal negou o recurso dos genitores e confirmou a decisão de que a vacinação era obrigatória. Considerou que a recusa constituiria um ato ilícito e que a saúde da criança era de interesse superior.

6. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Civil nº. 70053524765 (2013): O tribunal confirmou a sentença desfavorável aos genitores e determinou a vacinação da criança. Considerou que a vacinação era necessária para prevenir doenças e proteger a saúde da criança.

Em resumo, a legislação brasileira e a jurisprudência têm historicamente apoiado e incentivado a vacinação como meio de promover a saúde pública. O horizonte legal da vacinação no Brasil, apesar de problemas recentes no governo passado, continua a ser moldado por esse compromisso com a saúde pública, equilibrado com o respeito pelos direitos individuais.

CONCLUSÃO

É importante ressaltar que obrigatoriedade não é sinônimo de coerção. Em nenhum dos exemplos citados, de países da Europa, Austrália ou EUA, crianças foram vacinadas à força, sem o consentimento dos pais ou responsáveis. Falar em obrigatoriedade é falar em camadas de persuasão, incentivos e penalidades, abrangendo incentivos sociais e financeiros, campanhas educativas e medidas punitivas como multas ou restrições de benefícios e acesso, sendo talvez a mais drástica a restrição a frequentar a escola, que priva a criança dos direitos de estudar e se desenvolver.

O consenso científico de que vacinas previnem doenças graves e potencialmente mortais, protegendo não somente a criança, mas todas as crianças e a sociedade como um todo justifica a interferência do Estado, e na maior parte das jurisdições analisadas, incluindo o Brasil, o consenso jurídico é que essa interferência não conflita com direitos humanos. Bem pelo contrário, estaria garantindo à criança os direitos à vida, à saúde e ao desenvolvimento, direitos dos quais os pais ou responsáveis não podem abrir mão em nome da criança.

Resta saber, entretanto, se as medidas punitivas e os incentivos são suficientes, e qual o potencial de efeito rebote na sociedade. A análise histórica da legislação de alguns países mostra uma flutuação das leis em resposta a mudanças na opinião pública. Seria interessante uma pesquisa mais profunda de psicologia comportamental para avaliar a percepção da população sobre possíveis perdas de liberdades individuais. Quando se trata de comunicação de ciência, a percepção da sociedade é tão importante quanto os consensos científico e jurídico em si, já que a sua colaboração é essencial para atingir a imunidade de rebanho.

A melhor evidência científica até o momento aponta para incentivos e restrições como as medidas que funcionam melhor para promover a aceitação de vacinas no curto prazo.¹⁸ No longo prazo, será que essas medidas se sustentam? Por um lado, se forem bem aceitas pela sociedade, é provável que sejam incorporadas ao dia a dia do cidadão. Esse parece ter sido o caso de sucesso do Brasil com 50 anos de um programa nacional de imunizações de excelência.¹⁹ Por outro lado, o mundo nunca sofreu tanto com campanhas ativas de desinformação antivacinas, que apelam justamente para questões de liberdades individuais e o poder decisório dos pais e responsáveis.²⁰ Com a atuação constante dessas iniciativas, como ficam as medidas de incentivos e restrições?

Uma sugestão seria mapear o impacto da desinformação sobre vacinas em locais com medidas bem-sucedidas de incentivos à vacinação, comparando com locais de menos sucesso. Implementar medidas educativas em paralelo

¹⁸ BREWER, N. T. **What Works to Increase Vaccination Uptake**, may./jun. 2021.

¹⁹ PASTERNAK, N.; ORSI, C. **Have Brazilians been effectively immunised against vaccine disinformation?**, 26 jan. 2022.

²⁰ BAKER, S. A.; WALSH, M. J. **“A mother’s intuition: it’s real and we have to believe in it”**: how the maternal is used to promote vaccine refusal on Instagram, 2022.

com os incentivos e as restrições pode ser outra iniciativa a se contemplar. O essencial é ter um bom diagnóstico da percepção pública acerca da legislação, do consenso científico sobre vacinação e dos direitos humanos individuais e coletivos. E, principalmente, lembrar que percepção pública é o que as pessoas entendem como relevante, e não o que nós achamos que eles/elas devam perceber.

REFERÊNCIAS

ARCHARD, D.; BRIERLEY, J.; CAVE, E. Compulsory Childhood Vaccination: Human Rights, Solidarity, and Best Interests. **Medical Law Review**, v. 29, n. 4, p. 716-727, 6 dec 2021. doi: 10.1093/medlaw/fwab024.

ATTWELL, Katie; NAVIN, Mark C.; LOPALCO, Pier Luigi; JESTIN, Christine; REITER, Sabine; OMER, Saad B. Recent vaccine mandates in the United States, Europe and Australia: A comparative study. **Vaccine**, v. 36, n. 48, p. 7377-7384, 2018. doi: <https://doi.org/10.1016/j.vaccine.2018.10.019>.

BAKER, Stephanie Alice; WALSH, Michael James. “A mother’s intuition: it’s real and we have to believe in it”: how the maternal is used to promote vaccine refusal on Instagram. **Information, Communication & Society**, 2022. doi: 10.1080/1369118X.2021.2021269.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 27 abr. 2023.

BREWER, N. T. What Works to Increase Vaccination Uptake. **Academic Pediatrics**, v. 21, n. 4S, p. S9-S16, may./jun. 2021. doi: 10.1016/j.acap.2021.01.017.

CDC. Centers for Disease Control and Prevention. **School Vaccination Requirements and Exemptions**. SchoolVaxView. 12 out. 2017. Disponível em: <https://www.cdc.gov/vaccines/imz-managers/coverage/schoolvaxview/requirements/index.html>. Acesso em: 8 mai. 2023.

DIAS, Felipe da Veiga; MORAIS, Driane Fiorentin de. A proteção da infância e a punição dos responsáveis em tempos de fake news: uma análise jurisprudencial do descumprimento da vacinação obrigatória. **Revista Thesis Juris**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 45-66, jan./jun. 2021. doi: <http://doi.org/10.5585/rjtj.v10i1.17210>.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **European Convention on Human Rights**. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf. Acesso em: 29 abr. 2023.

KING, Jeff; FERRAZ, Octávio Luiz Motta; JONES, Andrew. Mandatory COVID-19 vaccination and human rights. **The Lancet**, v. 399, n. 10321, p. 220-222, 2022. doi: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(21\)02873-7](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(21)02873-7).

LA PORTA, Maria Luiza; LIMA, Everton. Vacinação infantil sofre queda brusca no Brasil. **Fiocruz**, 19 out. 2022. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/vacinacao-infantil-sofre-queda-brusca-no-brasil>. Acesso em: 25 abr. 2023.

MACDONALD, Noni E.; HARMON, Shawn; DUBE, Eve; STEENBEEK, Audrey; CROWCROFT, Natasha; OPEL, Douglas J.; FAOUR, David; LEASK, Julie; BUTLER, Robb. Mandatory infant & childhood immunization: Rationales, issues and knowledge gaps. **Vaccine**, v. 36, n. 39, p. 5811-5818, 2018. doi: <https://doi.org/10.1016/j.vaccine.2018.08.042>.

NSW HEALTH. **No job no pay immunisation requirements**. 1º mai. 2023. Disponível em: <https://www.health.nsw.gov.au/immunisation/Pages/no-jab-no-pay.aspx>. Acesso em: 7 mai. 2023.

ORSI, Carlos. Vacinas, evolução, transgênicos: pesquisa revela crenças dos brasileiros. **Questão de Ciência**, 13 mai. 2019. Disponível em: <https://www.revistaquestaoeciencia.com.br/index.php/questao-de-fato/2019/05/13/vacinas-evolucao-transgenicos-pesquisa-revela-crencas-dos-brasileiros>. Acesso em: 25 abr. 2023.

PASTERNAK, Natália; ORSI, Carlos. Have Brazilians been effectively immunised against vaccine disinformation? **The Skeptic**, 26 jan. 2022. Disponível em: <https://www.skeptic.org.uk/2022/01/have-brazilians-been-effectively-immunised-against-vaccine-disinformation>. Acesso em: 10 mai. 2023.

SCHABAS, William A. **The European Convention on Human Rights**. Oxford Commentaries on International Law. London, England: Oxford University Press, 2017.

SPIKA, J. S.; AIDYRALIEVA, C.; MUKHARSKAYA, L.; KOSTYUCHENKO, N. N.; MULDER, M.; LIPSKAYA, G.; EMIROGLU, N. Measles outbreak in the Ukraine, 2005-2006. **Euro Surveill**, v. 11, n. 10, 2006. Disponível em: <https://www.eurosurveillance.org/content/10.2807/esw.11.10.02918-en>. Acesso em: 7 mai. 2023.

VANDERSLOTT, S.; MARKS, T. Charting mandatory childhood vaccination policies worldwide. **Vaccine**, v. 39, p. 4054-4062, 2021.

WALKER, Peter. Hancock: compulsory vaccinations being seriously considered. **The Guardian**, 29 sep. 2019. Disponível em: <https://www.theguardian.com/society/2019/sep/29/government-seriously-considering-compulsory-vaccinations-matt-hancock>. Acesso em: 8 mai. 2023.

“FECHAMENTO DAS FRONTEIRAS” NA PANDEMIA DE COVID-19: O QUE A PORTARIA INTERMINISTERIAL Nº 652/2021 QUER DIZER SOBRE A MIGRAÇÃO VENEZUELANA

“CLOSING BORDERS” IN THE COVID-19 PANDEMIC:
WHAT INTERMINISTERIAL ORDINANCE Nº 652/2021 WANTS
TO SAY ABOUT VENEZUELAN MIGRATION

Nathália Santos Veras

*(Doutora em Direito pela Universidade Estácio de Sá,
analista na Defensoria Pública da União e advogada)*

nathalia_veras@hotmail.com

RESUMO

O presente artigo busca analisar o discurso institucional da Portaria Interministerial nº 652/2021, uma das mais de 30 (trinta) portarias que determinam restrições à entrada no Brasil, comumente chamadas de “fechamento de fronteiras”, emitidas no contexto da pandemia de Covid-19, partindo-se das seguintes questões norteadoras: 1) A Portaria nº 652/2021 impõe restrições arbitrárias com relação aos imigrantes venezuelanos? 2) Qual o discurso institucional do Brasil diante do conteúdo dessa portaria? Trata-se de pesquisa qualitativa, de natureza empírico-dedutiva, que utiliza os procedimentos das pesquisas bibliográfica e documental e algumas ferramentas metodológicas da Análise Semiolinguística do Discurso propostas por Charaudeau (2001). Verifica-se que, ao impor maiores restrições aos nacionais da Venezuela, prevendo sua exclusão específica, a Portaria Interministerial traduz-se em uma política e diretriz expressa promovida pelo discurso institucional brasileiro, a fim de ser reproduzida indiscriminadamente pelas práticas discursivas constantes nessa sociedade, tudo isso fruto de uma fabricação de opinião. Na sua elaboração ocorreu a construção de um discurso para a produção de influência estabelecida e reproduzida como forma de manter o campo de poder movido como um mecanismo de rejeição do outro. Nesse sentido, por se tratar de voz colegiada (polifonia), conclui-se que consiste em política que institucionaliza a xenofobia.

Palavras-chave: Migração. Venezuela. Pandemia. Discurso. Xenofobia.

ABSTRACT

This article sought to analyze the institutional discourse of the Interministerial Ordinance nº 652/2021, one of the more than 30 (thirty) ordinances that determine restrictions on entry into Brazil, commonly called “border closure”, issued in the context of the Covid-19 pandemic, based on the following guiding questions: 1) Does Ordinance No. 652/2021 impose arbitrary restrictions on Venezuelan immigrants? 2) What is Brazil’s institutional discourse regarding the content of this Interministerial Ordinance? This is a qualitative research, of an empirical-deductive nature, which uses the procedures of bibliographic and documentary research and some methodological tools of Semi-linguistic Discourse Analysis proposed by Charaudeau (2001). It appears that imposing greater restrictions on Venezuelan nationals, providing for their specific exclusion, the Interministerial Ordinance translates into an express policy and guideline promoted by the Brazilian institutional discourse, in order to be indiscriminately reproduced by the discursive practices constant in this society, all of this the result of a fabrication of opinion. In its elaboration, there was the construction of a discourse for the production of established and reproduced influence as a way of keeping the field of power moved as a mechanism of rejection of the other. In this sense, because it is a collegiate voice (polyphony), it is concluded that it is a policy that institutionalizes xenophobia.

Keywords: Migration. Venezuela. Pandemic. Discourse. Xenophobia.

Data de submissão: 02/10/2022

Data de aceitação: 03/04/2023

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. BREVES NOTAS METODOLÓGICAS. 2. O CAMPO DO DIREITO E A VOZ COLEGIADA. 3. A ANÁLISE DO DISCURSO DA PORTARIA MINISTERIAL CONJUNTA Nº 652/2021: OS DISCURSOS INSTITUCIONAIS E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

O subtítulo deste artigo almeja fazer referência a Bourdieu¹, que discorre sobre “O que falar quer dizer”, e também a Charaudeau², para quem “o ato da linguagem é um fenômeno que combina o *dizer* e o *fazer*”. Ambos representam perfeitamente a problemática pela qual este trabalho perpassa, especificamente o que a Portaria nº 652/2021³ quer dizer sobre a migração venezuelana e, ainda, o que esse ato quer fazer.

Ao longo da pandemia, foram emitidas mais de 30 (trinta) portarias dispendo sobre restrições à entrada de estrangeiros no país (comumente designadas de “fechamento das fronteiras”). A primeira foi a Portaria Interministerial nº 120, de 17 de março de 2020⁴, e a última a Portaria nº 666, de 20 de janeiro de 2022⁵. Optou-se por analisar a Portaria nº 652/2021⁶, por ter sido emitida conjuntamente pelos Ministérios da Casa Civil da Presidência da República, da Justiça e Segurança Pública e da Saúde, sendo a primeira que pretendeu abarcar “estrangeiros” de qualquer nacionalidade.

Trata-se, portanto, de pesquisa documental com enfoque jurídico que pretende analisar a mencionada portaria, partindo-se das seguintes questões norteadoras: a Portaria nº 652/2021 impõe restrições arbitrárias com relação aos migrantes venezuelanos? Qual o discurso institucional do Brasil diante do conteúdo dessa portaria? A hipótese apresentada é a de que o exame do seu discurso institucional revela tratamento discriminatório e arbitrário quanto aos imigrantes⁷ provenientes da Venezuela, construindo institucionalmente um movimento de rejeição.

A análise que se busca demonstrar não pode restringir-se ao ambiente predominantemente jurídico, por ser esse, às vezes, marcado pela dificuldade para sensibilizar-se às reflexões relacionadas à problemática

¹ BOURDIEU, P. **Questões de Sociologia**, 1983, p. 75-88. Idem. **A economia das trocas lingüísticas: o que falar quer dizer**, 2008.

² CHARAUDEAU, P. **Uma teoria dos sujeitos da linguagem**, 2001, p. 28.

³ BRASIL. **Portaria nº 652, de 25 de janeiro de 2021**, 2021a, p. 10.

⁴ Idem. **Portaria nº 120, de 17 de março de 2020**, 2020c, p. 1.

⁵ Idem. **Portaria Interministerial nº 666, de 20 de janeiro de 2022**, 2022, p. 2.

⁶ Idem, op. cit., 2021a.

⁷ Utiliza-se no presente trabalho a mesma definição de imigrante adotada pela Lei nº 13.445/2017: “imigrante: pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil”.

das relações seculares que permeiam a construção dos discursos, o lugar de fala e o poder.⁸ É preciso produzir discussões além daquelas que buscam fundamentar sempre o discurso em suas teorias, permitindo apenas a construção de argumentos que justifiquem a produção e aplicação do Direito, o que por vezes dificulta a análise de questões que dependam de um diálogo interdisciplinar com outros campos, como a Antropologia e as Ciências da Linguagem, particularmente quanto à Análise do Discurso.

Portanto, para alcançar o objetivo proposto, serão utilizadas algumas ferramentas metodológicas da Análise Semi linguística do Discurso propostas por Charaudeau⁹, procedimentos metodológicos similares aos adotados por Iorio Filho e Duarte¹⁰, que permitem compreender a construção e intenções do discurso. Por fim, trazem-se à guisa de conclusão algumas considerações a fim de destacar e sistematizar os conceitos e a discussão apresentada.

1. BREVES NOTAS METODOLÓGICAS

Os estudos de Charaudeau¹¹ ensinam que a análise do discurso é um estudo empírico-dedutivo partindo do ponto de vista das ciências da linguagem, ou seja, “o analista parte de um material empírico, a linguagem, que já está configurada numa certa substância semiológica (verbal)”. A pesquisa não apresenta como pretensão o exaurimento dos estudos sobre o tema, apenas busca apropriar-se cientificamente das lições do citado autor, para aplicá-las a uma situação particular, apontada ainda na introdução, como objeto. A situação particular, segundo demonstrado, é examinar se o discurso institucional da Portaria nº 652/2021¹² é discriminatório quanto aos imigrantes provenientes da Venezuela.

⁸ BINDA, R. J. **Vozes escutadas ou jogo de cena**: os argumentos apresentados pelos amigos da Corte na ADI 3239 e os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal na ressignificação da questão quilombola, 2021.

⁹ CHARAUDEAU, P. **Uma teoria dos sujeitos da linguagem**, 2001.

¹⁰ DUARTE, F.; IORIO FILHO, R. M. **Imunidade parlamentar e análise do discurso jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal**, 2009. ALMEIDA, M. G. S. L. (et al.). **Argumentos de justificação para as reformas processuais**: uma análise semi linguística das exposições de motivos do Código de Processo Civil de 1939 e do Anteprojeto de Reforma de 2010, 2016.

¹¹ CHARAUDEAU, P. **Uma análise semi linguística do texto e do discurso**, 2005, p. 11-27.

¹² BRASIL. Portaria nº 652, de 25 de janeiro de 2021, 2021a.

Para o Professor Iorio Filho¹³, a metodologia sugerida por Charaudeau encontra-se na arte da Teoria Semiollingüística do discurso político, “pois se alinha a uma tradição de estudo dos gêneros deliberativos e da persuasão codificados pela retórica aristotélica”. Nas palavras de Charaudeau¹⁴, significa que é preciso delimitar quais os objetivos em relação ao tipo de objeto construído, e qual será o instrumento empregado, conforme o procedimento escolhido, partindo-se de uma problemática maior da organização dos discursos, a fim de “descrever as características gerais do funcionamento do discurso em geral, ou as características particulares de um discurso em particular, isto é, de um texto”.

O que se busca, então, é atentar para a última opção descrita anteriormente, ou seja, empreender uma análise textual na realização particular de determinado texto, “para tentar descrever, da maneira mais exaustiva possível, os traços que a caracterizam”¹⁵. Esse modelo de análise fundamenta-se “em um projeto de influência do EU sobre o TU em uma situação dada [...]”¹⁶, que, por sua vez, é o exame do discurso institucional da Portaria nº 652/2021¹⁷ no tocante aos imigrantes provenientes da fronteira com a Venezuela, “[...] e para a qual existe um contrato de comunicação implícito de interação social”. Quanto a esse contrato de comunicação, ou contrato de fala, em análise do discurso, é acentuado como um conceito central, definindo-o como:

[...] o conjunto das condições nas quais se realiza qualquer ato de comunicação (qualquer que seja sua forma, oral ou escrita, monolocutiva ou interlocutiva). É o que permite aos parceiros de uma troca linguageira reconhecerem um ao outro com os traços identitários que os definem como sujeitos desse ato (*identidade*), reconhecerem o objetivo do ato que os sobredetermina (*finalidade*), entenderem-se sobre o que constitui o objeto temático da troca (*propósito*) e considerarem a relevância das coerções materiais que determinam esse ato (*circunstâncias*).¹⁸

¹³ IORIO FILHO, R. M. **Uma questão da cidadania: o papel do Supremo Tribunal Federal na intervenção federal (1988-2008)**, 2014, p. 39.

¹⁴ CHARAUDEAU, P. **Uma análise semiollingüística do texto e do discurso**, 2005, p. 11-27.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ SILVA, F. D. L. L.; IORIO FILHO, R. M. **Por uma gramática das decisões judiciais**, 2010, p. 1856-1867.

¹⁷ BRASIL. **Portaria nº 652, de 25 de janeiro de 2021**, 2021a.

¹⁸ CHARAUDEAU, P.; MAINGUENEAU, D. **Dicionário de análise do discurso**, 2020, p. 132.

Seguindo esse preceito, Charaudeau ensina que as ciências humanas e sociais mostraram que as sociedades são compostas, fragmentadas, por diversas áreas de atividades e se constroem mediante a interação dos indivíduos, que tentam regular socialmente as relações de força que aí se instauram.¹⁹ Essa relação de força, que nada mais é que uma relação de poder, muitas vezes demonstra-se no discurso, na fala, particularmente, no que se fala e como se fala.

Quanto a essa relação de poder e à construção do discurso, analisadas à luz do objeto da presente pesquisa, é “importante refletir sobre as questões de identidade social e cultural”²⁰, principalmente nas sociedades ditas modernas, que passam por crises identitárias, culturais, de gerações, no ensino, de cidadania, comunitária, entre outras²¹, sendo nesses momentos que as relações sociais se estabelecem. Para o autor, a questão identitária evidencia-se por diversas abordagens, tais como sociológica, antropológica, psicológica, histórica etc. No entanto, para a investigação da construção dos instrumentos que regulam as relações identitárias entre os sujeitos, a análise do discurso ocupa lugar de tamanha importância, pois a linguagem está no cerne de identificação da socialização, do pensamento e dos valores, numa perspectiva do domínio.²²

Sendo assim, a análise do discurso “é uma disciplina nova que nasce da convergência das correntes linguísticas e os estudos sobre a retórica greco-romana”²³. Segundo o autor, o conceito dessa disciplina leva a elementos da linguística textual, na qual as informações da frase podem ser conectadas a diversos discernimentos linguísticos, extralinguísticos e sociais, permitindo-se vislumbrar quais seriam os fins nos discursos, bem como o modo como esses discursos são organizados “sempre pelos três lugares formadores de sentido: a doutrina, a retórica e os elementos de justificação ou de legitimação”²⁴.

Por sua vez, o mandamento jurídico aborda sobre o sistema de pensamento, obtido por meio de uma atividade discursiva capaz de criar um ideal

¹⁹ CHARAUDEAU, P. **A argumentação em uma problemática da influência**, 2016, p. 02.

²⁰ Idem. **Discurso e (des)igualdade social**, 2015, p. 13.

²¹ Ibidem, p. 13.

²² Ibidem, p. 13.

²³ IORIO FILHO, R. M. **Uma questão da cidadania: o papel do Supremo Tribunal Federal na intervenção federal (1988-2008)**, 2014, p. 39.

²⁴ Ibidem, p. 39.

jurídico para servir de referência à construção de opiniões.²⁵ A retórica mostra-se como uma dinâmica de comunicação dos atores jurídicos, mais precisamente, “refere-se à razão ideológica de identificação imaginária da verdade jurídica”²⁶. A justificação e a legitimação são elementos que se referem à influência do discurso jurídico sobre as demais instituições externas ao campo do direito, produzindo conceitos e estratégias que demonstrem que as ordens desse discurso (decisões) não são arbitrárias, e sim reconhecidamente motivadas.²⁷

É importante registrar que o presente estudo orienta-se pelos ensinamentos dos citados autores, portanto, conduz-se pela escola francesa de análise do discurso, propondo-se “a estudar particularmente as relações entre a força persuasiva das palavras e os seus usos na constituição da legitimidade do discurso político (jurídico)”²⁸, que emana dos termos da Portaria nº 652/2021²⁹, da Presidência da República Federativa do Brasil. Entenda-se por discurso, no aspecto linguístico, “um encadeamento de palavras, ou uma sequência de frases que seguem determinadas regras e ordens gramaticais no intuito de indicar ao outro – a quem fala ou escreve – que lhe”³⁰ pretende informar algo ou, sob o enfoque ora analisado, impor algo.

Sendo assim, diante dos esclarecimentos conceituais sobre a teoria da análise do discurso, importa refletir essa problemática da construção persuasiva no campo do direito, a fim de compreender a lógica da socialização, do pensamento e dos valores, bem como as intenções, a força persuasiva das palavras e os seus usos que validam o discurso.

2. O CAMPO DO DIREITO E A VOZ COLEGIADA

Impõe-se mencionar que, mesmo que timidamente, a pesquisa se apropria da noção de campo tal como definido em Bourdieu.³¹ O discurso aqui

²⁵ IORIO FILHO, R. M. **Uma questão da cidadania: o papel do Supremo Tribunal Federal na intervenção federal (1988-2008)**, 2014, p. 42.

²⁶ *Ibidem*, p. 42.

²⁷ *Ibidem*, p. 44.

²⁸ *Ibidem*, p. 40.

²⁹ BRASIL. **Portaria nº 652, de 25 de janeiro de 2021**, 2021a.

³⁰ IORIO FILHO, *op. cit.*, p. 29.

³¹ BOURDIEU, P. **O Poder Simbólico**, 2003.

citado não é o discurso jurídico amplamente considerado, pois, conforme demonstrado em recorte, e mencionado anteriormente, trata-se de uma análise textual e focada na realização particular de determinado texto, representado pelo texto da citada Portaria nº 652/2021³² da República Federativa do Brasil, parcialmente transcrito a seguir:

PORTARIA Nº 652, DE 25 DE JANEIRO DE 2021
Dispõe sobre a restrição excepcional e temporária de entrada no País de estrangeiros, de qualquer nacionalidade, conforme recomendação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa.
OS MINISTROS DE ESTADO CHEFE DA CASA CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA E DA SAÚDE [...]
Considerando a declaração de emergência em saúde pública de importância internacional pela Organização Mundial da Saúde em 30 de janeiro de 2020, em decorrência da infecção humana pelo coronavírus SARS-CoV-2(covid-19);
Considerando que é princípio da Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social, previsto no inciso VI do caput do art. 4º da Lei nº 13.675, de 11 de junho de 2018, a eficiência na prevenção e na redução de riscos em situações de emergência que possam afetar a vida das pessoas;
Considerando a necessidade de dar efetividade às medidas de saúde para resposta à pandemia da SARS-CoV-2(covid-19) previstas na Portaria nº 356/GM/MS, de 11 de março de 2020, do Ministério da Saúde;
Considerando que são definidos como serviços públicos e atividades essenciais os de trânsito e transporte internacional de passageiros e os de transporte, armazenamento, entrega e logística de cargas em geral, conforme descrito nos incisos V e XXII do §1º do art. 3º do Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020;
Considerando a manifestação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa, com recomendação de restrição excepcional e temporária de entrada no País; e
Considerando o impacto epidemiológico que a nova variante do coronavírus SARS-CoV-2 (covid-19), identificada no Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda

³² BRASIL. Portaria nº 652, de 25 de janeiro de 2021, 2021a.

do Norte e na República da África do Sul, pode causar no cenário atual vivenciado no País; resolvem:

Art. 1º Esta Portaria dispõe sobre a restrição excepcional e temporária de entrada no País de estrangeiros de qualquer nacionalidade, nos termos do disposto no inciso VI do caput do art. 3º da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, em decorrência de recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa por motivos sanitários relacionados com os riscos de contaminação e disseminação do coronavírus SARS-CoV-2 (covid-19).

Art. 2º Fica restringida a entrada no País de estrangeiros de qualquer nacionalidade, por rodovias, por outros meios terrestres ou por transporte aquaviário.

Art. 3º As restrições de que trata esta Portaria não se aplicam ao:

I - brasileiro, nato ou naturalizado;

II - imigrante com residência de caráter definitivo, por prazo determinado ou indeterminado, no território brasileiro;

III - profissional estrangeiro em missão a serviço de organismo internacional, desde que identificado;

IV - funcionário estrangeiro acreditado junto ao Governo brasileiro; e

V - estrangeiro:

a) cônjuge, companheiro, filho, pai ou curador de brasileiro;

b) cujo ingresso seja autorizado especificamente pelo Governo brasileiro em vista do interesse público ou por questões humanitárias; e

c) portador de Registro Nacional Migratório; e

VI - transporte de cargas. [...]

§ 4º Nas hipóteses de entrada no País por rodovias, por outros meios terrestres ou por transporte aquaviário, as exceções de que tratam o inciso II e as alíneas “a” e “c” do inciso V do caput não se aplicam a estrangeiros provenientes da República Bolivariana da Venezuela.

Art. 4º As restrições de que trata esta Portaria não impedem:

I - a execução de ações humanitárias transfronteiriças previamente autorizadas pelas autoridades sanitárias locais;

II - o tráfego de residentes fronteiriços em cidades-gêmeas, mediante a apresentação de documento de residente fronteiriço ou de outro documento comprobatório, desde que seja garantida a reciprocidade no tratamento ao brasileiro pelo país vizinho; e [...]

Parágrafo único. O disposto no inciso II do caput não se aplica à fronteira com a República Bolivariana da Venezuela. [...]

Art. 8º O descumprimento do disposto nesta Portaria implicará, para o agente infrator:

I - responsabilização civil, administrativa e penal;

II - repatriação ou deportação imediata; e

III - inabilitação de pedido de refúgio. [...]

Como é possível observar, trata-se de uma portaria emitida conjuntamente pelos Ministérios da Casa Civil da Presidência da República, da Justiça e Segurança Pública e da Saúde que “dispõe sobre a restrição excepcional e temporária de entrada no País de estrangeiros, de qualquer nacionalidade, conforme recomendação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa”³³. Ensina Iorio Filho³⁴ que toda decisão pressupõe uma prática de linguagem, na qual o discurso decisório é polifônico (órgão colegiado, no presente estudo, os Ministérios referidos), com a finalidade de alcançar o resultado da conjunção das vozes e alocações de diversos atores.

É imperioso ressaltar a necessidade de examinar se na elaboração da Portaria nº 652/2021³⁵ ocorreu a construção de um discurso para a produção de influência estabelecida e reproduzida como forma de manter o campo de poder movido como um mecanismo de rejeição do outro. Nesse sentido, a influência que se busca observar é a dos Ministérios de Estado, como voz colegiada (polifonia), enquanto vozes individuais (monodia), em relação aos atores (TU) a quem o texto é direcionado, ou seja, à vida de quem regulamenta.³⁶

Sobre o conceito de campo, melhor dizendo, campos, na teoria de Pierre Bourdieu, correspondem a “universos sociais com algum grau de autonomia, que constituem espaços de poder, compostos por relações de força, interesses, estratégias de mudança ou manutenção”³⁷, sendo que cada grupo ou sujeito que participa desses campos quer sobrepor a sua interpretação,

³³ BRASIL. Portaria nº 652, de 25 de janeiro de 2021, 2021a.

³⁴ IORIO FILHO, R. M. **Uma questão da cidadania: o papel do Supremo Tribunal Federal na intervenção federal (1988-2008)**, 2014, p. 40.

³⁵ BRASIL, op. cit., 2021a.

³⁶ IORIO FILHO, op. cit., p. 41.

³⁷ JORGE, A. L.; BRANDÃO, A. A. P. **A questão quilombola e o campo do direito**, 2018, p. 124.

com imposição de princípios legítimos de visão e de divisão.³⁸ Como forma de aproximar a teoria do autor para esse estudo, é preciso refletir sobre o conceito de campo do direito.

O conceito de Bourdieu de campo aplicado ao direito significa a dimensão da força do campo jurídico para a compreensão da construção de poderes nas sociedades modernas. Sendo que, para o autor, o campo do direito é o “lugar de agentes com competência técnica, socialmente legitimada para atuar como mandatários autorizados de uma coletividade, com a função de resolver conflitos e proceder às negociações no mundo social”.

Sendo assim, a elaboração das normas legais, como no presente caso, a já citada Portaria nº 652/2021³⁹, realizada pelos agentes competentes, confere a eles a força do Estado, e representa um “jogo de lutas, pois a leitura é uma maneira de apropriação da força simbólica que nele se encontra em estado potencial”⁴⁰. O campo do direito é um campo dotado de relação de poder, ao qual submete-se a solução dos conflitos. Poder, por sua vez, “é a situação que permite a alguém decidir mudar alguma coisa na ordem do mundo, agindo sobre o outro ou sobre um grupo”⁴¹. Jorge e Brandão⁴² conceituam o campo do direito como:

O debate no campo do direito não se faz através das discursividades dos litigantes, mas sim de uma antiga e consolidada discursividade dos profissionais socialmente autorizados a atuar neste campo. Por isso, Bourdieu (2003) se refere a um processo de codificação dos conflitos, que resulta na emissão do juízo legitimado socialmente como imparcial, emitido sob o signo de uma discursividade hermética e exógena em relação aqueles que estão perguntando: quem tem direito? Trata-se de um poder simbólico de amplas proporções, com efeitos objetivos de largo alcance, que somente é eficaz por ser reconhecido socialmente como legítimo e, ao mesmo tempo, porque consegue manter desconhecido o quanto

³⁸ BOURDIEU, P. *O Poder Simbólico*, 2003.

³⁹ BRASIL. **Portaria nº 652, de 25 de janeiro de 2021**, 2021a.

⁴⁰ BOURDIEU, op. cit., p. 213.

⁴¹ CHARAUDEAU, P. **A conquista da opinião pública: como o discurso manipula as escolhas políticas**, 2020, p. 14.

⁴² JORGE, A. L.; BRANDÃO, A. A. P. **A questão quilombola e o campo do direito**, 2018, p. 135.

de arbitrário está presente nos seus discursos, ao turvá-los com a névoa de uma alegada imparcialidade.

Em busca de alcançar o exame ao qual o trabalho se propôs, sob o olhar das teorias expostas, passa-se a analisar o conteúdo da citada Portaria Conjunta 652/2021, dos Ministérios de Estado, com a finalidade de identificar os argumentos lançados. A partir dessa análise, busca-se examinar se o discurso institucional da portaria em questão é discriminatório quanto aos imigrantes provenientes da Venezuela.

3. A ANÁLISE DO DISCURSO DA PORTARIA MINISTERIAL CONJUNTA Nº 652/2021: OS DISCURSOS INSTITUCIONAIS E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Para fins de controle sanitário das fronteiras internacionais do Brasil, o governo federal editou sucessivos atos normativos. A portaria ora estudada não foi a primeira a versar sobre o assunto, mesmo antes do início desse período de restrições, o Brasil já havia editado outras normas para regulamentar a matéria, sendo necessário compreender essa evolução.

Em 31 de dezembro de 2019, a China reportou à Organização Mundial da Saúde (OMS) casos de pneumonia de origem desconhecida e, em 7 de janeiro de 2020, confirmou se tratar de um novo tipo de coronavírus, que passou a ser denominado de 2019-nCoV. Em 30 de janeiro de 2020, a OMS declarou Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) e, em 11 de março de 2020, classificou a doença Covid-19 como pandemia.⁴³

Apesar da orientação da OMS mencionando que restrições de viagens poderiam retardar o avanço inicial da doença, mas seriam ineficientes a longo prazo, a reação foi que, na mesma semana da declaração da ESPII, a maioria dos países e territórios impôs restrições às imigrações. Até junho de 2020, 189 países restringiram a entrada de todos os viajantes de outras nacionalidades. Em 2020, 193 países restringiram parcialmente a entrada de pessoas, sendo que em 98 as limitações eram direcionadas a pessoas com

⁴³ ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE - OPAS. **Folha informativa sobre COVID-19: Histórico da pandemia de COVID-19, 2021.**

viagens recentes a determinados destinos ou nacionalidades. Ao longo da pandemia, os países foram flexibilizando ou retomando restrições conforme o avanço da doença.⁴⁴

No mesmo contexto, na primeira semana de fevereiro de 2020, o Brasil declarou Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da infecção humana pelo novo coronavírus (2019-nCoV), por meio da Portaria nº 188/GM/MS⁴⁵, e publicou a Lei nº 13.979/2020⁴⁶, tratando das medidas para o enfrentamento da emergência, a qual previa a possibilidade de restrições de entrada e saída do Brasil por rodovias, portos ou aeroportos mediante recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

O primeiro caso no país foi confirmado em São Paulo, em 26 de fevereiro de 2020, a vítima era um homem que havia retornado recentemente de viagem para a Itália.⁴⁷ Em 5 de março de 2020, o Brasil possuía oito casos, sendo seis importados (provenientes provavelmente da Itália) e dois de transmissão local relacionada ao primeiro paciente.⁴⁸ No dia 20 de março de 2020, com 904 casos confirmados, o Ministério da Saúde declarou transmissão comunitária.⁴⁹ No mesmo dia, Roraima confirmou seus dois primeiros casos, um casal que tinha estado recentemente em São Paulo.⁵⁰

Em 18 de março de 2020, foi publicada a primeira portaria impondo restrições de entrada a não nacionais no Brasil. Tratava-se da Portaria Interministerial nº 120, de 17 de março⁵¹, a qual especificamente restringia a entrada de não nacionais oriundos da República Bolivariana da Venezuela e apenas por rodovias e meios terrestres, nada mencionando com relação ao transporte aéreo. A portaria trazia ainda exceções ao imigrante com

⁴⁴ SHIRAEF, M. A. (et al.). **The COVID Border Accountability Project (COBAP):** Mapping Travel and Immigration Policy Responses to COVID-19, 2021.

⁴⁵ BRASIL. **Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020**, 2020b, p. 1.

⁴⁶ Idem. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**, 2020a, p. 1.

⁴⁷ Idem. Ministério da Saúde. UNA-SUS. **Coronavírus: Brasil confirma primeiro caso da doença**, 2020l.

⁴⁸ PASSOS, G. **Brasil tem 8 casos confirmados de coronavírus e transmissão local em São Paulo**, 5 mar. 2020.

⁴⁹ BRASIL. **Portaria nº 454, de 20 de março de 2020**, 2020m, p. 1.

⁵⁰ RORAIMA. Centro de Informações Estratégicas de Vigilância em Saúde - CIEVS/Roraima. **Boletim Epidemiológico nº 51**, 20 mar. 2020. G1 – BOA VISTA. **Governo confirma dois primeiros casos de coronavírus em RR**, 21 mar. 2020.

⁵¹ BRASIL. **Portaria nº 120, de 17 de março de 2020**, 2020c.

residência definitiva, profissional a serviço de organismo internacional, funcionário estrangeiro acreditado, transporte de cargas e execução de ações humanitárias transfronteiriças:

PORTARIA Nº 120, DE 17 DE MARÇO DE 2020

Dispõe sobre a restrição excepcional e temporária de entrada no País de estrangeiros oriundos da República Bolivariana da Venezuela, conforme recomendação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa. [...]

Art. 1º Esta Portaria dispõe sobre a restrição excepcional e temporária de entrada no País de estrangeiros oriundos da República Bolivariana da Venezuela, conforme o disposto no inciso VI do **caput** do art. 3º da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

Art. 2º Fica restringida, pelo prazo de quinze dias, contado da data de publicação desta Portaria, a entrada no País, por rodovias ou meios terrestres, de estrangeiros oriundos da República Bolivariana da Venezuela. [...]

Art. 4º A restrição de que trata esta Portaria não se aplica:

I - ao brasileiro, nato ou naturalizado;

II - ao imigrante com prévia autorização de residência definitiva em território brasileiro;

III - ao profissional estrangeiro em missão a serviço de organismo internacional, desde que devidamente identificado; e

IV - ao funcionário estrangeiro acreditado junto ao Governo brasileiro.

Art. 5º A restrição de que trata esta Portaria não impede:

I - o livre tráfego do transporte rodoviário de cargas, na forma da legislação vigente; e

II - a execução de ações humanitárias transfronteiriças previamente autorizada pelas autoridades sanitárias locais.

Como consequência, a portaria previa, além da responsabilização civil, administrativa e penal, “a deportação imediata do agente infrator e a inabilitação de pedido de refúgio”. Deve-se observar que a utilização do termo “deportação imediata” é uma impropriedade técnica, pois inexistente tal instituto no Direito brasileiro, que veda a deportação coletiva e determina a prévia notificação para regularização migratória e o devido processo legal. O que existe no ordenamento pátrio é a repatriação, que ocorre quando o imigrante ou visitante não é admitido em território nacional. No entanto, mesmo no caso de repatriação, prevalece o princípio do *non-refoulement* ou da não devolução, que veda a entrega de um não nacional a um Estado

onde sua vida, liberdade e outros direitos humanos estejam sob ameaça. Recorde-se que o Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos⁵² e da Convenção de 1951⁵³ e reconhece a “prevalência de situação grave e generalizada violação de direitos humanos em todo o território venezuelano”⁵⁴.

Outra atecnia da referida Portaria é a exceção ao imigrante com “autorização de residência definitiva”, uma vez que, em regra, a autorização de residência é feita com prazo, havendo confusão entre os termos “residência definitiva” e “autorização de residência por prazo indeterminado”. Assim, pessoas que têm residência definitiva no Brasil, mas a autorização de residência foi deferida por prazo determinado tiveram dificuldade de entrar no país.

Observa-se ainda que a Portaria nº 120⁵⁵ faz uso do termo “estrangeiro”, utilizado pelo Estatuto do Estrangeiro⁵⁶, promulgado durante a Ditadura Militar e cujas bases foram assentadas sobre o paradigma da “segurança nacional”, que via a migração como “exceção jurídica” e os migrantes como “legalmente indesejáveis”. Com a redemocratização, o Brasil passou a adotar posturas mais receptivas aos migrantes, de modo que a própria Constituição Federal⁵⁷ traz os princípios da prevalência dos direitos humanos e concessão de asilo político (artigo 4º, I e X). Além disso, deixa clara a pretensão de buscar “a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina” (artigo 4º, parágrafo único). Nesse diapasão, a Lei de Migração⁵⁸, apesar de não representar um avanço completo, pretende substituir o paradigma da segurança nacional pelo da proteção aos direitos humanos, e uma das características que marcam essa passagem é a adoção do termo “imigrante”.

Além da questão terminológica, as seguidas portarias de fechamento das fronteiras trazem também outras contradições quando confrontadas com a legislação interna, os tratados internacionais e a Constituição Federal. Ao

⁵² BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**, 1992, p. 15562.

⁵³ Idem. **Decreto nº 50.215, de 28 de janeiro de 1961**, 1961, p. 838.

⁵⁴ Idem. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Nota Técnica nº 3/2019/CONARE_Administrativo/CONARE/DEMIG/SENAJUS/MJ**, 13 jun. 2019.

⁵⁵ Idem. **Portaria nº 120, de 17 de março de 2020**, 2020c.

⁵⁶ Idem. **Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980**, 1980, p. 16534.

⁵⁷ Idem. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, 1988.

⁵⁸ Idem. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**, 2017, p. 1-10.

fechar as fronteiras, passa-se uma mensagem clara de que o perigo está no “estrangeiro”, ou melhor, em alguns. Para além disso, deve-se questionar se a diferenciação entre pessoas provenientes de diferentes países é razoável. Como ensina Streck⁵⁹, “o caráter de uma construção arbitrária e explícita expressa-se no reconhecimento da existência do discurso legislativo [...]. Dizer equivale a existir; não dizer equivale a não existir”.

Em 19 de março de 2020, foi publicada a Portaria nº 125⁶⁰, que trazia restrições à entrada por rodovias ou meios terrestres de pessoas oriundas de outros países fronteiriços com o Brasil. Além das exceções já trazidas pela Portaria nº 120⁶¹, a Portaria nº 125⁶² excepciona também “o tráfego de residentes de cidades gêmeas com linha de fronteira exclusivamente terrestre”. No mesmo dia, foi emitida a Portaria nº 126⁶³, que ampliava as hipóteses de exceção da Portaria nº 125 e impunha restrições à entrada por meio aéreo de pessoas provenientes da China, União Europeia, Islândia, Noruega, Suíça, Reino Unido, Austrália, Japão, Malásia e Coreia.

Em 20 de março de 2020, entidades da sociedade civil emitiram uma Nota Técnica conjunta⁶⁴ expressando preocupação com relação às restrições, em especial à ausência de publicização das Notas Técnicas da Anvisa mencionadas pelas portarias, ausência de análises e estudos que indicassem a necessidade da restrição e ao tratamento diferenciado dirigido aos imigrantes provenientes da Venezuela (o que é ainda mais preocupante pelo fato de o Brasil reconhecer a condição de refugiados dessas pessoas).

Em 26 de março de 2020, foi emitida a Portaria nº 47⁶⁵, do Gabinete da Vice-Presidência da República. Essa foi a primeira portaria com restrição para pessoas provenientes de qualquer país e de qualquer nacionalidade. No entanto, a restrição limitava-se ao transporte aquaviário.

⁵⁹ STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, 2014, p. 232.

⁶⁰ BRASIL. **Portaria nº 125, de 19 de março de 2020**, 2020d, p. 1.

⁶¹ Idem. **Portaria nº 120, de 17 de março de 2020**, 2020c.

⁶² Idem, op. cit., 2020d.

⁶³ Idem. **Portaria nº 126, de 19 de março de 2020**, 2020e, p. 1.

⁶⁴ SJMR (et al.). **Nota Técnica da Sociedade Civil Sobre as Portarias nº 120 e 125** (Restrição de Entrada no Brasil), 2020.

⁶⁵ BRASIL. **Portaria nº 47, de 26 de março de 2020**, 2020g, p. 1.

Em 27 de março de 2020, a Portaria nº 152⁶⁶ restringiu a entrada de estrangeiros de todas as nacionalidades por transporte aéreo, salvo exceções, entre as quais imigrantes com residência de caráter definitivo, por prazo determinado ou indeterminado, no território brasileiro, estrangeiro que fosse cônjuge, companheiro, filho, pai ou curador de brasileiro, além dos próprios brasileiros, natos ou naturalizados. A partir de então, foram mais de 30 (trinta) portarias tratando sobre a restrição da entrada de estrangeiros, cujos textos são muito similares e, em regra, não aplicam as exceções aos migrantes provenientes da fronteira do Brasil com a Venezuela.

A Portaria nº 204, de 29 de abril de 2020⁶⁷, foi a primeira a restringir a entrada de imigrantes de quaisquer nacionalidades e provenientes de quaisquer países por rodovias ou meios terrestres. Importa ressaltar que algumas exceções às restrições impostas pela portaria, especificamente quanto ao “imigrante com residência de caráter definitivo, por prazo determinado ou indeterminado”, que fosse “cônjuge, companheiro, filho, pai ou curador de brasileiro” ou “portador de Registro Nacional Migratório” e ainda a autorização ao “tráfego de residentes fronteiriços em cidades-gêmeas com linha de fronteira exclusivamente terrestre”, não se aplicavam àqueles “provenientes da República Bolivariana da Venezuela”.

Em 22 de maio de 2020, todas as portarias foram unificadas pela Portaria nº 255⁶⁸, que restringiu a entrada de estrangeiros provenientes de quaisquer países e quaisquer nacionalidades por rodovias ou meios terrestres, via aérea e transporte aquaviário. Essa portaria manteve as mesmas exceções às restrições (com algumas mudanças de redação ou especificações quanto aos tipos de transporte), ou seja, também não aplicava aquelas exceções aos imigrantes provenientes da Venezuela.

Em 25 de janeiro de 2021, foi publicada a Portaria nº 652⁶⁹, objeto de análise do presente estudo, que dispôs sobre a restrição excepcional e temporária da entrada no país de estrangeiros de qualquer nacionalidade. Conforme se pode observar, o discurso excludente quanto aos estrangeiros provenientes da República Bolivariana da Venezuela já se encontrava em construção, tendo

⁶⁶ BRASIL. **Portaria nº 152, de 27 de março de 2020**, 2020h, p. 1.

⁶⁷ Idem. **Portaria nº 204, de 29 de abril de 2020**, 2020j, p. 1.

⁶⁸ Idem. **Portaria nº 255, de 22 de maio de 2020**, 2020k, p. 1.

⁶⁹ Idem. **Portaria nº 652, de 25 de janeiro de 2021**, 2021a.

sido referendado com a edição da Portaria nº 652/2021⁷⁰. Ocorre que a ementa desse instrumento normativo, cujo texto foi parcialmente transcrito anteriormente, anuncia “a restrição excepcional e temporária de entrada no País de estrangeiros, de qualquer nacionalidade”, no entanto, o artigo 3º do diploma legal apresenta exceções às citadas restrições para os imigrantes com residência de caráter definitivo, por prazo determinado ou indeterminado, sendo eles cônjuges, companheiros, filhos, pais ou curadores de brasileiros, portadores de Registro Nacional Migratório. Em seguida, o §4º do mesmo artigo afirma que as exceções anteriormente descritas “não se aplicam aos estrangeiros provenientes da República Bolivariana da Venezuela”. Da mesma forma, o art. 4º, inciso II, da citada norma menciona que as restrições definidas no texto não impedem o tráfego de residentes fronteiriços em cidades-gêmeas, mediante a apresentação de documento de residente fronteiriço ou de outro documento comprobatório, desde que seja garantida a reciprocidade no tratamento ao brasileiro pelo país vizinho. Entretanto, o parágrafo único do citado dispositivo excetua a aplicação da regra à fronteira com a República Bolivariana da Venezuela. Por outro lado, o texto do artigo 6º revela que as restrições tratadas pela norma não impedem a entrada de estrangeiros no país por via terrestre entre a República Federativa do Brasil e a República do Paraguai, desde que obedecidos os requisitos migratórios adequados à sua condição, inclusive o de portar visto de entrada, quando esse for exigido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Esse texto escrito pelos detentores da legitimidade decorrente das atribuições concedidas pelo Estado representa, além da clara construção de um discurso advindo do campo do poder, também a negação da dignidade do ser humano, indo de encontro ao princípio elementar da humanidade. Nesse contexto, é possível perceber grave violação ao direito à igualdade na política migratória, assim como violação à proibição da discriminação, no mais amplo sentido da palavra. Além do controle de convencionalidade, os preceitos discriminatórios citados devem ser estudados à luz da análise do discurso das elites e da discriminação institucional.

Para Van Dik⁷¹, “preconceito e discriminação não são inatos, mas aprendidos, principalmente, por meio do discurso público”. Com fundamento nesse

⁷⁰ BRASIL. Portaria nº 652, de 25 de janeiro de 2021, 2021a .

⁷¹ VAN DIJK, T. A. *Discursos das elites e racismo institucional*, 2015, p. 31.

discurso, a norma legal ora analisada constrói institucionalmente o movimento de rejeição aos imigrantes venezuelanos. Dessa forma, o texto dos preceitos legais anteriormente ressaltado não pode ser interpretado isoladamente, devendo ser analisada também a estrutura, o processo e os contextos sociais e culturais do discurso existentes no momento da sua criação.

A partir da leitura dos dispositivos ressaltados, depreende-se que: as restrições para cidadãos e cidadãs da Venezuela são maiores do que aquelas para outras nacionalidades. A exclusão específica dos nacionais da República Bolivariana da Venezuela traduz-se em uma política e diretriz expressa promovida pelo discurso institucional brasileiro, a fim de ser reproduzida indiscriminadamente pelas práticas discursivas constantes nessa sociedade, tudo isso fruto de uma fabricação de opinião, conceituada por Van Dijk⁷², como discurso das elites.

Ademais, embora sob o argumento de incrementar o controle sanitário nas fronteiras internacionais do Brasil, a Portaria Ministerial Conjunta nº 652/2021⁷³, bem como as outras editadas anteriormente não apresentaram fundamentação técnica e científica a determinadas restrições. Merece destaque que apenas foi dado acesso público à Nota Técnica n. 01/2020 SEI/GADIP-DP/ANVISA em 2023,⁷⁴ a qual menciona apenas o fechamento da fronteira com a Venezuela pela Colômbia, e um ofício do Governo do Estado de Roraima, ambos sem citarem estudos ou mesmo dados epidemiológicos que baseassem a medida.

Nesse sentido, se não há orientações técnicas para estabelecer tal restrição, poderia a medida ser compreendida como um discurso para a fabricação da opinião pública, o que Charaudeau⁷⁴ conceitua como dramatização política, a fim de descrever as causas da desordem social. Segundo o autor:

Estigmatizando as formas de representação política e midiática: a classe política, as elites frias e calculistas, o “*establishment*”, denunciando diversos tipos de adversários: os *doutrinários* (marxistas, socialistas, capitalistas, fascistas), a *imigração* (“[Os imigrantes] vão

⁷² VAN DIJK, T. A. **Discursos das elites e racismo institucional**, 2015, p. 31-48.

⁷³ BRASIL. **Portaria nº 652, de 25 de janeiro de 2021**, 2021a.

⁷⁴ CHARAUDEAU, P. **A conquista da opinião pública: como o discurso manipula as escolhas políticas**, 2020, p. 93.

nos arruinar, nos invadir, nos submergir, deitar com nossas mulheres e nossos filhos”), os *lobbies* (“antirracista”, “dos direitos do homem” etc). Dito de outro modo, trata-se de identificar qual é a fonte do mal, e então de designar um responsável, e mesmo um culpado. A palavra política se faz denunciadora e acusadora, estigmatizando o inimigo que se deve combater, o qual só pode ser um perseguidor animado do desejo e da vontade de produzir o mal. Tal palavra de denúncia constrói uma imagem de combatente que procura galvanizar suas tropas.

Essa estratégia de desqualificação do adversário pode ser posta em prática através de diferentes procedimentos⁷⁵, a começar pelo discurso institucionalizado no texto de uma Portaria Ministerial. É importante observar que a pandemia, embora apontada no discurso para fabricação da opinião pública ou dramatização política e desqualificação dos migrantes venezuelanos, não foi seu ponto de partida. No Brasil, adotou-se o discurso de crise⁷⁶ para a migração venezuelana e, para além disso, tornou-se comum a sua utilização como argumento para justificar a deficiência de serviços públicos, muitos dos quais possuem problemas estruturais e anteriores.⁷⁷

Tratar a migração como crise é ainda uma forma de justificar a ausência de planejamento para uma questão previsível. Pereira⁷⁸ coloca que, “tendo em vista o aprofundamento do caos político, econômico e social na Venezuela, a intensificação do deslocamento dos imigrantes na região tornou-se expressiva, principalmente, depois de 2015”, e o fluxo migratório previsível. Da mesma forma, sanções econômicas aplicadas à Venezuela desde 2015, e que contaram com o apoio do Brasil ao menos a partir de 2016, evidenciavam que o fluxo migratório iria se intensificar. Não obstante,

⁷⁵ CHARAUDEAU, P. **A conquista da opinião pública**: como o discurso manipula as escolhas políticas, 2020, p. 93.

⁷⁶ Tratar a migração como uma crise é estratégia frequentemente utilizada pelo país receptor de migrantes com intuito político e midiático visando incitar no imaginário da população do país receptor o conceito de um movimento exógeno que aflige e prejudica a população nativa. O termo *crise migratória* é utilizado comumente para significar “uma sucessão de deslocamentos massivos de populações que se direcionam precariamente e de maneira irregular a outros países”. O país receptor classifica a migração como uma crise, ou seja, um problema, e a tendência é a aplicação de políticas voltadas a restringir esses deslocamentos. MOREIRA, J. B.; BORBA, J. H. O. M. **Invertendo o enfoque das “crises migratórias” para as “migrações de crise”**: uma revisão conceitual no campo das migrações, 2021, p. 8.

⁷⁷ MILESI, R. (et al.). **Migração venezuelana ao Brasil**: discurso político e xenofobia no contexto atual, 2018, p. 53-70.

⁷⁸ PEREIRA, F. H. **O alcance dos imigrantes venezuelanos às políticas sociais no Brasil após a nova Lei de Migração**: um olhar a partir da realidade do estado de Roraima, 2020, p. 169.

a resposta brasileira veio apenas em 2018, utilizando-se de termos que remetem à crise, desordem e imprevisibilidade, o que pode ser observado no Decreto 9.285, de 15 de fevereiro de 2018⁷⁹, o qual “reconhece a situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório”, considera “aumento populacional temporário, desordenado e imprevisível” e o “impacto desse fluxo migratório na prestação de serviços públicos de saúde, saneamento básico, segurança pública”.

Retornando à Portaria nº 652⁸⁰, essa foi editada sob o argumento de recomendação da ANVISA. Contudo, conforme dito alhures, falhasse em publicizar e demonstrar os critérios técnicos e epidemiológicos que justificassem a medida, em especial a própria Nota Técnica com Recomendação da ANVISA, divulgada apenas em 2023 e sem fazer referência a estudos técnicos e epidemiológicos.

Por sua vez, repita-se, a Portaria Ministerial Conjunta nº 652/2021, com um discurso ideológico “caracterizado por uma estratégia geral de autoapresentação positiva e de apresentação negativa do outro em todos os níveis da fala e da escrita”⁸¹, no art. 4º, inciso I, quando garantiu a previsão legal de execução de ações humanitárias transfronteiriças previamente autorizadas pelas autoridades sanitárias locais, contradiz-se com o discurso excludente dos artigos 3º e 4º anteriormente explanados. Contudo, quando confrontado esse texto em análise crítica de estratégia e estrutura discriminatória, demonstra-se o domínio simbólico com a finalidade de negar ou recusar os provenientes da República Bolivariana da Venezuela, ao estipular as restrições no deslocamento internacional sem observar os direitos dos migrantes e refugiados. Há uma estratégia de desqualificação dos imigrantes venezuelanos, tidos como indesejáveis, que antecede à pandemia, mas a utiliza na fabricação da opinião pública ou dramatização política. Com esse discurso excludente, o país comporta-se diferente das diversas nações que restringiram a entrada a seus países de maneira mais equânime.

Não se pode olvidar que o direito internacional reconhece o poder-dever dos Estados de controlar a entrada e saída de pessoas de seus territórios,

⁷⁹ BRASIL. **Decreto nº 9.285, de 15 de fevereiro de 2018**, 2018, p. 2.

⁸⁰ Idem. **Portaria nº 652, de 25 de janeiro de 2021**, 2021a.

⁸¹ VAN DIJK, T. A. **Discursos das elites e racismo institucional**, 2015, p. 31-48.

inclusive com a adoção de medidas sanitárias. No entanto, esse poder-dever não pode servir para macular a dignidade humana, tampouco justificar a violação de direitos fundamentais. O fato de haver uma crise humanitária na Venezuela não pode subsidiar, sem nenhuma fundamentação científica e legal, o discurso excludente constante nos artigos 3º e 4º da norma em comento.

Noutro passo, são princípios que regem as relações internacionais da República Federativa do Brasil a prevalência dos direitos humanos e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (artigo 4º, II e IX, da Constituição de 1988).⁸² Ainda, o art. 5º, *caput*, que inaugura o título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, da Constituição da República Federativa do Brasil, dispõe que todos são iguais perante a lei, garantindo-se aos brasileiros e aos não nacionais o respeito a esse rol de direitos e garantias. Além disso, conforme o art. 5º, § 2º, os direitos e garantias expressos no texto constitucional não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que o Estado brasileiro seja parte, podendo-se citar o Regulamento Sanitário Internacional (RSI) e a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados.⁸³

Sendo assim, as legítimas preocupações dos Estados, incluindo a proteção à saúde pública, devem ser fundamentadas em informações técnicas e científicas, e não se tornar instrumento de propagação de discursos políticos excludentes e ferramenta de dramatização política.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo, buscou-se analisar o discurso institucional da Portaria nº 652/2021⁸⁴, uma das mais de 30 (trinta) portarias que determinam restrições à entrada no Brasil, comumente chamadas de “fechamento de fronteiras”, emitidas no contexto da pandemia de Covid-19. Partiu-se das seguintes questões norteadoras: a Portaria nº 652/2021 impõe restrições arbitrárias com relação aos migrantes venezuelanos? Qual o discurso institucional do Brasil diante do conteúdo dessa portaria?

⁸² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, 1988.

⁸³ Idem. **Decreto nº 50.215, de 28 de janeiro de 1961**, 1961.

⁸⁴ Idem. **Portaria nº 652, de 25 de janeiro de 2021**, 2021a.

Apesar do discurso de crise adotado pelo Brasil, a migração venezuelana era previsível⁸⁵, assim como sua intensificação, e não há, por ora, perspectiva de estabilização do fluxo. No Brasil, o discurso de crise migratória serve para justificar problemas estruturais nos serviços públicos, tais como saúde, segurança e educação, bem como a ausência de planejamento para acolhimento dos migrantes. Percebe-se que mesmo a Operação Acolhida tendo iniciado em 2018, e sem perspectiva de finalização, ainda é tratada como uma política de curto prazo.

No Brasil, o governo oficialmente reconheceu a presunção da condição de refugiados dos venezuelanos em razão da violação generalizada de direitos humanos. Ao mesmo tempo que o Brasil pretende adotar a imagem de um país acolhedor, em especial ao reconhecer a condição de refugiado e estabelecer a Operação Acolhida, que tem como um de seus objetivos o acolhimento dos migrantes, ao perpetuar as políticas voltadas ao tema como algo “emergencial” para responder ao “aumento populacional temporário, desordenado e imprevisível” e ao “impacto desse fluxo migratório na prestação de serviços públicos de saúde, saneamento básico, segurança pública”, revela o discurso institucional que imputa à migração venezuelana a responsabilidade por questões estruturais.

Isso fica claro quando se analisam as portarias de fechamento da fronteira no início da pandemia de Covid-19. A primeira, a Portaria 120/2020⁸⁶, foi expedida especificamente para a fronteira com a Venezuela, em que pese o fato de os primeiros casos no Brasil terem vindo da Europa, e apesar da ausência de recomendação da ANVISA, conforme demonstrado. Mesmo as demais portarias que pretendiam unificar o tratamento dado aos migrantes eram mais rigorosas com relação aos venezuelanos. Não se aplicavam a eles exceções básicas, como ter visto de residência, ser cônjuge, filho ou pai de brasileiro. Ademais, a restrição limitava-se aos que entrassem por meio rodoviário ou terrestre (e, mais tarde, aquaviário), sem impor restrições àqueles que tivessem condições de arcar com passagens de avião, evidenciando que se tratava de uma política arbitrária de restrição a refugiados pobres, inclusive indígenas. Soma-se a isso que entre as penalidades estava a inabilitação ao

⁸⁵ PEREIRA, F. H. **O alcance dos imigrantes venezuelanos às políticas sociais no Brasil após a nova Lei de Migração**: um olhar a partir da realidade do estado de Roraima, 2020.

⁸⁶ BRASIL. **Portaria nº 120, de 17 de março de 2020**, 2020c.

pedido de refúgio e a “deportação imediata”, em clara afronta às normas constitucionais e aos tratados de direitos humanos.

Observa-se que não se trata de mera imposição de restrições à entrada de migrantes, como aconteceu no mundo todo, apesar das ressalvas da Organização Mundial da Saúde. No caso das restrições impostas pelo Brasil ao provenientes da Venezuela, tratava-se de medida arbitrária, sem respaldo científico ou factual, que passava a mensagem implícita de que venezuelanos ofereceriam mais riscos de contaminação do que outros estrangeiros. Ao se partir para a análise da Portaria Interministerial nº 652/2021, a qual foi selecionada por se tratar de voz colegiada (polifonia), verifica-se que reflete uma política e diretriz expressa promovida pelo discurso institucional brasileiro, a fim de ser reproduzida indiscriminadamente pelas práticas discursivas constantes nessas sociedades, tudo isso fruto de uma fabricação de opinião.

Na elaboração da Portaria nº 652/2021 ocorreu a construção de um discurso para a produção de influência estabelecida e reproduzida como forma de manter o campo de poder movido como um mecanismo de rejeição do outro. Trata-se ainda da negação da dignidade do ser humano e, conseqüentemente, da própria humanidade. Logo, verifica-se que a Portaria nº 652/2021 reflete a influência de atores estatais e configura voz colegiada (polifonia), representando uma política que institucionaliza a xenofobia.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, M. G. S. L. (et al.). Argumentos de justificação para as reformas processuais: uma análise semiolinguística das exposições de motivos do Código de Processo Civil de 1939 e do Anteprojeto de Reforma de 2010. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 3, n. 2, p.162-182, 2016. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/handle/1/12235>. Acesso em: 7 fev. 2021.

BINDA, R. J. **Vozes escutadas ou jogo de cena**: os argumentos apresentados pelos amigos da Corte na ADI 3239 e os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal na ressignificação da questão quilombola. Tese (Doutorado) - Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2021.

BOURDIEU, P. **Questões de Sociologia**. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983.

BOURDIEU, P. **O Poder Simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

BOURDIEU, P. **A economia das trocas lingüísticas**: o que falar quer dizer. 2ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008.

BRASIL. Decreto nº 50.215, de 28 de janeiro de 1961. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 jan. 1961, Seção 1, p. 838.

BRASIL. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 ago.1980, Seção 1, p. 16534.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 set. 2020.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 nov. 1992, Seção 1, p. 15562.

BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 maio 2017, Seção 1, p. 1-10.

BRASIL. Decreto nº 9.285, de 15 de fevereiro de 2018. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 fev. 2018, Seção 1, p. 2.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Nota Técnica nº 3/2019/CONARE_Administrativo/CONARE/DEMIG/SENAJUS/MJ**. Brasília, 13 jun. 2019. Disponível em: justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1564080197.57/sei_mj-8757617-estudode-pais-de-origem-venezuela.pdf. Acesso em: 08 fev. 2022.

BRASIL. Decreto nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 jan. 2020, Seção 1- Extra, p. 1.

BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. **Diário Oficial da União**, Brasília, 7 fev. 2020a, Seção 1, p. 1. BRASIL. Portaria nº 120, de 17 de março de 2020. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 mar. 2020c, Seção 1, p. 1.

BRASIL. Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020. **Diário Oficial da União**, Brasília, 3 fev. 2020b, Seção 1-Extra, p. 1.

BRASIL. Portaria nº 125, de 19 de março de 2020. **Diário Oficial da União**, Brasília, 19 mar. 2020d, Seção 1-Extra, p. 1.

BRASIL. Portaria nº 126, de 19 de março de 2020. **Diário Oficial da União**, Brasília, 19 mar. 2020e, Seção 1-Extra, p. 1.

BRASIL. Portaria nº 47, de 26 de março de 2020. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 mar. 2020g, Seção 1-Extra, p. 1.

BRASIL. Portaria nº 152, de 27 de março de 2020. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 mar. 2020h, Seção 1-Extra, p. 1.

BRASIL. Portaria nº 204, de 29 de abril de 2020. **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 abr. 2020j, Seção 1-Extra, p. 1.

BRASIL. Portaria nº 255, de 22 de maio de 2020. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 maio 2020k, Seção 1-Extra, p. 1.

BRASIL. Ministério da Saúde. UNA-SUS. Coronavírus: Brasil confirma primeiro caso da doença. **UNA-SUS**, 27 fev. 2020l. Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/coronavirus-brasil-confirma-primeiro-caso-da-doenca>. Acesso em: 8 fev. 2022.

BRASIL. Portaria nº 454, de 20 de março de 2020. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 mar. 2020m, Seção 1-Extra, p. 1.

BRASIL. Portaria nº 652, de 25 de janeiro de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 jan. 2021a, Seção 1, p. 10.

BRASIL. **Nota Técnica nº 1/2020/SEI/GADIP-DP/ANVISA** - Pedido 25072025880202147. Pedido em: 20 set. 2021. Acesso negado em: 08 out. 2021. Órgão destinatário: ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Especificação da Decisão: Processo decisório em curso. Brasília, 2021b. Disponível em: http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetalhePedido/DetalhePedido.aspx?nup=25072025880202147. Acesso em: 13 nov. 2021.

BRASIL. Portaria Interministerial nº 666, de 20 de janeiro de 2022. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 jan. 2022, Seção 1, p. 2.

BRASIL. Pedido 25072003501202320. Pedido em: 24 jan. 2023. Acesso concedido em: 9 fev. 2023. Órgão destinatário: ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Brasília, 2023. Disponível em: http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetalhePedido/DetalhePedido.aspx?nup=25072003501202320. Acesso em: 26 fev. 2023.

CHARAUDEAU, P. Uma teoria dos sujeitos da linguagem. In: MARI, H.; MACHADO, I. L.; MELLO, R. (Orgs.). **Análise do discurso: fundamentos e práticas**. Belo Horizonte: Núcleo de Análise do Discurso-FALE/UFMG, 2001, p. 44-37.

CHARAUDEAU, P. Uma análise semiolinguística do texto e do discurso. In: PAULIUKONIS, M. A. L.; GAVAZZI, S. (Orgs.). **Da língua ao discurso: reflexões para o ensino**. Rio de Janeiro: Lucerna, 2005, p. 11-27.

CHARAUDEAU, P. Identidade linguística, identidade cultural: uma relação paradoxal. In: LARA, G. P.; LIMBERTI, R. P. (Orgs.). **Discurso e (des)igualdade social**. 1. ed. São Paulo: Contexto, 2015, p. 13-29.

CHARAUDEAU, P. A argumentação em uma problemática da influência. **ReVEL**, edição especial v. 14, nº 12, 2016.

CHARAUDEAU, P. **A conquista da opinião pública: como o discurso manipula as escolhas políticas**. São Paulo: Contexto, 2020.

CHARAUDEAU, P.; MAINGUENEAU, D. **Dicionário de análise do discurso**. São Paulo: Contexto, 2020.

DUARTE, F.; IORIO FILHO, R. M. Imunidade parlamentar e análise do discurso jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. **Revista SJRJ**, nº 25, p. 353-375, 2009. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/handle/1/12000>. Acesso em: 7 fev. 2021.

G1 – BOA VISTA. Governo confirma dois primeiros casos de coronavírus em RR. **G1**, 21 mar. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2020/03/21/governo-confirma-dois-primeiros-casos-de-coronavirus-em-rr.ghtml>. Acesso em: 8 nov. 2021.

IORIO FILHO, R. M. **Uma questão da cidadania**: o papel do Supremo Tribunal Federal na intervenção federal (1988-2008). 1. ed. Curitiba: CRV, 2014.

JORGE, A. L.; BRANDÃO, A. A. P. A questão quilombola e o campo do direito. **Estudos de Sociologia**, Araraquara, v. 23, nº 45, p. 123-138 jul.-dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.fclar.unesp.br/estudos/article/download/10467/8011/35638>. Acesso em: 7 fev. 2021.

MILESI, R.; COURY, P.; ROVERY, J. Migração venezuelana ao Brasil: discurso político e xenofobia no contexto atual. **Revista Aedos**, Porto Alegre, v. 10, n. 22, 2018, p. 53-70. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/aedos/article/view/83376>. Acesso em: 1 out. 2022.

MOREIRA, J. B.; BORBA, J. H. O. M. Invertendo o enfoque das “crises migratórias” para as “migrações de crise”: uma revisão conceitual no campo das migrações. **Revista Brasileira de Estudos de População** [online], v. 38, e0137, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.20947/S0102-3098a0137>. Acesso em: 22 nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE - OPAS. **Folha informativa sobre COVID-19**: Histórico da pandemia de COVID-19. 2021. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>. Acesso em: 22 nov. 2021.

PASSOS, G. Brasil tem 8 casos confirmados de coronavírus e transmissão local em São Paulo. Coronavírus. **Agência Brasil**, 5 mar. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/es/node/1381991>. Acesso em: 22 nov. 2021.

PEREIRA, F. H. **O alcance dos imigrantes venezuelanos às políticas sociais no Brasil após a nova Lei de Migração**: um olhar a partir da realidade do estado de Roraima. Tese (Doutorado em Política Social) - Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

RORAIMA (Estado). Centro de Informações Estratégicas de Vigilância em Saúde – CIEVS/Roraima. **Boletim Epidemiológico nº 51**. Boletim Epidemiológico para Atualização sobre a doença pelo coronavírus 2019 (Covid-19). 20 mar. 2020. Disponível em: <https://saude.rr.gov.br/index.php/transparencia/transparencia-saude/coronavirus/informacoes-coronavirus?start=850>. Acesso em: 8 nov. 2021.

SERVIÇO JESUÍTA A MIGRANTES E REFUGIADOS BRASIL – SJMR (et al.). **Nota Técnica da Sociedade Civil Sobre as Portarias nº 120 e 125** (Restrição de Entrada no Brasil). 2020. Disponível em: <https://sjmrbrasil.org/sjmrbra-nota-tecnica>. Acesso em: 8 nov. 2021.

SHIRAEF, M. A. (et al.). **The COVID Border Accountability Project (COBAP):** Mapping Travel and Immigration Policy Responses to COVID-19. 2021. Disponível em: <https://covidborderaccountability.org/index.html>. Acesso em: 8 nov. 2021.

SILVA, F. D. L. L.; IORIO FILHO, R. M. Por uma gramática das decisões judiciais. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Fortaleza, 9, 10, 11 e 12 jun. 2010, p. 1856-1867.

STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

VAN DIJK, T. A. Discursos das elites e racismo institucional. In: LARA, G. P.; LIMBERTI, R. P. (Orgs.). **Discurso e (des)igualdade social**. São Paulo: Contexto, 2015, p. 31-48.

**O ACESSO À JUSTIÇA NAS DEMANDAS DE SAÚDE:
IMPACTOS DOS TEMAS 793 e 1234
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

*THE RIGHT TO ACCESS TO JUSTICE IN HEALTHCARE DEMANDS:
THE IMPACTS OF BRAZILIAN SUPREME COURT'S
DECISIONS ON THEMES 793 AND 1234*

Carolina Godoy Leite

*(Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade
Católica de Minas Gerais; Defensora Pública Federal)*

cgodoyleite@gmail.com

RESUMO

O artigo aborda as barreiras de acesso à justiça pela população pobre no Brasil, destacando algumas ferramentas criadas na tentativa de superação dessas limitações. O foco do estudo cinge-se à garantia de acesso à justiça como meio de efetivação do direito à saúde. Para tanto, analisa movimento de judicialização de demandas de saúde, que é crescente no país e preocupa juristas e gestores públicos. Essa litigiosidade foi avaliada sob a óptica da população carente, que depende de forma exclusiva do SUS para receber qualquer atendimento em saúde. Buscou-se avaliar os possíveis impactos sobre o acesso à justiça dessa parcela da população ocasionados pelas recentes decisões judiciais de federalização de demandas sobre fornecimento de medicamentos, com fundamento nos temas 793 e 1234 do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Direito à Saúde. Judicialização. Federalização de demandas. Barreiras de Acesso.

ABSTRACT

The article addresses the barriers to access to justice for the poor population in Brazil and some tools created to try to overcome these limitations. The focus of the study relays on guaranteeing access to justice as a means of implementing the right to health. To do so, it analyses the judicialization of healthcare demands, that is growing in the country and worries jurists and

public managers. This litigation was evaluated from the perspective of the low-income population, which depends exclusively on the public system to receive any health care. This article aimed to analyze the possible impacts on the access to justice of this part of the population caused by the recent judicial decisions that federalizes medication lawsuits, based on Brazilian Supreme Court's themes 793 and 1234.

Keywords: Access to justice. Right to health. Judicialization. Federalization of healthcare demands. Barriers of access.

Data de submissão: 15/10/2022

Data de aceitação: 22/05/2023

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. O ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL. 2. DIREITO À SAÚDE. 3. A JUDICIALIZAÇÃO DA TUTELA DA SAÚDE PÚBLICA. 4. IMPACTOS DOS TEMAS 793 E 1234 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

A resolução dos conflitos em saúde tornou-se tema recorrente em estudos e publicações nas últimas décadas. Desde a Constituição de 1988, com a consagração do direito à saúde como um direito fundamental de todas as pessoas no Brasil, iniciaram-se discussões sobre a extensão desse direito e sobre a possibilidade de as políticas públicas em saúde sofrerem controle externo pelo judiciário.

A chamada judicialização da saúde é um tema sensível para juristas, magistrados e gestores públicos. Questiona-se como garantir a efetivação desse direito, sem desestruturar a política pública organizada pelo Estado.

Há um crescente número de demandas judiciais. Conforme estatísticas publicadas pelo Conselho Nacional de Justiça, apenas em 2022, foram registrados 295 mil novos processos judiciais no Brasil referentes à saúde

pública. Entre esses, pelo menos 51 mil se referem a demandas para fornecimento de medicamentos.¹

Em geral, os estudos sobre judicialização das políticas em saúde cingem-se à análise dos impactos dessa revisão externa sobre o equilíbrio financeiro e sobre a execução das macropolíticas em saúde.

O presente artigo visa analisar esse fenômeno sob outra óptica, a do acesso à justiça, com um recorte focado no atendimento da população economicamente necessitada e na saúde pública. Para tanto, realiza-se uma revisão narrativa de literatura com pesquisa bibliográfica abrangendo artigos científicos, livros, dados estatísticos publicados por instituições públicas brasileiras, bem como uma pesquisa jurisprudencial nas recentes decisões proferidas pelos Tribunais Superiores sobre a competência jurisdicional para análise e julgamento das ações de saúde pública.

Objetiva-se, em síntese, responder se a participação obrigatória da União nas referidas demandas, com consequente concentração dos processos na Justiça Federal, traria impactos sobre o acesso à saúde pela população vulnerável.

Apesar de haver uma quantidade expressiva de demandas judiciais em curso, essa litigiosidade não necessariamente reflete uma maior capacidade de reivindicação do direito à saúde pela população necessitada. De fato, há doutrinadores que defendem que a judicialização seria um processo elitizado, utilizado por pessoas que já possuem maior acesso a serviços e que conseguem se articular e organizar para reivindicar direitos, conforme ressalta Marcelo Medeiros².

Por outro lado, destaca-se a pesquisa realizada por João Biehl³ nas ações de saúde ajuizadas no estado do Rio Grande do Sul, que sugere que essa impressão de judicialização pelas elites é falsa. Nesse estudo, observou-se o seguinte perfil de litigantes: 92% viviam fora da capital, a maioria tinha idade avançada, mais de 50% eram aposentados ou desempregados e 58% estavam representados pela Defensoria Pública. O estudo indica, em suma,

¹ BRASIL. **Estatísticas Processuais de Direito à Saúde**, 2022.

² MEDEIROS, M. (et al.). **A tese da judicialização da saúde pelas elites: os medicamentos para mucopolissacaridose**, 2013, p. 1091.

³ BIEHL, J. **Patient-Citizen-Consumers: judicialization of health and metamorphosis of biopolitics**, 2016, p. 92.

que a busca judicial pela garantia do direito à saúde seria acessível inclusive para pessoas muito pobres.

Recentemente, as preocupações com uma possível iniquidade no uso das ferramentas jurídicas para efetivação do direito à saúde ganharam fôlego com a propagação de decisões judiciais exigindo que as ações para fornecimento de medicamentos não incorporados ao SUS tramitassem na Justiça Federal, a qual possui menor capilaridade que a Justiça Estadual⁴ e, na maioria das subseções, não é atendida pela Defensoria Pública.⁵

O principal fundamento dessas decisões que federalizam o trâmite das demandas de saúde cinge-se à reinterpretação dada pelo próprio Supremo Tribunal Federal e por alguns Tribunais quanto à tese fixada no tema de repercussão geral 793.

Assim, este estudo visa analisar o impacto dessas decisões sobre o acesso à justiça na tutela do direito à saúde pela população hipossuficiente, que depende do sistema público para ter acesso a qualquer atendimento em saúde.

1. O ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

No século XX, com a mudança paradigmática dos direitos sociais, percebeu-se que o Estado não poderia permanecer inerte em relação às desigualdades que impediam as pessoas de conhecerem e de defenderem seus direitos. As novas Constituições passaram a incorporar diversos direitos e garantias, os quais, para serem efetivos, demandavam mecanismos de implementação e reivindicação, que deveriam ser garantidos pelo Estado.

Assim, o acesso à Justiça se consolida como “requisito fundamental — o mais básico dos direitos humanos — de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”⁶. Nesse contexto, nasceu a Constituição Brasileira de 1988, com forte característica dirigente, consagrando diversos direitos políticos e sociais que não estavam presentes no quadro constitucional anterior.

⁴ BRASIL. *Justiça em Números*, 2021, p. 32.

⁵ Idem. *Pesquisa Nacional da Defensoria Pública 2022*, 2022, p. 39.

⁶ CAPPELLETTI, M.; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, 1988, p. 5.

Estabelecendo os direitos fundamentais, a Constituição assegurou, no art. 5º, XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”⁷. Confirma-se, assim, como direito fundamental a possibilidade de qualquer pessoa reivindicar no Judiciário a adoção de medidas quando houver violação ou ameaça aos seus direitos. Nesse ponto, vale destacar que a noção de acesso à justiça não se limita ao ingresso de uma demanda no judiciário. Pelo contrário, abrange também a capacidade de reconhecer os próprios direitos e de perceber se eles foram violados.⁸

Assim, pode-se afirmar que um efetivo acesso à justiça é composto por, pelo menos, duas etapas: 1. a aptidão de reconhecer seus direitos e eventual violação; 2. a disponibilidade de meios para reivindicar esses direitos. De nada adiantaria termos um sistema de justiça se as pessoas não sabem identificar quando precisam dele.⁹

Em seus estudos sobre o tema, Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹⁰ destacaram que, além de reconhecer o direito e saber como reivindicá-lo, é preciso que as pessoas tenham disposição psicológica para adotar as medidas necessárias. Os citados autores realizaram o mais notório estudo sobre acesso à justiça, descrevendo diversas barreiras para a efetivação desse direito e concluindo que:

Um exame dessas barreiras ao acesso, como se vê, revelou um padrão: os obstáculos criados por nossos sistemas jurídicos são mais pronunciados para as pequenas causas e para os autores individuais, especialmente os pobres; ao mesmo tempo, as vantagens pertencem de modo especial aos litigantes organizacionais, adeptos do uso do sistema judicial para obterem seus próprios interesses.¹¹

Percebe-se, portanto, que as principais barreiras de acesso à justiça estão relacionadas à pobreza e à desigualdade social. Custas judiciais elevadas, demandas com baixo benefício econômico, morosidade processual, dificuldades para reconhecimento de direitos, dificuldades de mobilização

⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, 1988.

⁸ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**, 1988, p. 4

⁹ *Ibidem*, p. 8

¹⁰ *Ibidem*, p. 9

¹¹ *Ibidem*, p. 11

e organização são exemplos de problemas que afastam as pessoas da efetiva justiça.

Para buscar superar essas barreiras, Cappelletti e Garth identificaram três ondas de acesso à justiça nos países ocidentais. A primeira buscou implementar mecanismos de assistência jurídica/judiciária para os pobres; a segunda consistiu em reformas para viabilizar a defesa em direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos; a terceira, por sua vez, busca aprimorar os mecanismos das ondas anteriores “de modo mais articulado e compreensivo”¹².

A Constituição brasileira de 1988 aderiu a esse movimento, estabelecendo normas programáticas que visam superar ou, pelo menos, amenizar tais barreiras de acesso. De fato, já no art. 5º, no inciso LXXIV, ela estabelece como direito fundamental que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”¹³. Para implementar essa medida, o constituinte previu ainda a criação da Defensoria Pública, discorrendo no art. 134:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.¹⁴

Portanto, a Defensoria Pública surge como um instrumento de efetivação do acesso à Justiça, sendo a instituição responsável por orientar a população necessitada economicamente sobre seus direitos e por reivindicá-los quando necessário. Ademais, foram regulamentadas na legislação infraconstitucional medidas como a gratuidade de justiça, os Juizados de Pequenas Causas, incentivos à conciliação e à arbitragem, programas de educação em direitos, entre outras.

¹² CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**, 1988, p. 12.

¹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, 1988.

¹⁴ *Ibidem*.

Entretanto, mesmo com a implementação dessas ferramentas, parte da população brasileira segue excluída dos sistemas de justiça. O Brasil, em razão de fatores como suas dimensões geográficas, distorções econômicas entre regiões do país, grave desigualdade social, morosidade judiciária, carência de estrutura da Defensoria Pública e baixos índices de escolaridade, ainda possui entraves significativos ao acesso à Justiça.

Em 2021, o Conselho Nacional de Justiça publicou o Índice de Acesso à Justiça, levando em consideração características humanas, sociais e institucionais, em especial suas vulnerabilidades e particularidades. O estudo revelou os principais fatores que influenciam a acessibilidade à justiça no Brasil.¹⁵

Tabela 1: Variáveis que compõem o índice de acesso à justiça

VARIÁVEIS FINAIS		
CIDADANIA	POPULAÇÃO	JUDICIÁRIO
Percentual de Analfabetismo das pessoas de 15 anos ou mais	Percentual de mulheres na população	Tempo médio de decisão
Percentual Nascidos Vivos de mães entre 10 e 19 anos	Coefficiente de Gini	Taxa de Magistrados na população
Défice de Altura para a Idade (DAI)	Percentual de pessoas com idade superior a 50 anos	Taxa de Varas na população
Défice de Peso para a Idade (DPI)	Taxa de Escolarização	Quantidade de Casos Novos do 1º grau por 100 mil habitantes
Percentual de moradores em domicílios com água canalizada	Percentual de pessoas na população que se autodeclararam não brancas	

Fonte: Conselho Nacional de Justiça 2020.

Observa-se que carências sociais, alimentares e dificuldades de acesso a serviços públicos básicos, como educação e saneamento básico, ainda seguem excluindo milhões de brasileiros do alcance da justiça. Fato é que, para muitos brasileiros, o reconhecimento e a reivindicação de seus direitos ainda é uma realidade intangível.

¹⁵ BRASIL. **Índice de acesso à Justiça**, 2021, p. 21.

Não se pode ignorar também que problemas estruturais do Poder Judiciário influenciam a efetividade do acesso à justiça. Ainda subsistem Tribunais em que o tempo de tramitação de um processo é extremamente excessivo, dificultando a efetiva pacificação do conflito. Ademais, muitos Tribunais não estão capilarizados e não conseguem atender efetivamente moradores de diversos municípios, provocando uma exclusão jurisdicional fática, posto que inalcançáveis pelas parcelas mais pobres da população, que não possuem condições de se deslocar para reivindicar seus direitos.

A tabela a seguir revela a disparidade entre a Justiça Federal e a Estadual na taxa de novos processos, no número de varas ou subseções e de magistrados proporcionalmente à população atendida.¹⁶

Tabela 2: Dados do capital institucional do judiciário brasileiro

JUSTIÇA	TEMPO MÉDIO DE DECISÃO (EM DIAS)	QUANTIDADE DE CASOS NOVOS (1º G) EM 100MIL HAB.	TAXA DE MAGISTRADOS NA POPULAÇÃO	TAXA DE VARAS NA POPULAÇÃO
Federal	654,20	1.705,36	0,000014	0,000004
Eleitoral	348,07	40,95	0,000000	0,000014
Estadual	264,08	7.493,62	0,000073	0,000056
Trabalho	142,58	773,39	0,000019	0,000009
Militar	119,33	885,04	0,0000007	0,000000

Fonte: Conselho Nacional de Justiça 2020.

Percebe-se, com base nesses dados, que, apesar de a Justiça Estadual receber um volume de novos casos 4,34 vezes superior ao volume da Justiça Federal, o tempo médio de julgamento na esfera estadual é, aproximadamente, 60% menor. Essa maior celeridade no tempo médio de decisão, provavelmente, está relacionada ao fato de a Justiça Estadual possuir significativamente mais magistrados e varas.

Além das diferenças diagnosticadas de forma nacional entre as Justiças Estadual e Federal, os dados publicados pelo Conselho Nacional de Justiça

¹⁶ BRASIL. **Índice de acesso à Justiça**, 2021, p. 33.

revelam também uma divergência de acesso à justiça entre as regiões do país. Enquanto os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais das regiões Sul, Sudeste e Centro-Oeste se destacam com índices de acesso à Justiça superiores a 50%, os Tribunais que atendem às regiões Norte e Nordeste apresentam significativa redução nesse índice, com percentuais abaixo de 50%.¹⁷

Essas dificuldades tanto nacionais como regionais demonstram que o acesso à justiça no Brasil ainda é falho e que persiste a necessidade de criação e fortalecimento de ferramentas que assegurem a capacidade de reconhecimento e reivindicação de direitos, principalmente para os grupos mais vulneráveis, nos estados das regiões Norte e Nordeste do país, os quais formam, hoje, a parte da população mais excluída do sistema de justiça nacional.

Por fim, a necessidade de superação dessas barreiras de acesso à justiça socioeconômicas e estruturais se torna ainda mais relevante quando o direito a ser tutelado é um direito fundamental indisponível, essencial ao direito à vida, como é o caso do direito à saúde.

2. DIREITO À SAÚDE

A saúde é um direito humano, reconhecido em tratados internacionais, como o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas de 1966 e o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de São Salvador” de 1988.

O conceito de saúde evoluiu ao longo do tempo. Conforme destaca José Hercy de Alencar, inicialmente conceituada como simples “ausência de doenças”, a saúde hoje pode ser compreendida como a possibilidade de construção de um bem-estar físico, psíquico e social pelo indivíduo.¹⁸ No Brasil, somente com a promulgação da Constituição de 1988 o

¹⁷ BRASIL. **Índice de acesso à Justiça**, 2021, p. 35-36.

¹⁸ ALENCAR, J. H. P. de. **Judicialização da Saúde**: análise crítica sobre a decisão judicial no fornecimento de medicamentos de alto custo pelo SUS, 2021, p. 66-68.

reconhecimento da saúde como um direito fundamental de todas as pessoas foi efetivamente consolidado.

A Constituição Brasileira, com sua natureza dirigente, estabelece, no art. 196, que a garantia da saúde ocorrerá por meio de “políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”¹⁹. O direito à saúde firma-se, portanto, como um dever do Estado em relação a toda a coletividade, caracterizando-se como um direito individual com repercussões coletivas.

Para a execução dessa obrigação estatal, o constituinte previu a criação de um sistema de saúde pública firmado em três pilares principais: a universalidade e igualdade de acesso e a integralidade de atendimento. A universalidade assegura que o sistema de saúde pública deverá atender todas as pessoas que estejam no país. A igualdade, por sua vez, impede qualquer tipo de discriminação ou de barreira de acesso. A integralidade, conforme delimitada na Lei 8.080/1990, conhecida como Lei Orgânica do SUS, deve ser “entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”.²⁰

A perspectiva de um atendimento integral gera divergências na doutrina e na jurisprudência. Alguns autores defendem que a integralidade “não se traduz em uma promessa de garantia de acesso a todos os bens e serviços de saúde existentes, mas sim de esforço contínuo para que as práticas profissionais e os serviços estejam articulados”²¹. Outros, contudo, defendem que o SUS deve garantir o acesso ao melhor tratamento possível.

De toda forma, é consenso que o SUS precisa se estruturar de forma a ampliar progressivamente o acesso às medidas de prevenção e tratamento, com maior celeridade na incorporação de tecnologias que sejam comprovadamente eficazes. Nesse processo de estruturação do SUS, é natural que falhas e insuficiências apareçam e que as pessoas precisem reivindicar a efetivação do seu direito fundamental à saúde.

¹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, 1988.

²⁰ Idem. **Lei 8.080/1990**, art. 7, inciso II.

²¹ VIEIRA, F. **Direito à saúde no Brasil: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça**, 2020, p. 13.

3. O ACESSO À JUSTIÇA NA TUTELA DA SAÚDE PÚBLICA

Conforme dados publicados pelo Governo Federal, aproximadamente 80% da população brasileira depende exclusivamente do SUS para ter qualquer atendimento de saúde.²² Entre esses usuários, aproximadamente, um terço corresponde a pessoas que compõem famílias consideradas pobres. De fato, em 2020, o IBGE publicou estudo que estimou que o total de pessoas pobres superaria a marca de 51 milhões de pessoas, havendo, entre elas, “um contingente entre 8,5 milhões e 13,7 milhões de pessoas em condição de extrema pobreza”²³.

Essa parcela vulnerável da população não dispõe de meios próprios para custear um tratamento médico que seja eficaz. Assim, quando há a negativa de prestação de um serviço de saúde a essas pessoas pelo SUS, a única maneira de garantir o acesso à saúde é apresentando essa reivindicação ao sistema de justiça.

O processo de judicialização da saúde, iniciado na década de 1990, acendeu duas discussões relevantes: sobre qual seria a extensão da obrigação estatal no âmbito da saúde; e se seria juridicamente viável um controle dessa obrigação pelo judiciário. Essas questões foram analisadas pelo Supremo Tribunal Federal em alguns *leading cases*. Valem destaque os julgamentos proferidos no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 - Ceará e no Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47 - Pernambuco em 2010:

Sob a relatoria do então Presidente do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Mendes, as respectivas ações foram julgadas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 17 de março de 2010, havendo ficado assentado, em suma, por unanimidade de votos, que a saúde constitui direito público subjetivo, impondo-se ao Poder Público “custear medicamentos e tratamentos de alto custo a portadores de doenças graves, devendo a Justiça agir quando o Poder Público deixa de formular

²² BRASIL. **Maior sistema público de saúde do mundo, SUS completa 31 anos**, 2021.

²³ Idem. **Síntese de Indicadores Sociais**: uma análise das condições de vida da população brasileira, 2020, p. 66.

políticas públicas ou deixa de adimpli-las, especialmente quando emanam da Constituição”.²⁴

Em suma, o STF decidiu que poderia haver controle jurisdicional das políticas públicas de saúde e que o custo do tratamento pleiteado não seria impedimento por si só para o fornecimento pelo poder público.

Na sequência, o Tribunal buscou fixar parâmetros para esse controle jurisdicional. Ficou definido que o julgador deveria analisar se haveria ou não uma política pública versando sobre a doença e o tratamento pleiteado pela parte, bem como deveria apurar os critérios usados na decisão de não fornecimento da prestação pelo Estado (existência de registro na Anvisa, análise pela CONITEC, omissão legislativa sobre o tema, existência de evidências científicas, existência de alternativas terapêuticas no SUS, entre outros exemplos).

No Recurso Extraordinário n. 657.718 (Tema 500), discutiu-se a possibilidade, ou não, de o Estado ser obrigado a fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA. Ao final, foi fixada a seguinte tese:

1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.²⁵

²⁴ MAAS, R. H; LEAL, M. C. H. **A Decisão da Saúde pelo Supremo Tribunal Federal**: uma análise dos parâmetros para judicialização da saúde, 2018, p. 5.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 657.718** (Tema 500), 2019.

Percebe-se que a tese fixada, além de estabelecer parâmetros de concessão da tutela referente às medicações *off label*, tornou obrigatória a participação da União nesses processos.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, um dos principais precedentes é a decisão proferida, em 2018, no Recurso Especial nº 1.657.156 - RJ, que, sob o rito dos Recursos Repetitivos, fixou a seguinte tese:

4. TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015
A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:
- (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
 - (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
 - (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.²⁶

A análise jurisprudencial revela que, apesar de as decisões dos Tribunais Superiores reconhecerem a amplitude do direito à saúde e a possibilidade de sua análise judicial, há uma tendência de fixação de parâmetros objetivos mais restritivos, visando conter uma judicialização abusiva e um ativismo judicial. Conforme publicado pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ nas estatísticas processuais de direito à saúde, apenas em 2022, foram distribuídos mais de 295 mil novos processos referentes à prestação de serviços de saúde pública. No referido ano, havia mais de 800 mil processos sobre direito à saúde em curso.²⁷ Esse cenário preocupa gestores públicos e juristas.

Em geral, as publicações sobre o tema enfatizam apenas os aspectos negativos desse movimento. Muitos destacam que a intervenção judicial poderia gerar desigualdades, privilegiando pessoas que têm maior acesso à justiça, em detrimento de grupos com baixo poder de reivindicação.²⁸ O Ministro Luís

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.657.156 - RJ**, 2018.

²⁷ Idem. **Estatísticas Processuais de Direito à Saúde**, 2022.

²⁸ VENTURA, M. (et al.). **Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde**, 2010, p. 79

Roberto Barroso, por exemplo, em seus estudos sobre o tema, afirmou que a judicialização excessiva põe “em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos”.²⁹

Por outro lado, há pesquisadores que destacam os efeitos positivos desse movimento:

Adotam tal perspectiva, por exemplo, Sônia Fleury, para quem a judicialização pode, inclusive, colaborar para “salvar o SUS”; João Biehl, que enxerga na judicialização uma luta de grupos e pessoas vulneráveis que resistem a serem “estratificados para fora da existência”; ou Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo, que se opõem às teses que buscam deslegitimar as demandas por prestações de caráter individual, embora destaquem a importância da adoção de critérios para essa forma de acesso.³⁰

De toda forma, ainda que se discutam os efeitos da judicialização, é preciso reconhecer que a sua origem está em alguma inefetividade do sistema, que pode ser pontual, bem como pode ser mais abrangente a depender do caso concreto. É inegável que o SUS teve grandes avanços desde sua criação. Igualmente, não se pode negar que parte da população ainda enfrenta dificuldades de acesso à assistência adequada da saúde.

Desse modo, diante de uma falha na prestação dos serviços de saúde ou de problemas estruturais do sistema, a judicialização ainda se apresenta como uma garantia de que o direito à saúde seja tutelado. Nesse ponto, é preciso destacar que a possibilidade de conciliação ou resolução extrajudicial de litígios de saúde com os entes federativos ainda é muito limitada. Centros e câmaras de conciliação somente existem em poucas unidades da federação.

Conforme detalhado por Ramiro Sant’Ana, há inovações institucionais com instâncias de mediação em saúde no Rio de Janeiro, Distrito Federal, Rio Grande do Norte, Rondônia e Bahia.³¹ Ademais, recentemente, no estado

²⁹ BARROSO, L. R. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**, 2009, p. 4.

³⁰ SANT’ANA, R. **Atuação da Defensoria Pública para a garantia do direito à saúde: a judicialização como instrumento de acesso à saúde**, 2018, p. 198.

³¹ *Ibidem*, p. 207.

de São Paulo foi assinado termo de cooperação³² para viabilizar a criação de uma instância administrativa para solicitações referentes aos medicamentos incorporados ao Sistema Único de Saúde - SUS, incluindo os medicamentos oncológicos de compra centralizada.

Observa-se, portanto, que há um movimento de criação de instâncias extrajudiciais para análise e busca de soluções em demandas de saúde. Essas iniciativas são muito relevantes para a facilitação e democratização do acesso à justiça. O olhar que busca o acesso à justiça não pode se limitar ao Poder Judiciário:

O direito de acesso à justiça não significa apenas recurso ao Poder Judiciário sempre que um direito seja ameaçado. Esse direito envolve uma série de instituições estatais e não estatais. Como consta do texto constitucional, são vários os mecanismos e instituições que podem atuar na busca da solução pacífica de conflitos e do reconhecimento de direitos.³³

Essa visão, inclusive, alinha-se à missão institucional da Defensoria Pública, que, nos termos da Lei Complementar 80 de 1994, deve

[...] promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos.³⁴

Ocorre que, apesar de haver essa tendência de diversificação nas técnicas de composição de litígios em saúde, a via judicial ainda é a principal ou, em muitos casos, a única forma de superar alguma falha na prestação dos serviços de saúde pelo Estado.

4. IMPACTOS DOS TEMAS 793 E 1234 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA

Nos últimos anos, dois temas com repercussão geral no Supremo Tribunal Federal reacenderam discussões sobre o acesso à justiça nas demandas de

³² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Termo de Cooperação nº 000.061/2022/CV**, 2022.

³³ SADEK, M. T. **Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos**, 2014, p. 57.

³⁴ BRASIL. **Lei Complementar 80/1994**, art. 4º, inciso II.

saúde. À similitude do precedente fixado no Tema 500 supracitado, tem-se observado um movimento crescente de federalização de demandas de saúde, por meio de decisões judiciais que exigem um litisconsórcio passivo obrigatório entre os entes federativos em demandas que versarem sobre o fornecimento de medicamentos não incorporados ao SUS.

Em 2019, o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário n. 855.178, com repercussão geral reconhecida (Tema 793). Nesse julgamento, foi fixada a seguinte tese:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.³⁵

Percebe-se, portanto, que foi fixado entendimento apenas quanto à solidariedade dos entes federativos em responderem pelas demandas prestacionais do SUS e à possibilidade de direcionamento do cumprimento daquela obrigação. Não foi fixada nenhuma tese referente à composição do polo passivo.

Durante o julgamento, o Ministro Edson Fachin tentou introduzir uma discussão sobre eventual necessidade de litisconsórcio passivo obrigatório. No entanto, esse entendimento foi rechaçado, tanto que não constou na tese publicada. Ocorre que esses trechos desse voto do Ministro Fachin passaram a embasar decisões judiciais que exigiam que a União compusesse o polo passivo em demandas sobre medicamentos não incorporados à Relação Nacional de Medicamentos Essenciais.

Quando a União passa a compor a lide, a Justiça Estadual deixa de ser competente para julgar a demanda, e o processo deve ser remetido à Justiça Federal, conforme determina o art. 109 da Constituição Brasileira. Nesse ponto, cumpre destacar que inexistente previsão legal ou constitucional para delegação de competência à Justiça Estadual nas ações de saúde. A possibilidade de processamento e julgamento de causas de competência

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 855.178**, 2020.

federal pela Justiça Estadual se restringe exclusivamente às demandas previdenciárias, conforme teor do parágrafo 3º do artigo constitucional supracitado.³⁶ Desse modo, uma vez exigida a presença da União no polo passivo, a Justiça Estadual não poderá analisar aquele processo, devendo remetê-lo à Justiça Federal para regular processamento.

Em 22 de março de 2022, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, analisando diversas reclamações constitucionais e recursos de forma conjunta, afirmou que haveria necessidade de presença obrigatória da União nas demandas sobre medicamentos registrados na Anvisa e não padronizados no SUS.³⁷ Diante do grande impacto desse julgamento, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em setembro de 2022, a existência de repercussão geral da matéria por meio do Recurso Extraordinário 1366243, criando assim o tema 1234³⁸, ainda pendente de julgamento definitivo. Recentemente, foi proferida, contudo, decisão provisória pelo Tribunal Pleno determinando ao judiciário que sejam observados os seguintes parâmetros até o julgamento final da matéria:

- (i) nas demandas judiciais envolvendo medicamentos ou tratamentos padronizados: a composição do polo passivo deve observar a repartição de responsabilidades estruturada no Sistema Único de Saúde, ainda que isso implique deslocamento de competência, cabendo ao magistrado verificar a correta formação da relação processual, sem prejuízo da concessão de provimento de natureza cautelar ainda que antes do deslocamento de competência, se o caso assim exigir;
- (ii) nas demandas judiciais relativas a medicamentos não incorporados: devem ser processadas e julgadas pelo Juízo, estadual ou federal, ao qual foram direcionadas pelo cidadão, sendo vedada, até o julgamento definitivo do Tema 1234 da Repercussão Geral, a declinação da competência ou determinação de inclusão da União no polo passivo;
- (iii) diante da necessidade de evitar cenário de insegurança jurídica, esses parâmetros devem ser observados pelos processos sem sentença prolatada; diferentemente, os processos com sentença prolatada até a data desta

³⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, 1988.

³⁷ Idem. Supremo Tribunal Federal. **1ª Turma mantém fornecimento de remédios registrados pela Anvisa e não incluídos em lista do SUS**, 2022.

³⁸ Idem. Supremo Tribunal Federal. **Tema 1234**, 2022.

decisão (17 de abril de 2023) devem permanecer no ramo da Justiça do magistrado sentenciante até o trânsito em julgado e respectiva execução (adotei essa regra de julgamento em: RE 960429 ED-segundos Tema 992, de minha relatoria, DJe de 5.2.2021);
(iv) ficam mantidas as demais determinações contidas na decisão de suspensão nacional de processos na fase de recursos especial e extraordinário.³⁹

Nessa decisão, ao contrário do apresentado anteriormente pela Primeira Turma, percebe-se uma maior cautela do Supremo Tribunal Federal em generalizar a presença da União nas ações de saúde.

A discussão sobre a inclusão obrigatória da União no polo passivo dessas ações se iniciou a partir da argumentação de estados e municípios sobre a ausência de ressarcimento interfederativo das despesas com o custeio da medicação, nos casos em que a sentença for condenatória e não houver a participação do ente federal. Portanto, a principal intenção com a federalização da demanda era assegurar que a União custeasse os tratamentos, desonerando os cofres municipais e estaduais. Conforme explica Ana Carolina Morozowski:

Estados e municípios, com o aumento das demandas, viram-se obrigados a gastar altas somas para o fornecimento dos mais variados tipos de tecnologias em saúde, até mesmo de “alto custo” e contra o câncer. Houve um esgotamento dos recursos desses entes, o que levou a um grave desequilíbrio no SUS, agravado com a impossibilidade de obtenção de ressarcimento ou de rateio do que gastaram, tenha o processo tramitado na Justiça Federal ou na Justiça Estadual.⁴⁰

Desse modo, inicialmente, na análise da matéria, os aspectos de acessibilidade à justiça não foram considerados. Somente com a efetiva remessa de processos judiciais das varas estaduais para as federais iniciaram-se discussões sobre os possíveis impactos da federalização de demandas de saúde no acesso à justiça pela população necessitada, que, conforme já citado, depende exclusivamente do SUS para qualquer atendimento de saúde.

Os principais fatores que geram preocupação são o distanciamento geográfico e social da população carente em relação às sedes de subseções federais, bem

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1366243-SC**, 2023.

⁴⁰ MOROZOWSKI, A. C. **Tema 793 do STF**: pato, coelho ou chinchila?, 2020.

como a baixa capilaridade e reduzida estrutura da Defensoria Pública da União. A Justiça Federal possui menor capilaridade que a Justiça Estadual. Enquanto a Justiça Estadual possui aproximadamente 9.606 varas em 2.672 comarcas, a Justiça Federal conta com pouco mais de 984 varas, distribuídas em 278 subseções federais.⁴¹

Em Nota Técnica, a Rede de Inteligência e Inovação do Tribunal Regional federal da 1ª Região reconheceu que:

Por mais que tenha havido avanços nos últimos 20 anos, é ainda bastante comum que o foro federal mais próximo fique a centenas de quilômetros de distância do centro de vários municípios. São Gabriel da Cachoeira/AM, por exemplo, é uma cidade incluída na jurisdição de Manaus/AM, mesmo a distância em linha reta entre as duas sendo de mais de 860 km. A Justiça Estadual, por outro lado, possui comarca em São Gabriel da Cachoeira/AM.⁴²

Esse afastamento geográfico dificilmente será superado por pessoas que não dispõem de recursos financeiros ou condições de saúde para se deslocar longas distâncias. Ademais, pessoas de baixa renda muitas vezes desconhecem a estrutura da Justiça Federal, que, por se restringir a demandas em face de entes públicos federais, não é comumente mobilizada pela população carente.

Essa dificuldade ainda se agrava diante da carência de estrutura e de capilaridade da Defensoria Pública da União, principalmente em cidades do interior do país. Conforme Pesquisa Nacional da Defensoria Pública publicada em 2022: “Em virtude do insuficiente quantitativo de Defensores(as) Públicos(as) Federais, apenas 80 subseções judiciárias federais são regularmente atendidas pela Defensoria Pública da União, representando 28,7% do quantitativo total.”⁴³ O citado estudo ainda destaca que:

[...] ao menos 40,4% da população brasileira se encontra potencialmente à margem do sistema de justiça federal e impedida de reivindicar seus próprios direitos por intermédio da Defensoria Pública da União.

⁴¹ BRASIL. **Justiça em Números**, 2021, p. 32.

⁴² Idem. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Nota Técnica n.º 02/2022**, 2022, p. 3.

⁴³ Idem. **Pesquisa Nacional da Defensoria Pública 2022**, 2022, p. 39.

A pesquisa realizada por Biehl no Rio Grande do Sul, apesar de indicar que a população pobre consegue acessar a justiça para pleitear tratamentos de saúde, não realizou um levantamento comparativo do perfil dos litigantes entre as Justiças Estadual e Federal. No entanto, pode-se afirmar que essa acessibilidade gaúcha somente foi detectada porque a Justiça Estadual estava disponível aos litigantes da saúde (92% residiam no interior do estado).⁴⁴

Pelas estatísticas publicadas pelo CNJ, apenas no TJRS, até janeiro de 2023, havia 71 mil processos de saúde em curso. Já o TRF-4, que abrange os três estados do Sul do país, possuía na totalidade 35 mil demandas dessa matéria.⁴⁵ Ademais, é preciso considerar que os tribunais gaúchos possuem excelentes índices de acesso à justiça (TJRS com 81,8% e TRF-4 com 70,2%⁴⁶), muito superior à média nacional.

Em estudo similar realizado em Minas Gerais, a pesquisadora Rosilene Borges dos Santos Araújo encontrou uma realidade bem distinta:

Do resultado dos dados apresentados neste trabalho, referentes a processos judiciais buscando a entrega compulsória de medicamentos pelo Estado de Minas Gerais, constatou-se que a grande maioria dos beneficiários possuem melhores condições socioeconômicas e residem em municípios com maior IDHM. Levantou-se que em 62,35% dos casos as prescrições de medicamentos não tiveram origem no SUS. Quanto à representação processual, 59,61% das ações foram ajuizadas por advogados privados e apenas 21,24% por defensores públicos, o que demonstra uma distorção já na partida, uma vez que cabe à Defensoria Pública a defesa dos mais vulneráveis na estrutura social, conforme mandamento constitucional.⁴⁷

Os resultados demonstram que a judicialização da saúde em Minas Gerais já é um processo naturalmente mais elitizado. Globalmente, os índices de acesso à justiça no estado são inferiores, se comparados aos gaúchos (TJMG com 68,3% e TRF com 49,8%⁴⁸). Com a exigência de ajuizamento

⁴⁴ BIEHL, J. **Patient-Citizen-Consumers: judicialization of health and metamorphosis of biopolitics**, 2016.

⁴⁵ BRASIL. **Estatísticas Processuais de Direito à Saúde**, 2023.

⁴⁶ Idem. **Índice de Acesso à Justiça**, 2021, p. 35-36.

⁴⁷ ARAÚJO, R. B. dos S. **Judicialização da saúde e a (des)conexão com a justiça social**, 2019.

⁴⁸ BRASIL, op. cit., 2021, p. 35-36.

das demandas na Justiça Federal, haverá uma tendência de piora nessa acessibilidade pela população necessitada mineira.

A Defensoria Pública da União está presente em apenas cinco subseções federais mineiras⁴⁹, enquanto a Defensoria estadual está instalada em 109 comarcas⁵⁰. Nesse estado, há 300 comarcas⁵¹ e apenas 27 subseções federais⁵². Deve-se considerar ainda que, conforme estatísticas publicadas pelo Conselho Nacional de Justiça, em janeiro de 2023, a Justiça Estadual mineira tinha em trâmite mais que o dobro de demandas de saúde em comparação à Justiça Federal (55 mil processos de saúde no TJMG e 22 mil demandas em todo o TRF-1, que nessa pesquisa ainda incluía os dados de Minas Gerais).⁵³

De toda forma, tanto em Minas Gerais como no Rio Grande do Sul, a Justiça Estadual se apresenta como o fórum mais acessível à população necessitada, pela proximidade com a população, pela disponibilidade de Defensorias Públicas, pelo menor tempo no julgamento dos processos e pela melhor estrutura dos Tribunais. O maior índice de processos em curso no âmbito estadual é fator que corrobora essa maior acessibilidade.

A federalização indiscriminada de demandas de saúde levaria a uma enorme sobrecarga do sistema de Justiça Federal, que já apresenta maior taxa de congestionamento, acarretando maior tempo de julgamento e menor proporção de juízo por população. Esse movimento tende, portanto, a gerar maior dificuldade de acesso à justiça pela população pobre, criando mais barreiras de acesso e prejudicando a efetivação do direito à saúde no Brasil. Enfrentar-se-iam ainda maiores dificuldades para tratativas de resolução extrajudicial de conflitos em saúde, vez que, desamparadas da assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública, dificilmente haverá uma interlocução com os entes federativos para a composição do conflito.

⁴⁹ BRASIL. Defensoria Pública da União. Unidades - Minas Gerais. Disponível em: <https://www.dpu.def.br/endereco-minas-gerais>. Acesso em: 24 abr. 2023.

⁵⁰ Idem. Defensoria Pública de Minas Gerais. Disponível em: <https://defensoria.mg.def.br/unidades-de-atendimento-da-dpmg/>. Acesso em: 24 abr. 2023.

⁵¹ Idem. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/institucional/o-tjmg/o-judiciario.htm#.ZEe2H3bMKUk>. Acesso em: 25 abr. 2023.

⁵² Idem. Justiça Federal. Tribunal Regional Federal da 6ª Região. Disponível em: <https://portal.trf6.jus.br/jurisdao-3/>. Acesso em: 25 abr. 2023.

⁵³ Idem. **Estatísticas Processuais de Direito à Saúde**, 2023.

Diante desse quadro, caso a Justiça Federal se consolide como única via judicial para a reivindicação de alguns medicamentos, haverá um agravamento das barreiras de acesso à justiça para a população vulnerável, em evidente violação dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Por outro lado, pessoas com maior poder aquisitivo e com acesso à assessoria jurídica privada naturalmente continuarão demandando a prestação material de saúde que lhes falta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acesso à justiça está consagrado no Brasil como um direito de todos e é indispensável para a efetiva garantia dos demais direitos fundamentais, como é o caso do direito à saúde. Para assegurar mais equidade na sua implementação, é preciso conceber o acesso à justiça de forma ampla, abarcando a capacidade de reconhecimento de direitos e de suas violações, a capacidade de apresentar a demanda ao Poder Judiciário ou a outras esferas de resolução de litígios e a disposição físico-emocional para adotar essas medidas. Há contínua necessidade de ampliação do acesso à justiça com a criação de mecanismos para assegurar que a população pobre, socialmente excluída, consiga ter meios para analisar seus direitos e reivindicá-los, quando necessário.

A universalização da saúde exige maior atenção quanto ao acesso à justiça pela população carente, considerando a relevância desse direito e a sua vinculação intrínseca ao direito à vida. Ademais, tendo em consideração que essa parcela da população não tem outros meios de acesso à saúde, dependendo exclusivamente do SUS, há necessidade de assegurar que as falhas na prestação desse serviço público essencial possam ser superadas por meio de ferramentas que viabilizem o alcance da justiça.

Em suma, o efetivo acesso à justiça na tutela da saúde pela população pobre depende de efetivo acesso a serviços de assistência jurídica gratuita prestados pela Defensoria Pública, bem como maior facilidade para ingresso e acompanhamento dos procedimentos judiciais e administrativos.

A inclusão obrigatória da União no polo passivo das demandas que versam sobre fornecimento de medicamentos gera uma federalização compulsória da demanda e distancia o jurisdicionado hipossuficiente tanto do atendimento

da Defensoria Pública como do Poder Judiciário. Esse movimento tende a configurar um retrocesso social e reforça a teoria da judicialização das elites, permitindo que apenas as pessoas com maior capacidade financeira e intelectual apresentem suas reivindicações em matéria de saúde.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, José Hercy Ponte de. **Judicialização da Saúde**: análise crítica sobre a decisão judicial no fornecimento de medicamentos de alto custo pelo SUS. Dissertação (Mestrado em Direito, Acesso à Justiça e ao Desenvolvimento) – Centro Universitário Christus, Fortaleza, 2021.

ARAÚJO, Rosilene Borges dos Santos. **Judicialização da saúde e a (des)conexão com a justiça social**. Entendendo o fenômeno a partir do perfil socioeconômico de seus atores sociais: o caso do estado de Minas Gerais. Dissertação (Mestrado em Diversidade cultural, novos sujeitos e novos sistemas de justiça) – Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte, v. 60, n. 188, p. 29-60, jan./mar. 2009.

BIEHL, João. Patient-Citizen-Consumers: Judicialization of Health and Metamorphosis of Biopolitics. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, São Paulo, n. 98, p. 77-105, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2021**. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Estatísticas Processuais de Direito à Saúde**. Brasília, 2022. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=87ff247a-22e0-4a66-ae83-24fa5d92175a&opt=ctxmenu,currrel>. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Índice de Acesso à Justiça**. Brasília, 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/02/Relatorio_Indice-de-Acesso-a-Justica_LIODS_22-2-2021.pdf. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988.

BRASIL. Defensoria Pública da União. **Pesquisa Nacional da Defensoria Pública 2022**. Brasília, 2022. Disponível em: <https://pesquisanacionaldefensoria.com.br/download/pesquisa-nacional-da-defensoria-publica-2022-eBook.pdf>. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Síntese de Indicadores Sociais**: uma análise das condições de vida da população brasileira. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101760.pdf>. Acesso

em: 13 out. 2022.

BRASIL. **Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990**. Brasília, 1990.

BRASIL. **Lei Complementar 80 de 12 de janeiro de 1994**. Brasília, 1994.

BRASIL. Sistema Universidade Aberta do Sus (Una-Sus). **Maior sistema público de saúde do mundo, SUS completa 31 anos**. Brasília, 21 set. 2021. Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/maior-sistema-publico-de-saude-do-mundo-sus-completa-31-anos#:~:text=Garantido%20no%20artigo%20196%20da,para%20qualquer%20atendimento%20de%20sa%C3%BAde>. Acesso em: 13 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.657.156 – RJ**. Brasília, 25 abr. 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=82869018&num_registro=201700256297&data=20180504&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 29 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **1ª Turma mantém fornecimento de remédios registrados pela Anvisa e não incluídos em lista do SUS**. Brasília, 22 mar. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=483914&ori=1>. Acesso em: 27 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 855.178**. Tribunal Pleno. Redator Min. Edson Fachin. Publicação em 16 abr. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur422158/false>. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1366243**. Tribunal Pleno. Redator Gilmar Mendes. Publicação em 25/04/2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6335939>. Acesso em: 25 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 1234**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6335939&numeroProcesso=1366243&classeProcesso=RE&numeroTema=1234>. Acesso em: 29 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Termo de Cooperação nº 000.061/2022/CV**. São Paulo, 2022. Disponível em: <https://www.cosemssp.org.br/wp-content/uploads/2022/12/Termo-de-Cooperacao-no-000.061-2022-CV-CEJUSC-Saude.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional federal da 1ª Região. **Nota Técnica n.º 02/2022**. Rede de Inteligência e Inovação da 1ª Região. Brasília, 26 abr. 2022.

BRASIL. Defensoria Pública da União. Unidades - Minas Gerais. Disponível em: <https://www.dpu.def.br/endereco-minas-gerais>. Acesso em: 24 abr. 2023.

BRASIL. Defensoria Pública de Minas Gerais. Disponível em: <https://defensoria.mg.def.br/unidades-de-atendimento-da-dpmg/>. Acesso em: 24 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <https://www.>

tjmg.jus.br/portal-tjmg/institucional/o-tjmg/o-judiciario.htm#.ZEe2H3bMKUk. Acesso em: 25 abr. 2023.

BRASIL. Justiça Federal. Tribunal Regional Federal da 6ª Região. Disponível em: <https://portal.trf6.jus.br/jurisducao-3/>. Acesso em 25 abr. 2023.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

MAAS, Rosana Helena; LEAL, Mônica Clarissa Hennig. A decisão da saúde pelo Supremo Tribunal Federal: uma análise dos parâmetros para judicialização da saúde. **Direito Público**, Porto Alegre, v. 15, n. 82, p. 50-70, jul./ago. 2018.

MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Débora; DOEDERLEIN SCHWARTZ, Ida Vanessa. A tese da judicialização da saúde pelas elites: os medicamentos para mucopolissacaridose. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 18, n. 4, 2013.

MOROZOWSKI, Ana Carolina. **Tema 793 do STF: pato, coelho ou chinchila?** 2020. Disponível em: <https://direitoemcomprimidos.com.br/tema-793-pato-coelho>. Acesso em: 24 abr. 2023.

SADEK, Maria Tereza. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista da USP**, São Paulo, n. 101, mar./abr./mai. 2014.

SANT'ANA, Ramiro. Atuação da Defensoria Pública para a garantia do direito à saúde: a judicialização como instrumento de acesso à saúde. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 3, dez. 2018.

VENTURA, Miriam (et al.). Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 20, p. 77-100, 2010.

VIEIRA, Fabíola. **Direito à saúde no Brasil: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, mar. 2020.

II - SEÇÕES DA REVISTA

DIREITOS HUMANOS

HUMAN RIGHTS

PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA E O DIREITO À CIDADE

HOMELESSNESS AND THE RIGHT TO THE CITY

Sidnéia Bento Duque

(Mestre em Política Social pela Universidade Federal do Espírito Santo;

Assistente social da Defensoria Pública da União em Vitória/ES)

sidneia.duque@dpu.def.br

RESUMO

Este artigo tem como objetivo discutir os direitos das pessoas em situação de rua sob a perspectiva do direito à cidade e da democratização dos espaços urbanos. Para isso, é preciso analisar os fatores macroestruturais do problema, como a organização do sistema capitalista de produção determina a condição socioeconômica da pessoa em situação de rua. E, no plano conceitual da violência simbólica, como os discursos de ódio disseminados na sociedade contribuem para a naturalização da violência contra pessoas em situação de rua. E, assim, através de uma mudança sociocultural e político-econômica, permitir que espaços e bens comuns sejam compartilhados coletivamente, assim como direitos sociais sejam oportunizados para todos.

Palavras-chave: Direito à cidade. Desterritorialização. Espaço comum. Violência simbólica. Direitos sociais.

ABSTRACT

This article aims discuss the rights of homelessness from the perspective of the right to the city and democratization of urban spaces. For this, it's necessary to analyze the macrostructural factors of the problem, how the organization of the capitalist system of production determines the socioeconomic condition of the homelessness. And, at the conceptual level of symbolic violence, how hate speech disseminated in society contributes to the naturalization of violence against homelessness. And, so, through a sociocultural and political-economic change, allowing common spaces and goods to be shared collectively, as well as social right to be provided for all.

Keywords: Right to the city. Deterritorialization. Common space. Symbolic violence. Social rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. URBANIZAÇÃO E DESIGUALDADE SOCIAL: CONTRADIÇÕES SOCIAIS DO MODELO ACELACIONISTA DE DESENVOLVIMENTO. 2. DESTERRITORIALIZAÇÃO E PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA: RUPTURA DE VÍNCULOS SOCIAIS E ESPACIAIS. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

A ideia de casa como espaço de refúgio individual é uma concepção moderna do século XVIII que apenas se difundiu no século XIX. No século XVIII, a família começou a manter a sociedade a distância, confinando-se em um espaço limitado e valorizando uma vida particular cada vez mais extensa.¹ No período feudal, as habitações eram coletivas, compartilhadas pela comunidade, seja para atividades agrícolas ou manufatureiras. Mas a endogamia, que predominava nas sociedades agrárias, fazia com que a propriedade familiar fosse aberta apenas para os membros locais e fechada para o contato externo. O processo de mecanização da produção e acúmulo de riqueza propiciou a criação das primeiras cidades e, com elas, a necessidade de abertura para comercialização dos excedentes e conquista de novos mercados consumidores.

As cidades surgem com a concepção de família exogâmica² e de dependência com o mundo externo. A vida local restrita deixa de ser autossuficiente e os membros da comunidade não bastam para satisfazer os interesses pessoais e comerciais do grupo social. Foi o êxodo rural e o desprendimento de um povo para com seu território que proporcionou o advento das cidades. Nessa

¹ ARIÈS, P. **História social da criança e da família**, 1981, p. 185.

² Para o antropólogo belga Claude Lévi-Strauss, a exogamia é responsável por fazer a passagem do mundo natural para o mundo cultural. A proibição do incesto é a passagem do fato natural dos laços de consanguinidade para o fato cultural dos laços por afinidade. No domínio da natureza só se dá aquilo que se recebe. O fenômeno da hereditariedade garante o equilíbrio natural e exprime essa permanência e continuidade constante e imutável. Na cultura, esses limites são extrapolados, recebe-se mais do que se dá e se dá mais do que se recebe. Esse duplo desequilíbrio é provocado tanto pela educação como pela invenção tecnológica. LÉVI-STRAUSS, C. **As estruturas elementares do parentesco**, 1982, p. 70.

nova lógica comercial, as pessoas são atraídas por espaços que oferecem vantagens econômicas.

A família moderna burguesa, apesar de aberta para trocas comerciais, é fechada em sua intimidade, no seu núcleo parental, e apenas produz para satisfazer seus próprios interesses, tornando-se humilhante depender da comunidade. Com o fim do feudalismo e do privilégio da nobreza e da igreja, a riqueza só é considerada digna se advinda do trabalho, o que dependeria da capacidade individual de produção. Entretanto, se por alguma contingência da vida essa família fosse desagregada, também se tornaria de inteira responsabilidade de seus membros as consequências de sua ruína social.

Dentro desse contexto social, surge principalmente nos grandes centros urbanos a condição de “pessoas em situação de rua”, uma parcela da população sujeita a extrema vulnerabilidade socioeconômica e com sua integridade física, psíquica e moral em risco. A nomenclatura já causa certa estranheza, como se o problema fosse a circulação de pessoas pobres pelas ruas da cidade. A rua é um local público, onde as pessoas deveriam se reunir para trocar experiências e construir soluções coletivamente. A princípio, “estar nas ruas”³ não seria um problema em si, mas permanecer nela e fazer dela local de moradia que é uma questão social. Logo, o termo “sem-teto” seria mais apropriado, porque abarcaria não apenas pessoas que vivem nas ruas, praças ou qualquer tipo de logradouro público, mas toda pessoa que ocupa uma habitação precária incapaz de oferecer conforto, condições seguras e salubres, desprovida de serviços básicos de infraestrutura.

Contudo, o termo “pessoas em situação de rua” carrega todo um estigma de indivíduos pauperizados que circulam em áreas tidas como nobres das cidades, considerados objetos fora do lugar, pois ocupam um espaço que desequilibra a harmonia da paisagem. Por conseguinte, frequentemente quando gestores locais abordam o problema de “pessoas em situação de rua”, não estão interessados nos anseios e nas necessidades desse segmento populacional, mas em retirá-los do campo de visão pública para agradar ao

³ As pessoas em situação de rua estabelecem relações diferentes com as ruas: ficar na rua circunstancialmente; estar na rua recentemente; e ser da rua permanentemente. O que unifica essas pessoas é o fato de vivenciarem situações precárias de vida e utilizarem a rua como abrigo e moradia. O que diferencia essas situações é o tempo de permanência nas ruas e o modo de vida com menor ou maior inserção no mundo da rua. VIEIRA, M. A. da C.; BEZERRA, E. M. R.; ROSA, C. M. M. (Orgs.). **População de rua: quem é, como vive, como é vista**, 2004, p. 93-94.

cidadão consumidor, ao empresário investidor ou ao turista afortunado, peças úteis no tabuleiro político do voto censitário nos moldes patrimonialistas.

Nesse sentido, este artigo busca discutir a temática em torno das “pessoas em situação de rua” numa perspectiva plural, complexa e relacional, abarcando os aspectos materiais e simbólicos do tema, sem reducionismos totalizantes ou essencialistas. Para tal propósito se valerá de uma pesquisa bibliográfica com autores representativos de uma leitura estruturalista centrados na análise materialista histórica do tema, ao enfatizar os fatores socioeconômicos da condição da pessoa em situação de rua e as causas macroestruturais que levam ao descarte de parte considerável do setor produtivo. Assim como abordará o problema sob a óptica dos autores pós-estruturalistas, que nos ajudam a compreender os aspectos simbólicos, performáticos, ao salientar as formas subjetivas como o preconceito contra as pessoas em situação de rua se mostra, evidenciando que essas manifestações incidem diretamente nas relações interpessoais e no imaginário coletivo que se cria a respeito das pessoas que vivem nessa condição.

Refletir sobre o direito das “pessoas em situação de rua” implica imaginar uma cidade humanizada, que ofereça serviços públicos de qualidade e espaços comuns compartilhados. E isso depende de uma mudança na cultura política, no modo como as pessoas se relacionam entre si, com o ambiente ao seu redor, com as instituições sociais que regulam essas relações e de uma política econômica que priorize a coletividade e seus domínios territoriais em vez das vantagens materiais e dos privilégios elitistas.

As cidades devem ser planejadas para abrigar todo tipo de público, de diferentes classes sociais, gêneros, grupos etários, origem étnica, racial, condição física, intelectual ou orientação sexual. Pois, independentemente da identidade que o indivíduo atribui a si, isso não deveria acarretar restrição em frequentar certos lugares, principalmente quando se trata de áreas públicas comuns. Por isso, é premente a necessidade de repensar os modos de vida, a convivência social e a relação dos humanos entre si e com os não

humanos⁴. Só assim será possível democratizar o espaço público, reconstruir as cidades na sua forma simbólica pluralista de respeito às diferenças e na concretude materialista de ampliação da igualdade de oportunidades e de direitos sociais.

1. URBANIZAÇÃO E DESIGUALDADE SOCIAL: CONTRADIÇÕES SOCIAIS DO MODELO ACELERACIONISTA DE DESENVOLVIMENTO

A questão social que envolve a condição de “pessoas em situação de rua” é um fenômeno urbano típico do modo capitalista de produção. Foi com o início da industrialização e o êxodo rural que se viu a formação de aglomerados de pessoas em torno das fábricas que propiciaram o surgimento das primeiras cidades. Então não há como abordar esse tema sem discutir ocupação de território e planejamento urbano.

Raquel Rolnik, arquiteta e urbanista brasileira, dizia que as cidades são como ímãs que atraem as pessoas para um território. E que as cidades, assim como a escrita, demarcam o nascimento da civilização, pela necessidade de registro da memória e gestão do trabalho coletivo.

Na cidade-escrita, habitar ganha uma dimensão completamente nova, uma vez que se fixa em uma memória que, ao contrário da lembrança, não se dissipa com a morte. Não são somente os textos que a cidade produz e contém (documentos, ordens, inventários) que fixam esta memória, a própria arquitetura urbana cumpre também este papel.⁵

As cidades se implantaram quando a produção gerou um excedente e a sociedade deixou de se dedicar apenas às atividades metabólicas de autossustentação, passando a se preocupar com os bens sociais e culturais que deixavam um registro impresso para a posteridade. Por isso o binômio

⁴ Na teoria do ator-rede do antropólogo francês Bruno Latour, a natureza é um ator não humano ativo e participativo. Os humanos deliberadamente escolhem agir em colaboração com a natureza, respeitando seus limites e suas regras. Ou abusam das suas prerrogativas de seres vivos pensantes e falantes para dominá-la e escravizá-la, utilizando argumentos pseudocientíficos de que a sua humanidade lhe permite transformá-la em um objeto à disposição dos seus interesses particulares e utilitaristas. LATOUR, B. **Jamais fomos modernos:** ensaio de antropologia simétrica, 1994, p. 135.

⁵ ROLNIK, R. **O que é cidade**, 1995, p. 16-17.

industrialização e urbanização, pois foi esse processo de acumulação de poder e riqueza propiciado pelo capitalismo produtivo que possibilitou o investimento em indústrias, shopping centers, ruas pavimentadas e congestionadas de automóveis, arranha-céus... Esse cenário que tanto fascina e provoca o magnetismo dos humanos com as cidades.

Porém, essa união do progresso com a formação de aglomerados humanos não se dá de forma pacífica e harmônica. Para o sociólogo francês Henri Lefebvre, essa lógica capitalista do consumo dirigido que cria necessidades perpetua entre as pessoas um círculo vicioso de satisfação de cunho material que é autodestrutiva. As mulheres se deterioram como um *corpo sem órgãos*⁶ ao ver sua forma desintegrar, mesmo contando com todos os bens disponíveis na indústria da moda e da medicina estética. Os homens tornam-se máquinas despóticas, pois o último modelo de automóvel ou a mais nova descoberta da indústria tecnológica não foi capaz de torná-lo a *máquina desejante* que acredita ser. Resta à natureza ser dominada para comprazer as vontades alheias, seja de binários ou não binários, que precisam abrir estradas em florestas inabitadas e navegar por mares desconhecidos para satisfazer aos caprichos, em grande parte, individuais dos humanos.

Lefebvre acreditava que a única saída seria uma reforma urbana cultural que tornasse a cidade um bem com valor de uso em si mesmo, e não valor de troca comercial. Apoiado em teses culturalistas de base filosófica, o autor defendia o direito à cidade como queixa existencial e exigência moral. A queixa da dor existencial de uma crise cotidiana da convivência social no meio urbano. E a exigência moral de se rebelar contra o instituído e criar uma vida urbana alternativa, substantiva e prazerosa.⁷

Proposição que soa para o pragmatismo materialista anglo-saxão de David Harvey um tanto romântica e subjetivista. O geógrafo britânico considera a proposta de Lefebvre ingênua e insuficiente, ao acreditar que, com ações espontaneístas e situacionistas, seria capaz de subverter a ordem com peças de teatro ou performances artísticas. Esse culturalismo pós-moderno seria

⁶ Deleuze e Guatarri, na sua obra “O anti-Édipo”, visam subverter a psicanálise e as noções freudianas consideradas enquadradoras e reificadoras. *Corpo sem órgãos* seria o plano de expressão do desejo sem função teleológica ou compromisso com dogmas sociais. Ao contrário de Freud, que acreditava que desejo é falta, ausência e deve ser reprimido, para Deleuze e Guatarri o desejo é que faz fluir a *máquina desejante*. DELEUZE, G.; GUATARRI, F. **O anti-Édipo: capitalismo e esquizofrenia**, 2010, p. 16-20.

⁷ LEFEBVRE, H. **A vida cotidiana no mundo moderno**, 1991.

conivente com a cidade excludente e concentradora de poder, ao defender que bastaria as pessoas se desprenderem de interesses materiais para se tornarem mais humanas e acolhedoras. Uma perspectiva que reduz tudo aos problemas de comunicação, ao poder do discurso e aos jogos linguísticos.⁸

Para Lefebvre, antes de qualquer mudança física do espaço urbano, seria preciso uma mudança filosófica dos conceitos e valores urbanos. A força social da política seria responsável por fazer a síntese entre a técnica, a arte e o conhecimento. Uma meditação sobre o urbano que seria ao mesmo tempo utópica e realista.

O direito à cidade não pode ser concebido como um simples direito de visita ou de retorno às cidades tradicionais. Só pode ser formulado como direito à vida urbana, transformada, renovada. Pouco importa que o tecido urbano encerre em si o campo e aquilo que sobrevive da vida camponesa conquanto que o “urbano”, lugar de encontro, prioridade do valor de uso, inscrição no espaço de um tempo promovido à posição de supremo bem entre os bens, encontre sua base morfológica, sua realização prático-sensível.⁹

Harvey, apesar de reconhecer a importância da filosofia lefebvriana para repensar o urbano, ressent-se de que o seu culturalismo ignore a pedra angular da sociedade capitalista, que é a propriedade privada. A noção disseminada de direitos humanos de inspiração iluminista francesa se restringiria aos direitos civis, como liberdade de ir e vir, de autoexpressão e de contrair contratos, que estão centrados nos direitos pessoais dos indivíduos. Para o autor, a liberdade de fazer e refazer a nós mesmos pela construção e ocupação do espaço que ocupamos talvez seja hoje o direito humano mais precioso. E isso depende não de um direito personificado, mas de uma cultura política construída e compartilhada pela coletividade.

Daí a importância da distinção de conceitos como bem público e bem comum, espaço público e espaço comum. Para além da noção de bem público que se limita ao direito patrimonial da administração pública, o comum não é um tipo de ativo que possa ser comercializado, é algo essencial

⁸ HARVEY, D. **Cidades Rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana**, 2014.

⁹ LEFEBVRE, H. **O direito à cidade**, 2001, p. 117-118.

para a satisfação das necessidades básicas de um agrupamento social e para fruição dos seus direitos, dependendo de relações sociais flexíveis e dialógicas.

A luta pelo direito à cidade é contra os poderes do capital que se alimentam impiedosamente e extraem renda da vida comunal que outros produziram. Isso nos lembra que o problema real se encontra no caráter privado dos direitos de propriedade e do poder que eles conferem de apropriar não apenas do trabalho, como também das produções coletivas de outros. Em outras palavras, o problema não é o comum *per se*, mas as relações entre os que o produzem e o conquistam pelo esforço em diferentes escalas e aqueles que dele se apropriam para seu benefício privado.¹⁰

O conceito de recursos de uso comum foi objeto de pesquisa da cientista política estadunidense Elinor Ostrom, primeira mulher a ser agraciada com o Prêmio Nobel de Economia, em 2009, defensora de um sistema de poder policêntrico que incentivasse a descentralização e a autonomia local. Para a autora, a gestão comunitária garantiria um comprometimento confiável e o monitoramento das ações, além de mudanças imediatas no curso do processo, o que não seria possível em relações hierárquicas e burocratizadas. Para efetivar essa governança autogestionária, seria fundamental um tipo de contrato com limites estabelecidos e mecanismos de resolução dos conflitos formulados e executados pela própria comunidade.

Ostrom, na sua obra “Governança dos Comuns” (1990)¹¹, contesta a ideia de que os recursos de uso comum seriam mais bem administrados por um poder central na esfera federal ou por um ente privado, dentro da lógica capitalista liberal de que o direito de propriedade estimula o zelo e a preservação do bem. Para a autora, essa apropriação tem efeito negativo, pois objetiva explorá-lo para fins particulares. Contudo, quando o bem é compartilhado e administrado por uma coletividade, haveria uma tendência de os membros da comunidade contribuírem para o seu cuidado, protegendo-o para o usufruto das futuras gerações.

O sociólogo francês Loïc Wacquant analisou as formações dos hiperguetos etnorraciais estadunidenses ocorridas nos anos 80 e 90 do século XX. Nesse

¹⁰ HARVEY, D. **Cidades rebeldes**: do direito à cidade à revolução urbana, 2014, p. 153-154.

¹¹ Apud: *Ibidem*, p. 136-137.

estudo, o autor aliou a crítica sociológica materialista do problema do desemprego estrutural e da retração do Estado de bem-estar social como responsáveis pelo esgarçamento do tecido social à crítica filosófica cultural de que os representantes do poder dominante precisam expressar suas crises existenciais, elencando um grupo como responsável por seus fracassos pessoais, econômicos e sociais.

Da mesma forma, há um interesse inconsciente em exagerar a diferenciação cultural do subproletariado negro urbano até o ponto da alteridade radical. Sua demonização permite que seja simbolicamente isolado e descartado, justificando assim uma política de Estado que combina medidas punitivas, como os programas de trabalho forçado, a guerra às drogas (que é acima de tudo uma guerrilha contra os viciados e os traficantes das áreas dos guetos) e políticas penais que levaram à duplicação da população prisional em uma década e ao confinamento nos *inner cities* relegados ao abandono.¹²

Wacquant utiliza categorias de análise do sociólogo alemão Norbert Elias que pressupõem o processo civilizador não como um esquema evolutivo no padrão eurocêntrico, mas como um sistema de forças dinâmicas que se entrelaçam e vão das organizações políticas e econômicas estruturais aos níveis mais íntimos das relações interpessoais. Diferentemente de Harvey, que postula o fator econômico como preponderante, e do enfoque lefebvriano, que coloca o fator cultural no centro da questão, para Wacquant não é preciso dissecar os elementos analíticos como substanciais ou totalizantes, pois o processo civilizatório envolve uma extensa teia de relações pessoais e institucionais que não podem ser analisadas de forma isolada e atomizada.

Para Wacquant, com os guetos comunitários que surgiram na Veneza da Renascença do século XVI, isolando comunidades judaicas em espaços restritos, conjugou-se certa identidade grupal e solidariedade social com a criação de associações de ajuda mútua que copiavam a infraestrutura institucional dominante. No final do século XX, nas décadas de 80 e 90, nos EUA, os guetos comunitários tradicionais foram substituídos pelos hiperguetos, deixando de ser uma reserva de trabalho para tornarem-se depositários de categorias excedentes, descartáveis para o processo produtivo. Nesse sentido, o autor faz uma crítica à ideia de poder local defendida por

¹² WACQUANT, L. **As duas faces do gueto**, 2008, p. 54-55.

Ostrom, que em grande parte limita-se a políticas de controle policial e combate à extrema pobreza que provocam o cerceamento espacial dos excluídos e substituem as intervenções federais do poder central de garantia de um componente integrador através das políticas de bem-estar social e da inserção ao mercado formal de trabalho.

Embora o foco da pesquisa de Wacquant sejam os guetos etnoraciais dos centros urbanos estadunidenses, muitos dos elementos identificados podem ser transpostos para a realidade das favelas brasileiras em regiões metropolitanas. Despacificação da sociedade, erosão do espaço público, desertificação organizacional, política de abandono dos serviços sociais e a crescente informalização da economia são fatores que contribuem para a transformação dos guetos em hiperguetos. Quando o grupo deixa de ter uma utilidade econômica para a sociedade, há um encapsulamento etnoracial, servindo como bode expiatório para as frustrações individuais, preparando-o para a forma extrema de ostracização que é a aniquilação física.

Ainda que não se tenha um racismo tão evidente na realidade brasileira, como se vê nas políticas de Estado de segregação racial, no Brasil o Estado age por omissão – a total indiferença com o extermínio da juventude negra, o descaso com a superlotação dos presídios, as práticas de linchamento tão comuns entre os brasileiros são exemplos de um racismo dissimulado. Não tem como sustentar o mito da democracia racial em um país de maioria negra que não se vê representada nos palácios da Justiça, nas casas de governo e na intelectualidade acadêmica. A democratização dos espaços envolve permitir que qualquer pessoa acesse domínios públicos comuns e tenha direitos reconhecidos e oportunidades iguais.

Diante disso, a reestruturação do planejamento urbano com um novo ideal de cidade deve ter explícito para que fim são destinados seus serviços e benefícios. Se o que se busca é uma cidade privatizada, cerceada e controlada por dispositivos de segurança, ou uma cidade democrática e inclusiva, aberta à participação dos diversos segmentos sociais. E isso envolve democratizar aspectos estruturais como infraestrutura de transporte, comunicação, educação, saúde, mercado de trabalho, assim como promover mudanças culturais nos relacionamentos interpessoais, de comunicação não violenta, de tolerância política, religiosa e filosófica e respeito às diversas concepções de vida e formas de convívio social.

2. DESTERRITORIALIZAÇÃO E PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA: RUPTURA DE VÍNCULOS SOCIAIS E ESPACIAIS

A relação dos homens com o território ocupado também foi objeto de estudo do geógrafo brasileiro Milton Santos. Para ele, a divisão territorial do trabalho cria uma hierarquia entre lugares e redefine a capacidade de agir dos indivíduos, das firmas e instituições. A migração populacional para áreas metropolitanas propiciadoras de vantagens econômicas levaria a uma concentração de pessoas em um mesmo espaço e, ao mesmo tempo, uma desfiliação social e quebra de vínculos de um povo com o seu território de origem, fenômeno denominado pelo autor de *desterritorialização*.¹³

Com a instalação de um número cada vez maior de pessoas em um número cada vez menor de lugares, a urbanização significa ao mesmo tempo uma maior divisão do trabalho e uma imobilização relativa e é também, um resultado da fluidez aumentada do território. O peso do mercado externo na vida econômica do país acaba por orientar uma boa parcela dos recursos coletivos para a criação de infraestruturas, serviços e formas de organização do trabalho voltados para o comércio exterior, uma atividade ritmada pelo imperativo da competitividade e localizado nos pontos mais aptos para desenvolver essas funções.¹⁴

Milton Santos dizia que havia uma globalização como fábula, essa tal aldeia global na qual não existiriam barreiras de classe, raça ou origem territorial e onde todos seriam iguais e livres para circular num mundo único sem fronteiras. E a globalização como perversidade, pois as pessoas são atraídas para esses centros financeiros na busca do “*american dream*” ou do “*rêve européen*” e lá se dão conta de que não serão tão aceitas e acolhidas pelo grupo.

Para o autor, as regiões metropolitanas onde se diversifica e se avoluma a divisão do trabalho têm sua capacidade aumentada em produzir riqueza

¹³ O conceito de territorialização e desterritorialização na obra de Deleuze e Guattari possui um enfoque mais simbólico e filosófico. O corpo como território que cria raízes em espaços por laços afetivos e sentimentos de pertencimento. Desterritorializar é buscar novos agenciamentos, criar novos conceitos, se desprender de lugares comuns instituídos socialmente. Milton Santos aborda o tema numa perspectiva materialista e sociológica. O sujeito perde sua autonomia ao ser desterritorializado por uma ordem global homogeneizadora e excludente. A análise do autor aborda a relação do território e as marcas deixadas pelo humano pelas intervenções técnicas e políticas. LIMA, E. M. F. de A.; YASUI, S. **Trajetórias e sentidos:** espaço, cultura, subjetividade e cuidado na atenção psicossocial, 2014, p. 594-595.

¹⁴ SANTOS, M.; SILVEIRA, M. L. **O Brasil:** território e sociedade no início do século XXI, 2006, p. 21-22.

e pobreza de forma instantânea e simultânea. Quanto maiores as cidades e mais populosas, mais há uma atração de polaridades, tanto de pessoas capacitadas com grande poder de empregabilidade como de pessoas sem qualificação que se aventuram em busca de atividades estacionais transitórias próprias de um circuito subterrâneo de economia.

Nesse contexto de cidades-estados globalizadas, surge o fenômeno das “populações em situação de rua” enquanto uma questão social. Desde o início do processo de industrialização, no século XVIII, percebeu-se que o capitalismo não apenas produziria riqueza e bens comercializáveis, mas tornaria o próprio trabalhador uma mercadoria que precisaria ser atrativa para o mercado. Muitas delas são arrebatadas por essa luz que reluz do ouro dos grandes centros urbanos, mas nem todas conseguem encontrá-lo e muitas tornam-se o lupemproletariado¹⁵, parcela da classe trabalhadora considerada inempregável e dispensável ao processo produtivo.

A professora da Universidade de Brasília, doutora em política social, Maria Lúcia Lopes da Silva dá um enfoque materialista para caracterizar a condição de pessoas em situação de rua. Utilizando categorias marxistas como superpopulação relativa, população flutuante, latente e estagnada, ela explica o fenômeno como consequência do pauperismo provocado pelo capitalismo produtivo. A autora explica a origem relacionada ao empobrecimento das classes trabalhadoras que são descartadas do processo produtivo, ao serem destituídas dos meios produtivos e alijadas do mercado formal de trabalho.

Destarte, pode-se inferir que este fenômeno, que possui múltiplas determinações imediatas, tem origem no contexto do processo violento e sanguinário de expropriação dos produtores rurais e camponeses que ficaram privados de suas terras e foram compelidos a vender sua força de trabalho no mercado de trabalho em formação, no início da industrialização europeia, sem que

¹⁵ “Lumpen” tem origem alemã e significa trapo sujo, sentido figurado utilizado para designar o indivíduo vadio, sem serventia. Na literatura marxista, o conceito é utilizado para caracterizar trabalhadores em condição marginal, sem consciência de classe, desqualificados e desprovidos de qualquer tipo de segurança do trabalho. Recentemente, a expressão ganhou uma conotação preconceituosa e moralista, visto que no século XXI, com a precarização das condições de trabalho, a maioria dos trabalhadores não dispõe de garantias de proteção trabalhista. E nem por isso merecem o rótulo de “ralé da sociedade”, “massa de manobra” ou “classe perigosa”, expressões presentes nas análises sociológicas como forma de distinção da classe trabalhadora conscientizada dos seus direitos, com vínculo empregatício formal e organizada em sindicatos, presente sobretudo no trabalho fabril. REIS, G. D. dos. **População em situação de rua: um reflexo do agravamento do capital**, 2020, p. 14-25.

todos tivessem sido absorvidos pela produção capitalista. Os que foram absorvidos transformaram-se em assalariados sem direitos e os que não o foram, transformaram-se em mendigos, vagabundos e ladrões (Marx, 1988b). Sua reprodução ocorre no processo de criação de uma superpopulação relativa ou exército industrial de reserva, cujo movimento de expansão e retração é condicionado pelas necessidades de expansão do capital. Deste modo, as condições histórico-estruturais que deram origem e reproduzem continuamente o fenômeno população em situação de rua nas sociedades capitalistas são as mesmas que originaram o capital e asseguram a sua acumulação, resguardadas as especificidades históricas, econômicas e sociais.¹⁶

Por outro lado, Norma Felicidade Lopes da Silva Valêncio (Doutora em Ciências Humanas e Sociais, professora do Departamento de Ciências Ambientais da Universidade Federal de São Carlos) e outros autores, em artigo de autoria coletiva, localizam o problema na perspectiva simbólica e cultural, utilizando categorias como o distanciamento social em relação aos *losers* (Zygmunt Baumann), o estigma social que permite que sejam tratados como não pessoas (Erving Goffman) e a relação dos estabelecidos com os *outsiders* é municiada de todas as formas de violência (Norbert Elias).

Posições de poder cristalizadas promovem, sobretudo por meio de instrumentos midiáticos, a eficácia na rotulação que inferioriza o grupo e o estigmatiza, logrando uma evitação da dialogicidade com os que estão em desvantagem. Sem propugnar por igualdade de oportunidades, nem resignar-se na convivência destoante, tais posições, caracterizadamente antidemocráticas, vão constituindo representações sociais nas quais a destituição material da população em situação de rua corresponde à ausência de valores morais do grupo. No imaginário social assim balizado, o risco de ressentimento dos fracassados incrementaria o seu potencial para delinquir, o que exigiria medidas preventivas e antecipatórias ao crime que o grupo estaria propenso a realizar. Medidas, tais como as que providenciam a radicalização de sua

¹⁶ SILVA, M. L. L. da. **Mudanças recentes no mundo do trabalho e o fenômeno pessoa em situação de rua no Brasil - 1995-2005**, 2006, p. 79.

desterritorialização, seja na sua expulsão do município ou seu extermínio, passam a ser requeridas.¹⁷

Diante disso, este estudo apresenta a temática das pessoas em situação de rua como fenômeno multifatorial e interrelacional que envolve variáveis econômicas, políticas, sociais e culturais. A questão de classe e origem regional apresenta-se como uma razão lógico-causal do problema estrutural e sistêmico, enquanto as diferenças de raça e gênero expressam os efeitos subjacentes de uma violência inconsciente simbólica direcionada a corpos desempoderados em sua individualidade.

A Organização das Nações Unidas¹⁸, em relatório da Comissão de Direitos Humanos de 30 de dezembro de 2015, mencionou quase 1 bilhão de pessoas em situação de rua no mundo, sendo que o termo utilizado pelo órgão multilateral de direitos humanos não se restringe às pessoas que fazem da rua local de moradia. Pois estar em situação de rua abrange uma série de questões, como habitações inapropriadas em área de risco, pessoas submetidas ao trabalho escravo, refugiados climáticos, de guerras, em situações de exploração e violências nas suas mais diferentes formas.

Grande parte dessas pessoas está nas grandes cidades com mais de 300 mil habitantes ou em megalópoles, que congregam espaços densamente ocupados e concentradores de dinamismo econômico e tecnológico. Dados oficiais do governo estadunidense de 2013 estimavam uma população em situação de rua de 610.042. Nos EUA, esse contingente populacional fica em regiões hiperurbanizadas, como na megalópole¹⁹ BosWas (Boston-Washington), onde ocupa principalmente a região de Nova York, e na macrometrópole que engloba Los Angeles e São Francisco, no estado da Califórnia. O que se verificou no relatório anual de avaliação de pessoas sem teto publicado pelo governo estadunidense em 2013 foi que são em sua maioria homens com

¹⁷ VALENCIO, N. F. L. da S. (et al.). **Pessoas em situação de rua no Brasil: estigmatização, desfiliação e desterritorialização**, 2008, p. 573-574.

¹⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Relatório sobre a moradia adequada** A/HRC/31/54, 2015.

¹⁹ *Megalópole* é uma região de grande aglomeração populacional constituída pelo agrupamento de regiões metropolitanas e servida por um sistema eficiente de transporte e comunicação. É um domínio regional que concentra centros tecnológicos, investimentos econômicos e atividades culturais. *Macrometrópole* é uma metrópole expandida, com a intensificação da circulação de pessoas e mercadoria formada pelo agrupamento de várias cidades interligadas horizontalmente.

mais de 25 anos, sendo que 42,17% apresentavam algum tipo de transtorno mental ou uso de substâncias psicoativas.²⁰

No Brasil, o último levantamento feito pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)²¹ em 2020 estimou 221.869 pessoas em situação de rua, sendo que 81,5% estão em cidades com mais de 100 mil habitantes, principalmente nas regiões Sudeste (56,2%), Nordeste (17,2%) e Sul (15,1%). Em São Paulo, segundo censo realizado pela prefeitura do município em 2021, calcula-se que 31.884²² pessoas estejam nessa condição, o que significa que quase 15% estão concentrados em apenas uma cidade do país.

Esses dados confirmam as teses defendidas por Santos: onde se encontra a densidade populacional, estão as maiores oportunidades econômicas e, junto delas, a maior concentração dos bolsões de pobreza. Por isso, o autor já antevia que, apesar de São Paulo ser o centro econômico do país, mesmo deixando seu poder industrial produtivo para concentrar atividades de comércio, serviços e atividades financeiras, haveria um movimento de involução metropolitana. Muitas pessoas estão migrando dos grandes centros urbanos para cidades medianas, pois perceberam que PIB per capita não significa divisão equânime da riqueza. As cidades mais ricas do mundo não são campeãs em qualidade de vida e oferta de bons serviços públicos, mas em desigualdade social. Elas são responsáveis por produzir mazelas socioeconômicas como desemprego estrutural, déficit habitacional, alto custo de vida, precariedade dos serviços públicos, juntamente com problemas de ordem psicossocial como dependência química, conflitos interpessoais domésticos e a guerra civil da violência urbana.²³

Diante disso, não é possível compreender a temática das pessoas e suas vivências de rua sem repensar a vida urbana e como estão organizadas as cidades. As propostas de descentralização do poder e autonomia local realizadas por Elinor Ostrom são interessantes quando acontecem em territórios menores

²⁰ BORYSOW, Y. da C.; CONILL, E. M.; FURTADO, J. P. **Atenção à saúde de pessoas em situação de rua: estudo comparado de unidades móveis em Portugal, EUA e Brasil**, 2017, p. 882.

²¹ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). Ministério da Economia. **Estimativa da população em situação de rua no Brasil** (setembro de 2012 a março de 2020), 2020.

²² SÃO PAULO (Município). Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social (SMADS). **Pesquisa censitária da população em situação de rua**. Relatório completo do censo, 2021.

²³ SANTOS, M.; SILVEIRA, Maria Lúcia. **O Brasil: território e sociedade no início do século XXI**, 2006.

onde se verificam práticas de uma democracia com participação ativa e direta. Mas ao mesmo tempo o localismo pode gerar arbitrariedades, como a ocupação de espaços públicos por grupos dominantes que monopolizam o direito de fala para incitar a violência contra minorias consideradas estrangeiras ou destoantes dos autoproclamados povos tradicionais.

Há conceitos que estão em alta no mercado editorial e na seara política pós-moderna, como policentrismo, trabalho em rede, descentralização, horizontalidade e autossustentabilidade. É preciso ultrapassar o regionalismo e seus códigos consuetudinários, pois o discurso de poder local também é capaz de disseminar teses negacionistas e conspiratórias que visam o isolamento do mundo externo. Para o exercício de uma democracia real, faz-se necessário conciliar a participação popular de todos os segmentos sociais mediados por instituições de Estado, ciência e mídia autônomas, transparentes e emancipadoras.

Por conseguinte, as políticas sociais de Estado para as pessoas em situação de rua devem estar organizadas pelos princípios da integralidade e intersectorialidade e prezar pela qualidade dos serviços públicos. A mídia corporativa e independente e seus canais difusores de informação precisam se comprometer a produzir conteúdo que expresse a diversidade e as desigualdades existentes no país. E a ciência carece de investimento para produzir conhecimento tecnológico, filosófico e científico que promova o avanço da técnica, respeitando os limites dos recursos naturais e levando em consideração a representatividade quanto às diversidades humanas. Para esse fim, os orçamentos públicos devem estar voltados para promover a vida humana e os bens de uso comum, e não apenas para proteger o patrimônio e bens de uso privado.

A última pesquisa do perfil da população em situação de rua no Brasil²⁴ realizada pelo Ministério do Desenvolvimento Social (MDS) em 2008 concluiu que havia 48.938 pessoas em situação de rua, sendo que a maioria eram homens (82%), jovens de 25 a 44 anos (53%), pardos ou negros (67%). Não obstante, é preciso reconhecer o aumento da pobreza nos últimos anos, agravada pela inflação dos preços e pela pandemia da Covid-19, bem como levar em conta a metodologia utilizada pelos órgãos pesquisadores.

²⁴ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Pesquisa nacional sobre a população em situação de rua**, 2009.

Enquanto o MDS se centrou em dados fornecidos pelas prefeituras de cidades com mais de 300 mil habitantes, o IPEA analisou os dados do Censo do Sistema Único de Assistência Social (Censo SUAS) e do Cadastro Único dos Programas Sociais (CadÚnico) de todo o território nacional. Além do fato de que o Censo SUAS se aprimorou nos últimos anos, abrangendo um número maior de pessoas. Segundo dados do IPEA, em 2015, quando foi calculado um público de 120.575 pessoas em situação de rua, o banco de dados do SUAS abrangia 47,1% do público estimado em 2020, que era de 221.869 pessoas nessa condição. Logo, conclui-se que havia uma demanda reprimida, e que o número da pesquisa do MDS de 2008 estava bem aquém da realidade brasileira, pois abrangeu apenas a “população em situação de rua” referenciada por serviços socioassistenciais.

Todavia, os estudos dos órgãos governamentais não podem apenas fazer estimativas de público como as pesquisas publicadas recentemente pelo IPEA. Para um melhor planejamento das intervenções, requer um diagnóstico mais apurado, com um censo que abarque um maior número de questões, como o que foi realizado pelo MDS em 2008 (levantando dados como sexo, gênero, idade, raça, etnia, saúde física e intelectual, escolaridade, local de origem, ocupação, motivação da situação de rua, tempo de permanência na rua, serviços públicos acionados, entre outras questões).

Dentro dessa perspectiva, o relatório do Conselho de Direitos Humanos da ONU de 2015 defendeu uma visão tridimensional ao focar os direitos das pessoas em situação de rua:

- a) refere-se a ausência de moradia, de uma habitação que ofereça condições mínimas de conforto e que possibilite um lugar seguro para estabelecer relações sociais e de participar da vida em comunidade;
- b) considera a situação de rua como forma de violência sistêmica e de exclusão social, sujeita a discriminação e estigmatização;
- c) reconhece as pessoas em situação de rua como titulares de direitos e como agentes centrais para o processo de transformação social.

Um dado interessante que o relatório da ONU trouxe diz respeito à diversidade cultural de perspectivas que essa questão suscita. Desde a denominação diversa, em inglês (*homelessness*), em francês (*sans domicile fixe* ou *sans-abrisme*), em espanhol (*sin hogar, sin techo, en situación de calle* ou

poblaciones callejeras), até os diferentes enfoques que cada território dá ao problema. Há os desabrigados de guerras em países como Ucrânia, Síria, Afeganistão, Eritreia e Somália; os refugiados do clima, como aconteceu com vítimas de tsunamis e terremotos, principalmente no continente asiático; mulheres divorciadas e viúvas desamparadas em países de maioria muçulmana como Bangladesh e Líbano.

Então, quando se observa a realidade brasileira, também precisa haver esse cuidado. Pois, num primeiro momento, ao examinar os dados do último censo de população de rua 2008 feito pelo MDS, que delimitou que o público é de maioria masculina, jovem, parda ou negra, poderíamos concluir que, criando políticas habitacionais que tenham como grupo-alvo esse segmento da população, o problema estaria resolvido. Contudo, não se pode analisar esses dados apenas por um viés economicista, ou considerando que os únicos motivos que levariam as pessoas a ficarem nas ruas seriam a falta de emprego e moradia.

Esse mesmo levantamento feito em 2008 registrou que 60% desse público já esteve internado em alguma instituição de longa permanência, sejam presídios, hospitais psiquiátricos, orfanatos, abrigos temporários para pessoas em situação de rua ou centros de recuperação de dependentes químicos, entre outras. E isso suscita uma reflexão sobre o *modus operandi* das entidades de internação, seja de saúde, segurança ou assistência social. Pode-se pensar se as instituições totais reforçariam atitudes paternalistas e autoritárias da sociedade, mantendo o interno num círculo vicioso de dependência e reprodução da exclusão. O que dificultaria a convivência pacífica, a assunção de responsabilidades, a autonomia e emancipação do cidadão, práticas propiciadoras da reinserção familiar e comunitária em meio social.

Ante o exposto, verifica-se que não é simplesmente uma distribuição de casas e empregos que irá mudar a realidade dessas pessoas. Se faz necessário, juntamente com a oferta dos benefícios materiais, um trabalho socioeducativo de ressocialização e atendimento psicossocial que promova a recuperação da autoestima, fortalecimento dos vínculos afetivos familiares e a integração comunitária. Por isso, não se pode prescindir de modalidades de acolhimento institucional como casas de passagem, casas lares e repúblicas. Mas que seja um tipo de abrigo humanizado que respeite a individualidade, com regras mais flexíveis construídas com a ajuda dos próprios usuários e que

trabalhe no sentido de estimular o autocuidado, o diálogo, a mediação de conflitos de modo não violento, para que se possa cuidar de si mesmo e dos seus afetos no sentido de desenvolver suas potencialidades de forma plena e integral.

Por mais necessárias e essenciais que sejam os trabalhos de ONGs, igrejas e entidades comunitárias no resgate, cuidado e proteção das “pessoas em situação de rua”, esse é um problema multifatorial que exige política pública como eixo norteador e propositor da mudança. E não basta limitar o trabalho de intervenção às ações das secretarias de assistência social, como oferta de abrigo temporário e serviços de alimentação e higienização. É preciso uma prática interventiva intersetorial e uma abordagem plural que articule as diferentes políticas públicas, num trabalho integrado e multidimensional, com metas de pequeno, médio e longo prazo.

No relatório da ONU de 2015 propõe-se uma campanha mundial para erradicar a situação de rua até 2030. O problema é que muitas prefeituras confundem essa meta ao querer fazer desaparecer as “pessoas em situação de rua” das suas estatísticas ou apenas fornecendo auxílio-transporte para o município vizinho. A meta seria mais assertiva se exigisse que todos os municípios tenham uma política de atenção, proteção e garantia dos direitos das “pessoas em situação de rua”, variando em sua complexidade de acordo com o número de habitantes, densidade demográfica e posição estratégica do território.

Num mundo de economia globalizada, interdependente e tecnificada onde há o descarte de grande parte da força de trabalho, encurtamento das distâncias e intensificação das trocas, não é possível evitar que pessoas se desprendam dos seus territórios e dos seus vínculos de origem. O essencial é que as administrações locais e regionais prevejam que, por fatores econômicos, políticos, ambientais, sociais ou por escolhas individuais, instituições sólidas como família, trabalho e comunidade se dissolvem. O Estado e toda a sociedade devem estar preparados para acolher as pessoas que por algum motivo perderam a capacidade de serem produtivas e o sentimento de pertencimento afetivo a um grupo e/ou espaço territorial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As políticas sociais de planejamento urbano e desenvolvimento das cidades carecem incluir nas suas proposições ações de proteção e garantia dos direitos das “pessoas em situação de rua”. Para uma intervenção sistematizada em um tema tão complexo, faz-se necessário refletir sobre a relação entre fatores causais macroestruturais sistêmicos e elementos presentes nas microestruturas de poder cotidianas.

A globalização econômica cria de forma artificial uma padronização da técnica, das relações comerciais e da integração dos mercados. Faz parte dessa nova fase de desenvolvimento capitalista intensificar o uso da força de trabalho e da natureza, o que requer ultrapassar os limites do estado-nação e suas fronteiras territoriais e identitárias. Contudo, essas transformações da técnica que buscam unificar padrões de produção e distribuição de mercadorias esbarram nas reações de uma comunidade humana diversificada e em diferentes estágios de desenvolvimento econômico, social e humano.

Por um lado, os conglomerados de capital exigem fluidez nas trocas econômicas, demolindo barreiras territoriais e legais. Para isso, defendem uma flexibilização das leis trabalhistas, ambientais e tributárias. Por outro lado, essa sociedade sem proteção social e destituída dos meios de produção reage exigindo mais segurança e estabilidade. Como a ideologia do pensamento unitário neoliberal enfraqueceu partidos e entidades de classe, o instinto humano é se voltar para um gregarismo tribal que reúne espécies que conjugam o mesmo *modus vivendi* e repele aqueles que pensam diferente e representam uma sociabilidade diversa da sua.

A questão social que envolve a condição das “pessoas em situação de rua” está inscrita nessa inter-relação entre um mundo globalizado homogeneizador de processos produtivos e reprodutivos e uma sociedade cada vez mais diversificada e individualista, descrente de qualquer utopia filosófica, política ou religiosa. Com a perda de um ideal de vida comunitária, acentua-se a disseminação de teorias niilistas e que pregam saídas reacionárias e reforçam o fundamentalismo político-religioso e o preconceito contra minorias que historicamente foram subjugadas.

A inclusão social das “pessoas em situação de rua” pela perspectiva da democratização dos espaços urbanos e pelo direito à cidade envolve repensar

desde os condicionantes estruturais de produção econômica, reprodução do capital, preservação ambiental e distribuição de renda até os aspectos mais corriqueiros que abrangem hábitos culturais de consumo, convívio social e relacionamento entre humanos e não humanos nos mais diferentes espaços da vida social.

A defesa dos direitos das pessoas em situação de rua é um desafio posto para a agenda do século XXI. Em um mundo urbanizado onde a fluidez dos negócios corrói o poder do Estado-nação e a solidez das instituições tradicionais, cresce o número de indivíduos desfilados de uma identidade ou agrupamento social. É papel da sociedade, do mercado e do Estado oferecer refúgio e proteção àqueles que, por razões diversas, sofrem com a exclusão social e o perecimento dos seus laços de origem e reivindicam o direito de recomeçar.

REFERÊNCIAS

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Tradução de Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

BORYSOW, Ygor da Costa; CONILL, Elienor Minho; FURTADO, Juarez Pereira. Atenção à saúde de pessoas em situação de rua: Estudo comparado de unidades móveis em Portugal, EUA e Brasil. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 3, p. 879-890, mar. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei n. 7.053 de 23 de dezembro de 2009. Institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua. **Diário Oficial da União**, Seção 1, Brasília, ano 146, n. 246, p. 16, 24 dez. 2009.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua**. Brasília, 2009. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social. Acesso em: 28 jan. 2022.

DELEUZE, Gilles; GUATARRI, Félix. **O anti-Édipo: capitalismo e esquizofrenia 1**. Tradução de Luiz B. L. Orlandi. São Paulo: Ed. 34, 2010.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna**. São Paulo: Loyola, 1992.

HARVEY, David. **O neoliberalismo: História e implicações**. Tradução de Adail Sobral e Maria Estela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

HARVEY, David. **Cidades Rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana**. Tradução de Jeferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). Ministério da Economia. **Estimativa da população em situação de rua no Brasil** (setembro de 2012 a março de 2020). Nota técnica, n. 73, jun. 2020. Brasília, 2020. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1/0074/1/NT_73_Disoc_Estimativa%20da%20populacao%20em%20situacao%20de%20rua%20no%20Brasil.pdf. Acesso em: 22 jan. 2022.

LATOURE, Bruno. **Jamais fomos modernos**: Ensaio de antropologia simétrica. Tradução de Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Editora 34, 1994.

LATOURE, Bruno. **Reagregando o social**: uma introdução à teoria do ator-rede. Tradução de Gilson César Cardoso de Sousa. Salvador/Bauru: Edufba/Edusc, 2012.

LEFEBVRE, Henri. **A vida cotidiana no mundo moderno**. Tradução de Alcides João de Barros. São Paulo: Ática, 1991.

LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade**. Tradução de Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Centauro, 2001.

LÉVIS-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Tradução de Mariano Ferreira. Petrópolis: Vozes, 1982.

LÉVIS-STRAUSS, Claude. **O pensamento selvagem**. Tradução de Tânia Pellegrini. 8. ed. Campinas: Papirus, 1989.

LIMA, Elizabeth Maria Freire de Araújo; YASUI, Sílvio. Trajetórias e sentidos: espaço, cultura, subjetividade e cuidado na atenção psicossocial. **Saúde Debate**, Rio de Janeiro, v. 38, n. 102, p. 593-606, jul./set. 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Relatório sobre a moradia adequada como componente do direito a um padrão de vida adequado e o sobre o direito a não discriminação neste contexto**. A/HRC/31/54. 30 dez. 2015. Disponível em: https://terradedireitos.org.br/wp-content/uploads/2016/11/Relat%C3%B3rio_Popula%C3%A7%C3%A3o-em-situa%C3%A7%C3%A3o-de-rua.pdf. Acesso em: 27 jan. 2022.

OSTROM, Elinor. **Governing the commons**: The evolution of institutions for collective action. Cambridge/UK: Cambridge University Press, 1990.

REIS, Graziela Donizetti dos. **População em situação de rua**: um reflexo do agravamento do capital. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista, Franca, 2020.

ROLNIK, Raquel. **O que é cidade**. São Paulo: Brasiliense, 1995.

SANTOS, Milton. **Técnica espaço tempo**: Globalização e meio técnico-científico informacional. São Paulo: Edusp, 1994.

SANTOS, Milton; SILVEIRA, Maria Lúcia. **O Brasil**: território e sociedade no início do século XXI. 9. ed. Rio de Janeiro: Record, 2006.

SANTOS, Milton. **A natureza do espaço: técnica e tempo, razão e emoção**. 4. ed. São Paulo: Edusp, 2006.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**. Rio de Janeiro: Record, 2015.

SÃO PAULO (Município). Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social (SMADS). **Pesquisa censitária da população em situação de rua**. Relatório completo do censo. 2021. Disponível em: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/assistencia_social/censo_2021. Acesso em: 27 fev. 2022.

SILVA, Maria Lúcia Lopes da. **Mudanças recentes no mundo do trabalho e o fenômeno pessoa em situação de rua no Brasil 1995-2005**. Dissertação (Mestrado em Política Social) – Programa de Pós-Graduação em Política Social, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

VALENCIO, Norma Felicidade Lopes da Silva (et al.). Pessoas em situação de rua no Brasil: estigmatização, desfiliação e desterritorialização. **RBSE - Revista Brasileira de Sociologia da Emoção**, João Pessoa, v. 7, n. 21, p. 556-605, dez. 2008.

VIEIRA, Maria Antonieta da Costa; BEZERRA, Eneida Maria Ramos; ROSA, Cleusa Moreno Maffei (Orgs.). **População de rua: quem é, como vive, como é vista**. 3. ed. São Paulo: Hucitec, 2004.

WACQUANT, Loïc. **As duas faces do gueto**. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2008.

THE ASYLUM CASE: AN ANALYSIS OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE'S LEADING JUDGMENT ON POLITICAL ASYLUM AND REGIONAL CUSTOM

O CASO ASILO: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO PARADIGMÁTICO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA SOBRE ASILO POLÍTICO E COSTUME REGIONAL

*Lutiana Valadares Fernandes Barbosa
(Doutora em Direito Internacional pela Universidade Federal de Minas Gerais e Defensora Pública Federal)
lutianafernandes@yahoo.com.br*

ABSTRACT

This paper offers an overview of the political background in Peru when a dispute on the political asylum of Victor Raúl Haya de la Torre between Colombia and Peru arose. The claim and counter-claim submitted to the International Court of Justice (ICJ) and the Court's decision are discussed. It critically reviews the judgment's main issues to the international legal debate: the right of qualification of a political offense, the discussion over regional customary international law, the duty or not to give a safe-conduct, and what should be considered urgency for the purposes of diplomatic asylum. It claims that the unilateral qualification of the offense is essential to the nature of diplomatic asylum. It highlights that this was the first decision of an international court that confirms the existence of a regional custom and discusses what is necessary for a local practice to be considered regional custom. It refutes ICJ's ruling and argues that nowadays, in the Latin-American context, the territorial State is bound to issue a safe-conduct, regardless if it requested the refugee to leave the country. It disagrees with ICJ's restrictive interpretation of the term "urgent cases" and understands that urgency shall be construed to allow diplomatic asylum in times of political instability and prevent it in times of democratic normality. Finally, it reflects on the actual impacts of the judgment on the development of international law.

Keywords: Diplomatic asylum. Political offense. Regional custom. Refugee. Safe-conduct.

RESUMO

Este artigo oferece um panorama do cenário político no Peru quando surgiu a disputa sobre asilo político de Victor Raúl Haya de la Torre entre Colômbia e Peru. Discute a demanda e a reconvenção submetidas à Corte Internacional de Justiça (CIJ) e a decisão da Corte. Analisa criticamente as principais questões do julgado para o debate jurídico internacional: o direito de qualificação do crime como político, a discussão sobre o costume regional, o dever ou não de conceder salvo-conduto e o que deve ser considerado urgência para fins do asilo diplomático. Alega que a qualificação unilateral do delito é essencial ao caráter de asilo diplomático. Destaca que essa foi a primeira decisão de um tribunal internacional que confirma a existência de costume regional e discute o que é necessário para que uma prática local seja considerada um costume regional. Refuta a decisão da CIJ e argumenta que hoje, no contexto latino-americano, o Estado territorial é obrigado a emitir salvo-conduto, independentemente de ter requerido a saída do refugiado do país. Discorda da interpretação restritiva da CIJ do termo “casos urgentes” e entende que a urgência deve ser interpretada para permitir o asilo diplomático em tempos de instabilidade política ou preveni-lo em tempos de normalidade democrática. Por fim, reflete sobre os impactos atuais do julgamento para o desenvolvimento do direito internacional.

Palavras-chave: Asilo diplomático. Crime político. Costume regional. Refugiado. Salvo-conduto.

Data de submissão: 02/03/2022

Data de aceitação: 09/03/2023

SUMÁRIO

INTRODUCTION. 1. HAYA DE LA TORRE AND THE POLITICAL BACKGROUND. 2. ASYLUM CASE. 3. WHICH STATE SHOULD QUALIFY THE OFFENSE FOR THE PURPOSES OF ASYLUM? 4. REGIONAL CUSTOM. 5. IS THE TERRITORIAL STATE BOUND TO GIVE A SAFE-CONDUCT? 6. URGENCY AS A REQUIREMENT FOR POLITICAL ASYLUM. FINAL CONSIDERATIONS.

INTRODUCTION

Asylum (1950) was a case judged by the International Court of Justice (ICJ) concerning the dispute over the diplomatic asylum of Victor Raúl Haya de la Torre, a political leader charged with involvement in a military rebellion. The Colombian embassy in Lima granted asylum to Haya de La Torre, where he stayed as a refugee for five years. The controversy arose after the Colombian government requested a safe-conduct to the refugee, which was denied by Peru.

First, this paper provides an overview of Peru's political background when the dispute arose. Then, it presents the State's claim and ICJ's decision. Next, relevant questions concerning the international jurisprudence are critically analyzed: the right of qualification of an offense as a political one; the discussion over regional customary international law; and what should be considered urgency for the purposes of diplomatic asylum. The case was decided in 1950; nonetheless, it is a leading case, and its relevance to the development of international law remains a current issue.

This paper is a qualitative research and addresses the question of what were the main rulings from the judgment of the Asylum case by ICJ, and what their importance was to the development of international law. Bibliographical research was conducted in history and international law doctrine to this aim. Documentary research was also carried out in the legislation of the international and inter-American system, and ICJ and Inter-American rulings. The results of the bibliographical research were analyzed using the hypothetical-deductive method. The results of the documentary research on legislation and jurisprudence were analyzed using the inductive method.

1. HAYA DE LA TORRE AND THE POLITICAL BACKGROUND

Born in 1895 Haya de la Torre was a Peruvian politician, philosopher, and author who founded in 1924 the American Popular Revolutionary Alliance

(APRA), the oldest currently existing political party in Peru.¹ This center-left political movement with an anti-imperialist approach aimed at building social equality in Peru and then in Latin America.²

APRA was politically prosecuted and remained unlawful for an extended period.³ In 1945 APRA returned to legality while participating in the coalition “Frente Democrática Nacional” (FDN). The coalition agreed to support José Luiz Bustamante y Rivero to run as a candidate in the presidential election. Bustamante y Rivero was elected. APRA approved various measures in favor of the Peruvian people and pressured the government to undertake reforms.⁴ The right-wing reacted against the APRA’s political approach and a time of extreme political instability started. This political context resulted in General Odría’s coup. In October 1948, General Odría headed a military junta, which deposed President José Luis Bustamante y Rivero. The coup was said to aim to protect Peru from the APRA party, which had led unsuccessful uprisings against the conservative Bustamante regime. Odría was proclaimed provisional president, elected president in 1950, and ruled until 1956. He promptly dissolved the legislature and imposed a military rule. Dictatorial tactics to silence the opposition characterized his Administration.⁵

Succinctly, during the 40’s and 50’s Peru bounced between periods of democracy and military rule. The dispute submitted to the ICJ arose in this context of political instability.

¹ HELLEINER, E.; ANTULIO, R. **Toward Global IPE: The Overlooked Significance of the Haya-Mariategui Debate**, 2017, p. 3. The paper States that Haya de la Torre “[...] declared that APRA had five goals: “1) Action of the countries of Latin America against Yankee Imperialism, 2) The political unity of Latin America, 3) The nationalization of land and industry, 4) The Internationalization of the Panama Canal, 5) The solidarity of all the oppressed people and classes of the world”.

² GANAN, A. de B. F.; PINTO, L. F. S. **Pátria Grande, Indo-américa: a integração da América Latina na obra de Haya de la Torre**, 2012, p. 72-84. “Esse é o programa que Haya dá à APRA: *a construção de um capitalismo de Estado que aponte para um futuro socialista na América unificada.*” (p. 83)

³ GARCIA-BRYCE, P. I. **A Revolution Remembered, a Revolution Forgotten: The 1932 Aprista Insurrection in Trujillo**, 2010, p. 277-322. On this regard, the author stresses that: “The persecution of Apristas that had begun during the Sánchez Cerro government continued with varying degrees of intensity over the course of the next decades. During the period from 1934 to 1945 Haya de la Torre remained in hiding, while high-ranking party leaders were either jailed or living in exile.” (p. 305)

⁴ *Ibidem*, p. 277-322. The author points that: “Although the party remained barred from presenting a presidential candidate, it won government positions both at the congressional and cabinet level during the period from 1945 to 1948.” (p. 306)

⁵ PAYNE, James. **Peru: The Politics of Structured Violence**, 1965, p. 362-374.

2. ASYLUM CASE

During Bustamante y Rivero's government, on October 3, 1948, a Military rebellion broke out in Peru.⁶ On the following day, a decree charged APRA, the political party headed by Haya de la Torre, for conducting the rebellion, and the government declared a state of siege.

On October 5, 1948, a note against Haya de la Torre and other party members was issued. The Denunciation was approved both by Minister for the Navy and by Public Prosecution. On October 11, 1948, a magistrate issued an order to open judicial proceedings, and on October 25, 1948, the magistrate ordered the arrest of Haya de la Torre and other APRA members.

Twenty-four days after the military rebellion, on October 27, 1948 the military coup headed by General Odría, mentioned in the former section, broke out. After the military coup, on November 16, 1948, Haya de la Torre was served public summons and did not report. On January 3, 1949, Haya de la Torre sought asylum at the Colombian Embassy in Lima. The Colombian Ambassador granted him asylum on the following day and requested a safe-conduct to the Peruvian government. On January 14, 1949, the Colombian Ambassador sent a note to the Peruvian authorities informing them that Haya de la Torre was considered a political refugee.

The dispute arose after Colombia requested a safe-conduct to Victor Raúl Haya de la Torre. Peru denied the safe-conduct and requested the surrender of the refugee. Unable to find a negotiated solution to the dispute, Colombia and Peru signed August 31, 1949, the Act of Lima, an agreement to refer the dispute to ICJ.

On October 15, 1949, the Colombian government filed an application requesting the ICJ to adjudge and declare that Colombia, as the State granting asylum, was competent to unilaterally qualify the offense committed by Haya de la Torre for the purposes of the asylum. It further asked ICJ to rule

⁶ GARCIA-BRYCE, P. I. **A Revolution Remembered, a Revolution Forgotten:** The 1932 Aprista Insurrection in Trujillo, 2010, p. 277-322. About the military rebellion Peru Iñigo García-Bryce states that: "On October 3, an APRA sympathizer, army major Víctor Villanueva and a group of navy officers led an uprising in Callao, Lima's port, against the Bustamante government. Sixty military men and 175 civilians were killed as the government suppressed this revolt. Although the exact role of the Aprista leadership within this uprising remains unclear, the party once again lost its legal status. A few weeks later, on October 27, General Manuel Odría staged a military coup that put an end to the Bustamante government. For the next eight years, APRA once again was forced underground." (p. 309-310)

that Peru was bound to give a safe-conduct to the Haya de la Torre.⁷ Peru filed a counterclaim in March 1950 requesting ICJ to rule that Haya de la Torre's Asylum violated Havana's Convention on Asylum.⁸

ICJ rejected both submissions of Colombia, ruling that "Colombia, as the State granting asylum, was not competent to qualify the offense by a unilateral and definitive decision, binding on Peru."⁹ Regarding the safe-conduct, ICJ stated that there is only such an obligation if the territorial State requests the refugee to leave the country.¹⁰ If the State granting asylum makes the request, there is not such an obligation.¹¹

ICJ rejected Peru's counterclaim regarding a violation of Article 1, paragraph 1, of the 1928 Havana Convention on Asylum by stating that Peru had the burden of proving that Haya de la Torre committed a Common Crime. ICJ ruled there was a breach regarding Article 2, paragraph 2 ("First"), of that Convention, which requires that the refugee is in imminent or persistent danger.

⁷ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Asylum case (Colombia v. Peru). ICJ Reports, 1950, p. 266. "To pass judgment on and answer, whether the Government of the Republic of Peru enters an appearance or not, and after such time-limits as the Court may fix in the absence of an agreement between the Parties, the following questions: First Question. -Within the limits of the obligations resulting in particular from the Bolivarian Agreement on Extradition of July 18, 1911, and the Convention on Asylum of February, 1928, both in force between Colombia and Peru, and in general from American international law, was Colombia competent, as the country granting asylum, to qualify the offence for the purposes of said asylum? Second Question. -In the specific case under consideration, was Peru, as the territorial State, bound to give the guarantees necessary for the departure of the refugee from the country, with due regard to the inviolability of his person?" (p. 7)

⁸ Ibidem, p. 266. "To adjudge and declare [...] that the grant of asylum [...] to Víctor Raúl Haya de la Torre was made in violation of Article I, paragraph I. And article 2, paragraph 2, item I (first item) of the Convention on Asylum signed at Havana in 1928." (p. 8)

⁹ Ibidem, p. 266.

¹⁰ ICJ made a grammatical interpretation of the expression "in turn" of article 2 of the Havana Convention. Regional Refugee Instruments & Related, Havana Convention on Asylum, 20 February 1928. "Article 2. Third: The Government of the State may require that the refugee be sent out of the national territory within the shortest time possible; and the diplomatic agent of the country who has granted asylum may in turn require the guarantees necessary for the departure of the refugee with due regard to the inviolability of his person, from the country." (emphasis added)

¹¹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, op. cit., p. 266. "In the present case, the Peruvian government has not requested that Haya de la Torre should leave Peru. It has contested the legality of the asylum granted to him and has refused to deliver a safe-conduct. In such circumstances the Colombian government is not entitled to claim that Peruvian government should give the guarantees necessary for the departure of Haya de la Torre from the country, with due regard to the inviolability of his person." (p. 17)

3. WHICH STATE SHOULD QUALIFY THE OFFENSE FOR THE PURPOSES OF ASYLUM?

Colombia argued it was entitled to qualify the offense unilaterally as a political one for the asylum and that such a right was implied in the Havana Convention. The State claimed that according to article 18 of the Bolivarian agreement of 1911 “[...] States recognize the institution of asylum in conformity with the principles of international law.” and that those principles encompass a right of unilateral qualification.

ICJ unanimously decided that “Colombia, as the State granting asylum, was not competent to qualify the offence by a unilateral and definitive decision, binding on Peru.”¹² It stated that a unilateral and definitive qualification would imply a derogation of the equal rights of qualification and exasperates the derogation of territorial sovereignty, which is not essential to the institution of asylum. Nonetheless, ICJ recognized that the diplomatic asylum would be more effective with a rule of unilateral qualification by the country that granted asylum.¹³ ICJ further emphasized that States signed the Havana Convention with the manifest intention of preventing abuses, and thus it cannot be construed as to encompass the right of unilateral qualification.

This paper disagrees with the ICJ’s reasoning. ICJ’s decision that Colombia was not competent to unilaterally qualify the offense was a denial of the essential character of diplomatic asylum. The right of unilateral qualification of the offense by the State that grants asylum is a fundamental measure to protect the refugee. The diplomatic asylum is sought because the person is politically prosecuted and, thus, is unable to find safety in the territorial

¹² INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Asylum case (Colombia v. Peru). ICJ Reports, 1950, p. 266 (p. 16).

¹³ Ibidem, p. 266. “It involves a derogation from the **equal rights of qualification** which, in the absence of any contrary rule, must be to each of the states concerned; it thus aggravates the derogation from territorial sovereignty constituted by the exercise of asylum. Such a competence is not inherent in the institution of diplomatic asylum. This institution would perhaps be more effective if a rule of unilateral and definitive qualification were applied. But such a rule is not essential to the exercise of asylum.” (p. 13)

State. If the territorial State has a stake in qualifying the offense of its political opponent, the very existence of the institution is threatened.

In this sense, the dissenting opinion by Judge Castilla stresses that unilateral qualification is part of the nature of diplomatic asylum and that the territorial State is not in a condition to impartially qualify the offense of a political opponent who sought refuge.

The right to qualify the nature of an offence must necessarily lie with the State granting asylum, otherwise the very institution of asylum could no longer exist. For asylum is granted precisely to protect those persons who are prosecuted by the local government, usually at difficult moments in the life of the country, moments of great upheaval when political passions lead to the diminution or disappearance, even in very highly cultured statesmen, of that serenity of mind which is indispensable for an impartial judgment of political opponents. To recognize the right of the local State to qualify the nature of the offence would be equivalent to allowing this qualification to depend upon the opinion of the government, whose interests would urge it to act against the refugee. Asylum in these circumstances would be absurd.¹⁴

In his dissenting opinion, Judge Azevedo also stated that asylum qualification must be unilateral and stable. He also emphasized that such competence was essential for the normal functioning of the institution. “What is involved here is not a provisional qualification or a mere question of effectiveness,

¹⁴ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Asylum case (Colombia v. Peru). ICJ Reports, 1950, p. 266. Dissenting opinion by M. Caicedo Castilla. In the same sense CASTILLA states: “The right to qualify the nature of an offence must necessarily lie with the State granting asylum, otherwise the very institution of asylum could no longer exist. For asylum is granted precisely to protect those persons who are prosecuted by the local government, usually at difficult moments in the life of the country, moments of great upheaval when political passions lead to the diminution or disappearance, even in very highly cultured statesmen, of that serenity of mind which is indispensable for an impartial judgment of political opponents. To recognize the right of the local State to qualify the nature of the offence would be equivalent to allowing this qualification to depend upon the opinion of the government, whose interests would urge it to act against the refugee. Asylum in these circumstances would be absurd. Unilateral qualification is in fact inherent in the very nature of the asylum itself; it is essential for the continued existence of this institution as it is understood in Latin America.”

but rather a necessary consequence of the normal functioning of asylum as understood in Latin- American practices.”¹⁵

The importance of unilateral qualification to diplomatic asylum is recognized in international treaties such as the Montevideo Convention on diplomatic asylum, not ratified by Peru, and the Caracas Convention on Diplomatic Asylum concluded after the case’s judgment.

The Convention on Diplomatic Asylum signed in Caracas on 28 March 1954, states in article IX the right of unilateral qualification. This convention was ratified by Peru on July 2, 1962.¹⁶ Out of the South American States, only Suriname and Guyana did not sign it.¹⁷

All-in-all, the Caracas Convention codifies and clarifies earlier agreements and state practice, and enjoys wider acceptance than the Montevideo Convention. It recognizes that every State has the right, not the obligation to grant diplomatic asylum and this is not subject to reciprocity. The convention reconfirms that the State granting asylum determines the nature of the offense or the motives for the persecution and the degree of urgency of the particular case.¹⁸

In conclusion, many Latin American countries, through signature and ratification of treaties, support the unilateral qualification of the offense, which reveals that the development of the regional international law was in

¹⁵ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Asylum case (Colombia v. Peru). ICJ Reports, 1950, p. 266. Dissenting Opinion by Judge Azevedo. For a deeper comprehension of the opinion, a longer excerpt was transcribed: “18. The qualification of asylum must not only be unilateral but also stable, as has already been seen above. What is involved here is not a provisional qualification or a mere question of effectiveness, but rather a necessary consequence of the normal functioning of asylum as understood in Latin- American practice. The conclusion reached on the nature of qualification cannot, however, attribute the value of res judicata to a unilateral decision of the country of asylum, even if this qualification should assume a definitive character. This qualification is not unattackable and is subject not to the ordinary revision of facts in each case, but, in exceptional cases, to a sort of appeal such as the appeal cassation, in the event of manifest violation of international law. Obvious abuse and misuse of powers may occur in the grant of asylum, in which case international law will intervene – as would municipal law – to suppress any arbitrary action by specific means for the peaceful settlement of disputes. In fact, reference to such means may be found in certain treaties (Treaty of Montevideo, 1939, Art. 16).”

¹⁶ ORGANIZATION OF AMERICAN STATES (OAS). Convention on Diplomatic Asylum, 29 December 1954. “Article IX. The official furnishing asylum shall take into account the information furnished to him by the territorial government in forming his judgment as to the nature of the offense or the existence of related common crimes; but this decision to continue the asylum or to demand a safe-conduct for the asylee shall be respected.”

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ VARK, R. **Diplomatic asylum**: Theory, Practice and the Case of Julian Assange, 2012, p. 248.

the opposite direction of what ICJ decided in the Asylum case.¹⁹ Nowadays, this paper claims that in a Latin-American context, the answer to the question “Which State should qualify the offense for the purposes of the asylum?” is undoubtedly the State granting asylum.

The Caracas convention was a reaction to the ICJ’s decision on the Asylum case since States were unsatisfied with the court’s decision.²⁰ It is based on this collateral effect of ICJ’s judgment, that recent grants of diplomatic asylum in Latin America are grounded on unilateral qualification. Concrete examples are 2019 grants of Diplomatic Asylum to Guaidó supporters at the Brazilian Embassy in Caracas.²¹

The unilateral qualification of the offense dialogs with recent discussions on externalization²² and asylum, which question the negative impacts on territorial asylum seekers of decisions taken outside the host State. The Refugee Law Initiative highlights that such decisions have “increasingly impacted in detrimental ways on access to territorial asylum for refugees and asylum seekers.”²³ An unexplored side of this discussion is that externalization is an inherent aspect that positively impacts asylum seekers in the case of diplomatic asylum, which is often a gateway to territorial asylum. A requirement for such diplomatic asylum decisions to protect refugees is the right of unilateral qualification, as the State that might be

¹⁹ VARK, R. **Diplomatic asylum: Theory, Practice and the Case of Julian Assange**, 2012, p. 248. In this Regard Rene Vark states that “After the gradual development, the law on diplomatic asylum reached a point where the State granting asylum was given the power to take the principal decision affecting the fate of the asylum seeker. Where the International Court of Justice was cautious and inclined in favour of the territorial State, Latin and Central American States decided to take daring steps and led the law to an opposite direction”.

²⁰ Ibidem, p. 248. “[...] the Caracas Convention on Diplomatic Asylum (1954) is a reaction to the proceedings before the International Court of Justice. In the end, no State was satisfied with the judgments or ambiguities in the law governing diplomatic asylum and it was decided to adopt two new, more comprehensive treaties on both territorial and diplomatic asylum.”

²¹ FOLHA DE S. PAULO. **Brasil autoriza asilo a 25 militares venezuelanos em embaixada**, 30 April 2019. See also: HUGHES-GERBER, L. **Diplomatic Asylum on the Basis of Humanitarian Considerations**, 2021, p. 82.

²² REFUGEE LAW INITIATIVE. **Declaration on Externalisation and Asylum**, 29 June 2022. “We understand ‘externalisation’ as the process of shifting functions that are normally undertaken by a State within its own territory so that they take place, in part or in whole, outside its territory. Such externalised functions might be implemented by a State unilaterally, jointly with other States and/or entities – including International Organisations (IOs) and private actors – or through partially or wholly delegating the functions to other States and/or entities.”

²³ Ibidem. See also: CANTOR, D. (et al.). **Externalisation, Access to Territorial Asylum, and International Law**, March 2022, p. 120-156.

putting the asylum seeker at risk cannot have a stake in the qualification of the offense.

4. REGIONAL CUSTOM

The Asylum is a leading case since it was the first decision of an international tribunal that confirmed the existence of a regional custom. A regional custom, also named by the doctrine and jurisprudence special or local custom, is an international law that arises from state practice and *opinio juris* of a group of States or even two States.²⁴

Colombia defended the existence of a customary Latin-American norm of unilateral qualification of the offense as a political one or not. It latched onto its statement on many extradition treaties in this regard. Moreover, it claimed that the Montevideo Convention on Political Asylum²⁵ codified principles already recognized by Latin-American customary law.

ICJ rejected the claim by stating that the Colombian government did not prove the alleged custom.²⁶ It also pointed that the Montevideo Convention modified the Havana convention, and Peru did not ratify it.

The facts brought to the knowledge of the Court disclose so much uncertainty and contradiction, so much fluctuation and discrepancy in the exercise of diplomatic asylum [...], and the practice has been so much influenced by considerations of political expediency in the various cases, that it is not possible to discern in all this any constant and uniform usage, accepted as law, with regard to alleged rule of unilateral and definitive qualification of the offence.

Despite rejecting the existence of a customary Latin-American norm on unilateral qualification of the offense, as Professor Cohen-Jonathan notes,

²⁴ D'AMATO, A. **Special Custom in International Law**, 1969, p. 211-223. D'Amato states: "The distinction between special and general custom is conceptually simple. General customary law applies to all states, while special custom concerns relations between a smaller set of states." (p. 212)

²⁵ ORGANIZATION OF AMERICAN STATES (OAS). Convention on Political Asylum (A-37), 26 December 1933, Article 2. "The judgment of political delinquency concerns the State which offers asylum."

²⁶ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Asylum case (Colombia v. Peru). ICJ Reports, 1950, p. 266 (p. 15)

ICJ admitted the theoretical possibility of the existence of a regional or local custom proper of Latin-American States.²⁷

The Asylum case presents a relevant framework of what is necessary for a local practice to be considered regional custom.

The Party which relies on a custom of this kind must prove that this custom is established in such a manner that it has become binding on the other Party. The Colombian government must prove that the rule invoked by it is in accordance with a constant and uniform usage practiced by the States in question, and that this usage is the expression of a right appertaining to the State granting asylum and a duty incumbent on the territorial State. This follows from Article 38 of the Statute of the Court, which refers to international custom as evidence of a general practice accepted as law.²⁸

As it can be observed from the quotation above, the ICJ, while discussing a regional custom, invokes article 38 of the Statute of the Court, which defines general international custom as “[...] evidence of a general practice accepted as law.”²⁹ Professor Anthony D’Amato stresses that ICJ has construed a broad interpretation of Article 38 and included special custom. He states that “Such an interpretation was necessary in order to fulfill the reasonable expectations of states who often order and regularize special relationships among themselves [...]”.³⁰

It is essential to note that ICJ sets a higher standard for proving a regional custom than the one necessary for general custom in the Asylum case. It argued that the party that alleges a regional custom has the burden of proving that it is a duty binding on all parties involved, whereas, in general customary law, it suffices to prove that most states consented. In this sense,

²⁷ COHEN-JONATHAN, G. **La coutume locale**, 1961, p. 119-140. The author stresses that: “[...] elle a admis la possibilité théorique de l’existence « d’une coutume régionale ou locale propre aux Etats de l’Amérique latine »” (p. 128)

²⁸ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Asylum case (Colombia v. Peru). ICJ Reports, 1950, p. 266 (p. 14-15)

²⁹ UNITED NATIONS. **Statute of the International Court of Justice**, 18 April 1946.

³⁰ D’AMATO, A. **Special Custom in International Law**, 1969, p. 217.

Professor Anthony D'Amato stresses the difference between local and general customs. He claims that according to ICJ's jurisprudence, it is only necessary to prove the consent of all states involved when the claim is of a special custom. "The particular problems of proving consent on the part of the defendant state in any claim-conflict situation that are associated with a claim of special custom need not be extended to the broader question of norms of general custom [...]."³¹ Malcolm N. Shawn also emphasizes the need of an acceptance of all nations involved on a local custom: "While in the case of a general customary rule the process of consensus is at work so that a majority or a substantial minority of interested states can be sufficient to create a new custom, a local custom needs the positive acceptance of both (or all) parties to the rule."³²

After the Asylum Case, ICJ also recognized the institution of local custom in the Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (1952) and Case Concerning Right of Passage Over Indian Territory (1960). In the Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (1952), ICJ quoted the Asylum case and, using the same reasoning, concluded that The United States did not present sufficient proof that the alleged customary right to exercise consular jurisdiction created a duty that was binding on Morocco.³³ In Case Concerning Right of Passage Over Indian Territory (1960) the court expressly recognizes the possibility of a local custom between only two

³¹ D'AMATO, A. **Special Custom in International Law**, 1969, p. 221.

³² SHAWN, M. N. **International Law**, 2008, p. 208.

³³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Case Concerning the Rights of Nationals of the United States of America in Morocco. ICJ Reports, 1952, p. 28. "The second consideration relates to the question of proof. This Court, in the Asylum Case (I. C. J. Reports 1950, pp. 276-277), when dealing with the question of the establishment of a local custom peculiar to Latin-American States, said: 'The Party which relies on a custom of this kind must prove that this custom is established in such a manner that it has become binding on the other Party. The Colombian Government must prove that the rule invoked by it is in accordance with a constant and uniform usage practised by the States in question, and that this usage is the expression of a right appertaining to the State granting asylum and a duty incumbent on the territorial State. This follows from Article 38 of the Statute of the Court, which refers to international custom 'as evidence of a general practice accepted as law'. In the present case there has not been sufficient evidence to enable the Court to reach a conclusion that a right to exercise consular jurisdiction founded upon custom or usage has been established in such a manner that it has become binding on Morocco."

states.³⁴ It concludes that the constant, uniform, and long-lasting practice presented in the case fulfilled the requirements to deem that they constitute a local custom accepted as the law by the parties. Thus, ICJ recognized in favor of Portugal a customary right of free passage of private persons, civil officials, and goods over intervening Indian territory.³⁵

A recent Interamerican Court of Human Rights advisory opinion reiterated ICJ's Asylum case threshold.³⁶

160. On the other hand, the Court reiterates that some States participating in this procedure expressly expressed their position that there would not be a uniform position in the Latin American sub-region to conclude that diplomatic asylum is part of the regional custom, but would only be a system based on treaties. Furthermore, most of the participating States stated that there is no legal obligation to grant diplomatic asylum, as this constitutes an act of foreign policy.³⁷

The Interamerican Court of Human Rights advisory opinion OC-25/18 first reinforces the possibility of the existence of the regional custom, as was coined by the Asylum decision. Furthermore, it maintains ICJ's conclusion of the inexistence of Latin American regional custom on diplomatic asylum, which is currently grounded on legally binding

³⁴ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Case Concerning Right of Passage Over Indian Territory (Portugal v. India). ICJ Reports, 1960, p. 37. "With regard to Portugal's claim of a right of passage as formulated by it on the basis of local custom, it is objected on behalf of India that no local custom could be established between only two States. It is difficult to see why the number of States between which a local custom may be established on the basis of long practice must necessarily be larger than two. The Court sees no reason why long continued practice between two States accepted by them as regulating their relations should not form the basis of mutual rights and obligations between the two States."

³⁵ *Ibidem*, p. 39. "The Court, therefore, concludes that, with regard to private persons, civil officials and goods in general there existed during the British and post-British periods a constant and uniform practice allowing free passage between Daman and the enclaves. This practice having continued over a period extending beyond a century and a quarter unaffected by the change of regime in respect of the intervening territory which occurred when India became independent, the Court is, in view of all the circumstances of the case, satisfied that that practice was accepted as law by the Parties and has given rise to a right and a correlative obligation. The Court therefore holds that Portugal had in 1954 a right of passage over intervening Indian territory between coastal Daman and the enclaves and between the enclaves, in respect of private persons, civil officials and goods in general, to the extent necessary, as claimed by Portugal, for the exercise of its sovereignty over the enclaves, and subject to the regulation and control of India."

³⁶ INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Advisory opinion OC-25/18 requested by Equator, 30 May 2018, p. 157-160.

³⁷ *Ibidem*, p. 160.

instruments. Various regional treaties deal with diplomatic asylum; the most important treaty in this regard is the 1954 Caracas Convention.³⁸

In sum, the Asylum judgment substantiated the possibility of a regional custom and presented the requirements which are still used today. Furthermore, the conclusion of inexistence of a regional custom regarding diplomatic asylum was reiterated by the Interamerican Court of Human Rights in 2018. Therefore, as international law currently stands, we cannot claim a regional custom of diplomatic asylum.

5. IS THE TERRITORIAL STATE BOUND TO GIVE A SAFE-CONDUCT?

Colombia claimed that Peru is bound to issue a safe-conduct to Víctor Raúl Haya de la Torre. Using a grammatical interpretation of the expression “in turn” of article 2 of the Havana Convention,³⁹ ICJ ruled that there is only such an obligation if the territorial State requests the refugee to leave the country. If the State granting asylum makes the request, there is not such an obligation.

In the present case, the Peruvian government has not requested that Haya de la Torre should leave Peru. It has contested the legality of the asylum granted to him and has refused to deliver a safe-conduct. In such circumstances the Colombian government is not entitled to claim that Peruvian government should give the guarantees necessary for the departure of Haya de la Torre

³⁸ Treaty on International Penal Law (adopted 23 January 1889), OAS Official Records, OEA/Ser.X/7; Treaty Series 34, Convention on Asylum (adopted 20 February 1928, entered into force 21 May 1929), OAS Official Records, OEA/Ser.X/I, Treaty Series 34; Convention on Political Asylum (adopted 26 December 1933, entered into force 28 March 1935), OAS Official Records, OEA/Ser.X/I, Treaty Series 34; Treaty on Political Asylum and Refuge (adopted 4 August 1939), OAS Official Records, OEA/Ser.X/1, Treaty Series 34; Treaty on International Penal Law (adopted 19 March 1940), OAS Official Records, OEA/Ser.X/1, Treaty Series 34; Convention on Diplomatic Asylum (adopted 28 March 1954, entered into force 29 December 1954), 1438 UNTS 101; Convention on Territorial Asylum (adopted 28 March 1954, entered into force 29 December 1954), 1438 UNTS 129. See also: FISCHER DE ANDRADE, J. H. **Regional Refugee Regimes**: Latin America, 2021.

³⁹ ORGANIZATION OF AMERICAN STATES (OAS). Havana Convention on Asylum, 20 February 1928. OAS, Treaty Series, No. 34 Article 2, Third: “The Government of the State may require that the refugee be sent out of the national territory within the shortest time possible; and the diplomatic agent of the country who has granted asylum may in turn require the guarantees necessary for the departure of the refugee with due regard to the inviolability of his person, from the country.”

from the country, with due regard to the inviolability of his person.⁴⁰

Judge Caicedo Castilla disagrees with the Court and argues, in his dissenting opinion, that the Havana Convention recognizes both, first the right of the territorial State to request the departure of the refugee, which must be respected by the State that granted asylum, and second the right of the State of asylum to request a safe-conduct. On the second right, he invokes a unanimous practice of American States.

This right is a necessary consequence of asylum. The unanimous practice of American States is in accordance with this interpretation. In all cases of asylum, the diplomatic agent has requested and obtained the departure of the refugee without waiting for the territorial government to take the initiative. This practice has been amply proved in the documents annexed to the Pleadings of this case.⁴¹

In a different perspective, Judge Alvarez dissents and points out a gap in the Havana Convention of 1928 regarding the request of a safe-conduct by the State that granted asylum. He argues that “To bridge this gap, the Court would actually have had to create the law [...]”

This paper claims that ICJ’s grammatical interpretation was a subtle way to bypass the gap in the Havana convention noted by Judge Alvarez. Nonetheless, the court’s task to create the law is controversial on international law doctrine⁴² and also not appreciated by States. Bridging

⁴⁰ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Asylum case (Colombia v. Peru)*. ICJ Reports, 1950, p. 17.

⁴¹ *Ibidem*. Dissenting Opinion by Caicedo Castilla: “[...] I believe that the Havana Convention recognizes two separate rights: (a) firstly, the right of the territorial State to require the removal of the refugee from the territory as rapidly as possible, that is to say that, as asylum is a transitory situation which cannot be prolonged indefinitely, the State granting asylum should respect this request. This is an obligation on the State granting asylum. The sojourn of the refugee on national territory cannot be prolonged against the will of the territorial State; (b) the second right is that, which is conferred by the abovementioned text upon the State granting asylum, to require that the refugee should leave the country with the necessary guarantees. This right is a necessary consequence of asylum. The unanimous practice of American States is in accordance with this interpretation. In all cases of asylum, the diplomatic agent has requested and obtained the departure of the refugee without waiting for the territorial government to take the initiative. This practice has been amply proved in the documents annexed to the Pleadings of this case.” (p. 110-111)

⁴² TAMS, C. **The Development of International Law by the International Court of Justice**, 2017. He points that “However, the views of Montesquieu, Hughes and others provide the backdrop only. They allow us to appreciate the extreme positions: that of judges as mere mouthpieces versus judges in control of lawmaking. But neither of these extreme positions reflects the reality within international law”.

gaps in international law must be done with due care since it might threaten ICJ's legitimacy.

The Caracas Convention on Diplomatic Asylum⁴³ states in article XII that “Once asylum has been granted, the State granting asylum may request that the asylee be allowed to depart for foreign territory, and the territorial State is under obligation to grant Immediately, except in case of force majeure [...] the corresponding safe-conduct.” This convention was not applicable to the Asylum case, since it was ratified by Peru on July 2, 1962.⁴⁴

Nowadays, if there is a treaty of diplomatic asylum between the States, this paper claims that the territorial State is bound to issue a safe-conduct⁴⁵ as this is a necessary corollary of diplomatic asylum to protect individuals from political prosecution. Issuance of safe-conduct also contributes that diplomatic asylum is compatible with human rights. Long-lasting residence in diplomatic facilities might threaten asylee's human rights.

[...] the right to liberty, the prohibition on inhuman or degrading treatment, freedom of movement, freedom of thought, conscience and religion, freedom of expression, freedom of assembly, freedom of association, the right to asylum from persecution, the right to participate in government and the right of access to the public service and democratic elections, the right to equality before the law or the prohibition on arbitrary detention may be put at risk of breach or actually breached by virtue of the diplomatic asylum granted.⁴⁶

⁴³ ORGANIZATION OF AMERICAN STATES (OAS). Convention on Diplomatic Asylum, 29 December 1954.

⁴⁴ Ibidem. “Article IX. The official furnishing asylum shall take into account the information furnished to him by the territorial government in forming his judgment as to the nature of the offense or the existence of related common crimes; but this decision to continue the asylum or to demand a safe-conduct for the asylee shall be respected.”

⁴⁵ Interview with Francisco Resek. Check out: LÉLLIS, L. **Ritmo de progresso do Mercosul é devagar como previsto**, 15 nov. 2014. In this sense, Rezek affirmed the illegality of Bolivia's refusal to concede a safe-conduct to Roger Pinto Molina. “O direito é claro sobre isso: concedido o asilo diplomático, era obrigação do governo boliviano dar imediatamente o salvo-conduto para que o asilado diplomático se transformasse em exilado territorial no Brasil. Não era uma opção, era um dever.”

⁴⁶ HUGHES-GERBER, L. **Diplomatic Asylum on the Basis of Humanitarian Considerations**, 2021, p. 188.

Nonetheless, in practice, there is a trend of host States facilitating a safe-conduct, but often territorial States refuse a safe-conduct.⁴⁷ Concrete examples are 2009 Honduran President Manuel Zelaya asylum at the Brazilian embassy in Tegucigalpa. He was brought to Brazil without a safe-conduct, and Honduras filed a case against Brazil at the ICJ, which was later discontinued.⁴⁸ Another example is Bolivian Senator Roger Pinto, who received diplomatic asylum in the Brazilian Embassy in La Paz in 2012. He was also brought to Brazil without a safe-conduct which generated a diplomatic crisis.⁴⁹

6. URGENCY AS A REQUIREMENT FOR POLITICAL ASYLUM

Peru affirmed in its counter-claim that the grant of asylum violates article 2, paragraph 2 of the Havana Convention, since the case is not urgent. According to the Havana Convention, “Asylum may not be granted except in urgent cases and for the period of time strictly indispensable for the person who has sought asylum to ensure in some other way his safety.”⁵⁰

ICJ stated, in short, that the government of Colombia had the burden of proving urgency and emphasized that, when it granted asylum, three months had elapsed since the military rebellion. It further affirms “[...] it is inconceivable that the Havana Convention could have intended the term “urgent cases” to include the danger of regular prosecution [...]”⁵¹ and that Colombia did not prove the alleged danger of subordination of the Peruvian judicial authorities to the Executive power. Thus, it concludes

⁴⁷ HUGHES-GERBER, L. **Diplomatic Asylum on the Basis of Humanitarian Considerations**, 2021, p. 84.

⁴⁸ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Certain Questions concerning Diplomatic Relations (Honduras v Brazil)*, 28 October 2009. HUGHES-GERBER, L. **Diplomatic Asylum on the Basis of Humanitarian Considerations**, 2021, p. 78. “[...] following the election of new President Porfirio Lobo on 27 January 2010, a deal was negotiated under which Zelaya was permitted to leave the embassy to take up exile in the Dominican Republic.309 Proceedings before the ICJ were thus discontinued and the case removed from the list.”

⁴⁹ SANDY, M. **Diplomatic war erupts after Bolivian senator flees to Brazil**, 28 August 2013.

⁵⁰ ORGANIZATION OF AMERICAN STATES (OAS). *Havana Convention on Asylum*, 20 February 1928.

⁵¹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Asylum case (Colombia v. Peru)*. ICJ Reports 1950, p. 266 (p. 22)

“[...] there did not exist a danger constituting the case of urgency within the meaning of Article 2, paragraph 2, of the Havana convention.”⁵²

The contention over urgency was the most controversial part of the judgment since the lack of thereof was decided by ten votes to six.

Judge Badawi Pasha dissents from ICJ’s decision and states the term “urgent cases” shall be construed as to exclude asylum in cases of political normality and to allow it in times of political disturbance. “[...] this reference to “urgent cases” to exclude from asylum those cases in which it is granted following legal proceedings, instituted in normal circumstances and in the absence of revolutionary disturbances or of possible exceptional measures.”⁵³ He also recalls that there is an undeniable practice of successful revolutionaries to seek political opponents in times of political disturbance. In this context, “exceptional measures are usually adopted, but the general structure of the government remains intact.”⁵⁴ He further argues that the other persons charged with the rebellion of October 3 who, from the standpoint of urgency, were in the same situation as Haya de la Torre, received safe-conducts.⁵⁵

As judge Badawi Pasha, Judge Read also argues that term “urgent cases” must be interpreted to allow the grant of asylum to political offenders in times of political disturbance.⁵⁶ He further states that considering the history of revolution worldwide and at Latin America, the time-lapse of three months

⁵² INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Asylum case (Colombia v. Peru). ICJ Reports 1950, p. 266 (p. 24)

⁵³ Ibidem, p. 266. Dissenting Opinion by Judge Badawi Pasha. On p. 51 he argues that “These rules tend not to admit asylum in times of peace and order, but to grant it in times of revolution, euphemistically described in the Convention as ‘urgent cases’”.

⁵⁴ Ibidem, p. 266 (p. 42-43).

⁵⁵ Ibidem, p. 266. Dissenting Opinion by Judge Badawi Pasha, on p. 43: “In the absence of further proof, it is sufficient to recall what happened in connection with these same events of October 3. Independently of the degree of responsibility (a question which is entirely irrelevant to the validity of the asylum), all the refugees in the eight diplomatic missions, with the exception of Haya de la Torre, received safe-conducts, whereas from the point of view of the nature of offence with which they were charged, and from the point of view of urgency, they were all in the same situation.”

⁵⁶ Ibidem, p. 266. Dissenting Opinion by Judge Read on p. 60: “On the positive side the application of this test would strongly support and confirm an interpretation of the expression “urgent cases” as covering cases in which asylum was granted during a period of disturbed conditions following a revolution, and as excluding asylum during periods of political tranquility.”

is reasonable and does not exclude urgency.⁵⁷ He stresses that the ICJ's interpretation of urgent cases not only revises the Havana Convention but also threatens the very institution of diplomatic asylum.

It is unthinkable that, in using an ambiguous expression "urgent cases", they were intending to bring to an end an "American" institution, based on ninety years of tradition, and to prevent the grant of asylum to political offenders "in times of political disturbance." To apply such a construction would be to revise, and not to interpret the Havana Convention; a course which I am precluded from adopting by the rule laid down by this Court when it stated: "It is the duty of the Court to interpret the Treaties, not to revise them." "Interpretation of Peace Treatise (second phase), Advisory Opinion: ICJ. Reports 1950, p. 229."⁵⁸

While discussing the concept of urgency and Judges Read's and Badawi Pasha's opinion, the Report of the Secretary-General on the Question of Diplomatic Asylum of 1975 states:

There could be no doubt that the institution of asylum, which the Havana Conference had been seeking to regulate in 1928, was one in which asylum was freely granted to political offenders during periods of disturbed conditions following revolutions.⁵⁹

In his dissenting opinion, Judge Alvarez argues that, in the written reply, Colombia has demonstrated the danger faced by Haya de La Torre and that he was in a highly critical situation. As judge Badawi Pasha, Alvarez recalls that other participants of the revolutionary movement received asylum. "The fact that several foreign embassies and legations had granted asylum

⁵⁷ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Asylum case (Colombia v. Peru). ICJ Reports 1950, p. 266. Dissenting Opinion by Judge Read, on p. 67: "Further, the suggestion that 48 days or even three months was an unreasonably long time seems somewhat unrealistic to any person who possesses any knowledge of the history of revolutions, whether in Latin-America or in other parts of the world."

⁵⁸ Ibidem, p. 266 (p. 60).

⁵⁹ UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. **Question of Diplomatic Asylum**. Report of the Secretary-General, 22 September 1975.

in Peru to various persons who had participated in the same revolutionary movement as Haya de la Torre, further confirms this urgency.”⁶⁰

This paper disagrees with ICJ’s restrictive interpretation of the term “urgent cases.” It understands, aligned with judges Read and Badawi Pasha’s opinion, that urgency shall be construed to allow diplomatic asylum in times of political instability and prevent it in times of democratic normality. Furthermore, ICJ’s decision demonstrates a lack of consideration of the conditions “on the ground.” It disregards the political context of a dictatorship in Peru, that Haya de La Torre was a founder and leader of the APRA party and politically prosecuted for a long time. The democratic abnormality was such that state of siege was declared. As judge Badawi Pasha emphasized, exceptional measures are usually adopted in times of political disturbance, but the powers’ apparent legality and general structure remain complete. Considering that all other members of APRA that were in a similar situation received a safe-conduct, it is ungrounded to conclude that there was no urgency only concerning Haya de la Torre. Lastly, it is unreasonable to argue that a period of three months excludes urgency since political leaders must consider the party, its ideology, and which attitude might better serve the interests that it conveys; this might require a time-lapse.

FINAL CONSIDERATIONS

The main contributions to the international legal debate presented by the Asylum case and analyzed throughout this paper were: the right of unilateral qualification of an offense as a political one; the discussion over regional customary international law; the duty or not to issue a safe-conduct; what should be considered urgency for the purposes of diplomatic asylum.

⁶⁰ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Asylum case (Colombia v. Peru). ICJ Reports, 1950, p. 266. Dissenting opinion by Judge Alvarez, on p. 40. For a deeper understanding of Judge Alvarez’s viewpoint, a longer excerpt of the opinion was transcribed: “At the time at which Haya de la Torre requested asylum, he was in a most critical situation, and he was by no means in safety. In the written Reply, the Government of Colombia has explained the nature and magnitude of the danger which threatened Haya de la Torre. It is in the light of that situation that the diplomatic agent of Colombia decided to grant asylum. I consider that he was able to appreciate exactly, and better than anyone else, the urgency for such action. The fact that several foreign embassies and legations had granted asylum in Peru to various persons who had participated in the same revolutionary movement as Haya de la Torre, further confirms this urgency. Moreover, Peru has only recently invoked the absence of urgency.”

On the right of unilateral qualification of the offense, the ICJ decided that Colombia, as the State granting asylum, was not competent to qualify the offense unilaterally. This paper argues against ICJ's decision since it envisions that the right of unilateral qualification is essential to the institution of asylum. It is a fundamental measure to protect a refugee, who is politically prosecuted and unable to find protection in the territorial State. In times of political instabilities, the territorial State is not in a condition to impartially qualify its political opponents. Arguments of the doctrine and the dissenting opinions of Judges Azevedo and Castilla were presented to support this standpoint. The Caracas Convention on Diplomatic Asylum, was a reaction to the judgment and makes it possible that nowadays, for its parties, including Peru, diplomatic asylum, is grounded on unilateral qualification. We also fostered an initial reflection on the relation between the right of unilateral qualification of the offense and recent discussions on externalization⁶¹ and asylum. While the existing externalization debate questions the negative impacts on territorial asylum seekers of decisions taken outside the receiving State, we highlighted that an unexplored part of this discussion is that externalization inherent in the case of diplomatic asylum, and in this situation, positively impacts asylum seekers.

Regarding customary regional international law, the Asylum judgment is a leading case. Despite rejecting the presence of a customary Latin-American norm on unilateral qualification of the offense, it is the first precedent of an international court that recognizes the theoretical possibility of the existence of a regional custom. The court made an expansive interpretation of Article 38 of the Statute of the Court, which defines general international custom to encompass special custom. Moreover, the Asylum case also set standards for the recognition of a local custom. The court holds that the party that alleges a regional custom has the burden of proving that it is a duty binding on all parties involved, whereas, in general international customary law, it suffices to prove that most states consented. A recent Interamerican Court of Human Rights advisory opinion reiterated ICJ's

⁶¹ REFUGEE LAW INITIATIVE. Declaration on Externalisation and Asylum, 29 June 2022. "We understand 'externalisation' as the process of shifting functions that are normally undertaken by a State within its own territory so that they take place, in part or in whole, outside its territory. Such externalised functions might be implemented by a State unilaterally, jointly with other States and/or entities – including International Organisations (IOs) and private actors – or through partially or wholly delegating the functions to other States and/or entities."

requirements for regional custom stated in the Asylum case and also kept the conclusion of the inexistence of a regional norm on diplomatic asylum, which is grounded on treaties.⁶²

In the Asylum case, ICJ decided that Peru was not bound to issue a safe-conduct, arguing that according to article 2 of the Havana Convention,⁶³ there is only such an obligation if the territorial State requests the refugee to leave the country. If the State granting asylum makes the request, there is no duty to issue a safe-conduct. Nowadays, if there is a treaty on diplomatic asylum among the involved States, this paper claims that, in a Latin-American context, the territorial State is obliged to issue a safe-conduct. However, territorial States often refuse a safe-conduct.

The ICJ decided for the lack of the requisite of urgency, established by article 2, paragraph 2 of the Havana Convention, by ten votes to six. This was the most controversial point of ICJ's judgment. This paper presented a critique of ICJ's decision. It argued, aligned with judges Read and Badawi Pasha's dissenting opinions, that the term "urgency" shall be construed to allow diplomatic asylum in times of political instability and prevent it in times of democratic normality. The restrictive interpretation of urgency provided by the Court creates a new condition that threatens the very existence of diplomatic asylum. On the factual discussion, the paper argued that ICJ's reasoning demonstrated a lack of consideration of the situation "on the ground."

REFERENCES

BISHOP, W. Haya De La Torre Case (Colombia/Peru). **American Journal of International Law**, v. 45, n. 4, p. 781-788, 1951. doi: 10.2307/2194269.

BOCHARD, Edwin M. Declaratory Judgments in International Law. **The American Journal of International Law**, v. 29, n. 3, p. 488-492, jul. 1935. Available at: <http://www.jstor.org/stable/2190425>.

⁶² INTERAMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Advisory opinion OC-25/18 requested by Ecuador, 30 May 2018, p. 157-160.

⁶³ ORGANIZATION OF AMERICAN STATES (OAS). Havana Convention on Asylum, 20 February 1928. OAS, Treaty Series, No. 34 Article 2 Third: "The Government of the State may require that the refugee be sent out of the national territory within the shortest time possible; and the diplomatic agent of the country who has granted asylum may in turn require the guaranties necessary for the departure of the refugee with due regard to the inviolability of his person, from the country."

CANTOR, David; FEITH TAN, Nikolas; GKLIATI, Mariana; MAVROPOULOU, Elizabeth; ALLINSON, Kathryn; CHAKRABARTY, Sreetapa; GRUNDLER, Maja; HILLARY, Lynn; MCDONNELL, Emilie; MOODLEY, Riona; PHILLIPS, Stephen; PIJNENBURG, Annick; REYHANI, Adel-Naim; SOARES, Sophia; YACOU, Natasha. Externalisation, Access to Territorial Asylum, and International Law. **International Journal of Refugee Law**, v. 34, n. 1, p. 120-156, march 2022. Available at: <https://doi.org/10.1093/ijrl/eeac023>.

COHEN-JONATHAN, Gérard. La coutume locale. **Annuaire Français de Droit International**. Paris, CNRS Éditions, 1961, p. 119-140. Available at: https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1961_num_7_1_1080. Last visited: 7 jul. 2021.

D'AMATO, Anthony. Special Custom in International Law. **American Journal of International Law**, v. 63, p. 211-223, 1969.

ESSEN, J. L. F. van. Some Reflections on the Judgments of the International Court of Justice in the Asylum and Haya de la Torre Cases. **The International and Comparative Law Quarterly**, v. 1, n. 4, p. 533-539, oct. 1952.

FISCHEL DE ANDRADE, José H. Regional Refugee Regimes: Latin America. In: COSTELLO, Cathryn; FOSTER, Michelle; MCADAM, Jane (Eds.). **The Oxford Handbook of International Refugee Law**. Oxford Handbooks, 2021. Available at: <https://doi-org.prx.law.columbia.edu/10.1093/law/9780198848639.003.18>. Last visited: feb. 2023.

FOLHA DE S. PAULO, **Brasil autoriza asilo a 25 militares venezuelanos em embaixada**. 30 april 2019. Available at: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2019/04/brasil-autoriza-asilo-a-25-militares-venezuelanos-em-embaixada.shtml>. Last visited: 13 feb. 2023.

GANAN, Alexandre de Brites Figueiredo; PINTO, Luiz Fernando Sanná. Pátria Grande, Indo-América: a integração da América Latina na obra de Haya de la Torre. **Cadernos PROLAM/USP**, Ano 11, v. 1, p. 72-84, 2012.

GARCIA-BRYCE, Peru Iñigo. A Revolution Remembered, a Revolution Forgotten: The 1932 Aprista Insurrection in Trujillo. **New Mexico State University**, v. 7, n. 3, p. 277-322, Spring 2010. Available at: www.ncsu.edu/project/acontracorriente. Last visited: 10 apr. 2018.

HELLEINER, Eric; ANTULIO, Rosales. Toward Global IPE: The Overlooked Significance of the Haya-Mariategui Debate. **International Studies Review**, 17 jul. 2017. doi: 10.1093/isr/vix034.

HUGHES-GERBER, Laura. Diplomatic Asylum on the Basis of Humanitarian Considerations. In: Idem. **Diplomatic Asylum**. Cham: Springer, 2021. Available at: https://doi.org/10.1007/978-3-030-73046-8_6.

INTERAMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Advisory opinion OC-25/18 requested by Equator. 30 may 2018.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Asylum case (Colombia v. Peru). ICJ Reports, 1950, p. 266.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Asylum case (Colombia v. Peru). ICJ Reports, 1950, p. 266. Dissenting Opinion by Judge Azevedo.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Asylum case (Colombia v. Peru). ICJ Reports, 1950, p. 266. Dissenting opinion by Judge M. Caicedo Castilla.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Asylum case (Colombia v. Peru). ICJ Reports, 1950, p. 266. Dissenting Opinion by Judge Badawi Pasha.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Asylum case (Colombia v. Peru). ICJ Reports, 1950, p. 266. Dissenting Opinion by Judge Read.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Asylum case (Colombia v. Peru). ICJ Reports 1950, p. 266. Dissenting Opinion by Judge Alvarez.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Case Concerning the Rights of Nationals of the United States of America in Morocco. ICJ Reports, 1952.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Case Concerning Right of Passage Over Indian Territory (Portugal v. India). ICJ Reports, 1960.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Certain Questions concerning Diplomatic Relations (Honduras v Brazil). Application Instituting Proceedings by the Republic of Honduras against the Federative Republic of Brazil, 28 October 2009.

LÉLLIS, Leonardo. Ritmo de progresso do Mercosul é devagar como previsto. **Consultor Jurídico**, 15 nov. 2014. Available at: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-15/entrevista-francisco-rezek-ex-ministro-relacoes-exteriores>. Accessed: 1 jul. 2021.

McINTYRE, Juliette. Declaratory Judgments of the International Court of Justice. **Hague Yearbook of International Law**, 2012.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES (OAS). **Convention on Diplomatic Asylum**. Treaty Series, n. 18, 28 March 1954.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES (OAS). **Treaty on International Penal Law** (adopted 19 March 1940). OAS Official Records, OEA/Ser.X/1, Treaty Series, n. 34.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES (OAS). Treaty on Political Asylum and Refuge (adopted 4 August 1939). OAS Official Records, OEA/Ser.X/1, Treaty Series, n. 34.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES (OAS). Convention on Political Asylum, 26 December 1933. OAS Official Records, OEA/Ser.X/I, Treaty Series, n. 34.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES (OAS). Havana Convention on Asylum, 20 February 1928. OAS Official Records, OEA/Ser.X/I, Treaty Series, n. 34.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES (OAS). Treaty on International Penal Law, 23 January 1889. OAS Official Records, OEA/Ser.X/7, Treaty Series, n. 34.

PAYNE, James. Peru: The Politics of Structured Violence. **The Journal of Politics**, v. 27, n. 2, may 1965, p. 362-374. Available at: <https://doi.org/10.2307/2128078>.

REFUGEE LAW INITIATIVE. Declaration on Externalisation and Asylum. 29 June 2022. Available at: https://rli.sas.ac.uk/sites/default/files/files/RLI%20Declaration_Externalisation_2022.pdf. Last visited: 13 Feb. 2023.

SANDY, Matt. Diplomatic war erupts after Bolivian senator flees to Brazil. **The Independent**, 28 August 2013. Available at: <https://www.independent.co.uk/news/world/americas/diplomatic-war-erupts-after-bolivian-senator-flees-to-brazil-8785183.html>.

SHAWN, Malcolm N. **International Law**. Cambridge University Press, 6th ed., 2008.

SHELTON, Dinah L. Form, Function, and the Powers of International Courts. **The Chinese Journal of International Law**, 537, 2009. Available at: https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2053&context=faculty_publications.

TAMS, Christian. **The Development of International Law by the International Court of Justice**. 2017. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3086269>. Last visited: 2 Jul. 2021.

UNITED NATIONS. **Statute of the International Court of Justice**, 18 April 1946. Available at: <http://www.refworld.org/docid/3deb4b9c0.html>. Accessed: 12 July 2018.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. **Question of Diplomatic Asylum**. Report of the Secretary-General. General Assembly, 22 September 1975, Thirtieth session. Available at: <http://www.unhcr.org/protection/historical/3ae68bf10/question-diplomatic-asylum-report-secretary-general.html>. Last visited: 2 Jul. 2021.

VARK, Rene. **Diplomatic asylum: Theory, Practice and the Case of Julian Assange**. Sisekaitseakadeemia Toimetised, 2012.

**EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS:
O ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE PESSOAS
POR MEIO DAS COMPRAS E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

*BUSINESS AND HUMAN RIGHTS: COMBATING HUMAN TRAFFICKING
THROUGH PUBLIC PROCUREMENT AND CONTRACTING*

*Vivian Netto Machado Santarém
(Mestra em Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo; Defensora Pública Federal)
vivian.santarem@dpu.def.br*

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar como o Estado pode promover o enfrentamento estratégico ao tráfico de pessoas nas cadeias globais de suprimentos das empresas transnacionais por meio das políticas de compras e contratações públicas. Para tanto, propõe refletir, inicialmente, sobre a relação entre a atividade empresarial transnacional e o tráfico de pessoas, com destaque para o trabalho escravo contemporâneo nas cadeias globais de suprimentos. Em seguida, busca-se demonstrar a importância da atuação do Estado brasileiro na regulação da economia e na promoção dos direitos humanos, analisando-se a eficácia das estratégias antitráfico inseridas nas políticas de compras e contratações públicas. A metodologia de estudo se baseia na abordagem qualitativa, pelo método dedutivo, através da pesquisa bibliográfica e documental com análise de fontes normativas.

Palavras-chave: Empresas. Direitos humanos. Tráfico de pessoas. Contratações públicas.

ABSTRACT

This article aims to analyze how the state can promote the strategic fight against human trafficking in the global supply chains of transnational companies through public procurement and contracting policies. To this

end, it proposes to reflect, initially, on the relationship between transnational business activity and human trafficking, especially contemporary slave labor in global supply chains. Next, we seek to demonstrate the importance of the Brazilian State's role in regulating the economy, analyzing the effectiveness of the anti-trafficking strategies inserted in public procurement and contracting policies. The methodology of the study is based on the qualitative approach, by the deductive method, through bibliographic and documental research with analysis of normative sources.

Keywords: Business. Human rights. Trafficking in persons. Public Contracting.

Data de submissão: 10/03/2022

Data de aceitação: 25/11/2022

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS CONTRA VIOLAÇÕES PERPETRADAS PELAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS. 2. RELAÇÕES ENTRE TRÁFICO DE PESSOAS, TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO E EMPRESAS. 2.1 A precarização do trabalho nas cadeias globais de suprimentos. 3. O ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE PESSOAS PARA O TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO POR MEIO DAS COMPRAS E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

A expansão da política econômica neoliberal na década de 1990, impulsionada pelo processo de globalização da economia no mundo pós-Guerra Fria, culminou na emergência das empresas transnacionais como atores estratégicos das relações internacionais. O desenvolvimento de novas tecnologias de informação e a facilitação do transporte de bens e serviços possibilitaram que grandes corporações passassem a exercer atividades por

meio de redes de produção transnacionais, operando em diversos países de forma interdependente e conectada.¹

A globalização corporativa tornou-se, assim, responsável por conferir a esses agentes privados poderio econômico, político e social em todo o mundo. Nos dias atuais, as entidades transnacionais representam em torno de 70% das maiores economias mundiais, sendo que algumas delas possuem faturamento anual superior ao PIB de países inteiros.²

Nessa nova conjuntura econômica, a fragmentação das cadeias de suprimentos deslocaliza a atuação das empresas para os países em desenvolvimento.³ Nessas localidades, as empresas transnacionais são atraídas pela flexibilização da legislação trabalhista e por um ambiente regulatório inexistente ou deficiente, fatores que, por um lado, viabilizam a maximização dos lucros, mas, por outro, favorecem abusos e violações aos direitos humanos. Dentre as principais violações detectadas, destaca-se o tráfico de pessoas para o trabalho escravo contemporâneo.

O tráfico de pessoas para a exploração do trabalho em condições análogas à escravidão é considerado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) uma forma de escravidão contemporânea⁴, configurando grave violação aos direitos humanos. Na relação com as empresas transnacionais, associa-se fundamentalmente à precarização das relações trabalhistas nas cadeias globais de suprimentos.⁵

Em que pese essa realidade, a responsabilização civil das empresas transnacionais ainda envolve a superação de desafios para a comunidade internacional, tendo em vista a ausência de um tratado vinculante sobre a matéria e a prevalência do paradigma estatocêntrico no campo do acesso à jurisdição internacional.⁶

¹ RUGGIE, J. G. **Quando negócios são apenas negócios**: as corporações multinacionais e os direitos humanos, 2014.

² PAMPLONA, D. **Empresas e direitos humanos**: uma introdução, 2021.

³ PASSOS, R. M. **Tráfico de pessoas**: o enfrentamento por Estados e empresas, 2020, p. 97.

⁴ INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION (ILO). **Global estimates of modern slavery: forced labour and forced marriage**, 2017.

⁵ SEVERO, F. G. **O trabalho escravo na acumulação capitalista moderna**, 2017, p. 254.

⁶ PASSOS, op. cit., p. 96.

Desse modo, reforça-se o papel estratégico do Estado como ator econômico, no sentido de promover, por meio de políticas públicas, uma cultura corporativa de proteção dos direitos humanos contra violações perpetradas por empresas, sobretudo no que tange à prática de tráfico de pessoas para o trabalho escravo contemporâneo em seus territórios.

Assim, o presente artigo busca responder à seguinte indagação: qual é a eficácia da política brasileira de compras e contratações públicas enquanto estratégia de enfrentamento ao tráfico de pessoas para o trabalho escravo contemporâneo nas cadeias globais de suprimentos das empresas transnacionais?

Para consecução do objetivo de trabalho, propõe-se refletir, inicialmente, sobre a relação entre a atividade empresarial transnacional e o tráfico de pessoas, com destaque para o trabalho escravo contemporâneo nas cadeias globais de suprimentos. Em seguida, busca-se demonstrar a importância da atuação estatal na regulação da economia para promoção dos direitos humanos, analisando-se as estratégias antitráfico inseridas nas políticas de compras e contratações públicas do Estado brasileiro. A metodologia de estudo se baseia na abordagem qualitativa, pelo método dedutivo, através da pesquisa bibliográfica e documental com análise de fontes normativas.

1. A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS CONTRA VIOLAÇÕES PERPETRADAS PELAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS

Com o fim da Guerra Fria e o triunfo do capitalismo nos anos 1990, a doutrina política e econômica neoliberal avançou em todo o mundo, expandindo seus ideais de livre mercado e não intervenção estatal.⁷ Nesse cenário de transformações políticas, econômicas e sociais, as inovações tecnológicas e a globalização econômica impulsionam a atuação estratégica das empresas transnacionais nos países em desenvolvimento, sob a promessa de concessão de investimentos necessários em infraestrutura básica e desenvolvimento econômico e social. No entanto, essa promessa de desenvolvimento, em muitos casos, concretiza-se à custa de exploração de vidas humanas.

⁷ ANDERSON, P. **Balanco do neoliberalismo**, 1995, p. 9-23.

Não são raros os exemplos que demonstram que grandes empreendimentos se instalam sob a promessa de gerar melhorias das condições de vida à população, porém, acabam por se concretizar impingindo graves violações ao meio ambiente, à saúde, ao trabalho digno, à moradia, à segurança alimentar e a outros direitos humanos fundamentais.⁸ Isso ocorre porque, nos Estados periféricos, o condicionamento de investimentos aos interesses do capital tem o condão de direcionar políticas sociais, impondo-se significativa relativização à soberania estatal e o enfraquecimento dos direitos sociais. Essa dinâmica de atuação empresarial demonstra o poder de influência das empresas transnacionais não só na economia, mas também na vida política e social de determinada sociedade.

Dessa forma, exsurge a necessidade de responsabilização das empresas transnacionais pelas violações aos direitos humanos que decorrem da atividade econômica, incluindo-se as práticas violadoras detectadas em suas cadeias globais de suprimentos. Em vista dessa realidade, nas últimas décadas, iniciou-se um movimento destinado a elaborar mecanismos de regulação do impacto da atividade empresarial sobre os direitos humanos, tendo em vista que o tradicional paradigma estatocêntrico de violações, no que se relaciona à responsabilização internacional, apresentou-se ultrapassado ante as novas relações promovidas pelo processo de globalização.

Nesse contexto, algumas iniciativas de *soft law* foram produzidas, merecendo destaque as Diretrizes da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico (OCDE) para as Empresas Multinacionais de 1976⁹; a Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social da Organização do Trabalho (OIT) de 1977¹⁰; e os Princípios Orientadores da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre Empresas e Direitos

⁸ Inúmeros são os exemplos de violações que podem ser invocados para retratar a realidade nessa temática, tais como deslocamentos forçados de comunidade tradicionais para implementação de grandes obras de infraestrutura; extração ilegal de minério em territórios pertencentes à população indígena; contaminação de águas de rios afetando a economia de subsistência de comunidades tradicionais; trabalho análogo ao de escravo nas cadeias de produção da indústria têxtil etc. A respeito, vide: OLSEN, A.; PAMPLONA, D. **Violações a direitos humanos por empresas transnacionais na América Latina**, 2019.

⁹ Atual edição disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/camex/pcn/diretrizes-da-ocde-para-empresas-multinacionais#:~:text=As%20Diretrizes%20s%C3%A3o%20recomenda%C3%A7%C3%B5es%20conjuntamente,e%20n%C3%A3o%20%C3%A9%20legalmente%20exig%C3%ADvel>.

¹⁰ Atual edição disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---multi/documents/publication/wcms_211136.pdf.

Humanos, adotados pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, por meio da Resolução 17/4, em 2011. No presente trabalho, faz-se breve referência aos Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos, por se tratar do principal instrumento global sobre o assunto.¹¹

Os Princípios Orientadores são considerados regras de *soft law* em Direito internacional, o que implica reconhecer a inexistência de obrigatoriedade ou de vinculação jurídica às empresas. No entanto, em que pese a voluntariedade, os princípios têm servido de referência para orientar a implementação de políticas públicas, legislações regionais e nacionais, instituir padrões de certificações, autorregulação do mercado e inspirar ações de responsabilidade social empresarial em todo o mundo.¹²

Em relação ao seu conteúdo, são 31 princípios estruturados em três pilares. O primeiro pilar diz respeito ao dever do Estado de proteger os direitos humanos contra abusos perpetrados por terceiros, inclusive empresas; o segundo dispõe sobre a responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos; e o terceiro pilar refere-se aos mecanismos para reparação das vítimas nos casos em que os direitos humanos são violados.

Dentre as principais contribuições para o tema da responsabilidade empresarial, ressalta-se a ideia de devida diligência em direitos humanos, que exige que Estados e empresas identifiquem, previnam, mitiguem e prestem contas de como lidam com os impactos adversos da atividade empresarial na sociedade.¹³ Importa ressaltar que, de acordo com John Ruggie¹⁴, a devida diligência em direitos humanos não deve se limitar a prever riscos suportados pela própria empresa, englobando também os riscos enfrentados por terceiros em decorrência da atividade econômica empresarial, de forma a garantir a proteção e reparação efetiva contra eventuais danos. Além disso, para o referido autor, o dever de devida diligência não se aplica apenas à empresa principal, abrangendo as relações comerciais envolvidas nos negócios, como, por exemplo, a respectiva cadeia de fornecedores.

¹¹ RUGGIE, J. G. **Quando negócios são apenas negócios**: as corporações multinacionais e os direitos humanos, 2014.

¹² PAMPLONA, D. **Empresas e direitos humanos**: uma introdução, 2021.

¹³ Idem. **Empresas e direitos humanos**. Parte 2: dever de respeitar, 2021.

¹⁴ RUGGIE, op. cit., 2014.

Outrossim, passados 10 anos desde a adoção dos Princípios Orientadores da ONU, em uma tentativa de avaliação de seu impacto na atividade empresarial, pode-se afirmar que, na atualidade, nenhuma grande empresa encontra-se alheia ao seu conteúdo ético, consubstanciado no dever de proteção dos direitos humanos.¹⁵ Porém, a implementação dos princípios orientadores não vem sendo efetivada de forma igual em todas as partes do mundo e, sobretudo em países em desenvolvimento, ainda se revela incipiente.¹⁶

Dessa forma, o Direito Internacional dos Direitos Humanos se depara com o desafio de incluir esses atores econômicos privados como sujeitos formais de obrigações perante a ordem internacional. No entanto, alguns óbices se impõem nesse caminho. O primeiro deles diz respeito à inexistência de um tratado internacional que vincule diretamente as empresas aos direitos humanos.¹⁷ Em segundo lugar, o acesso à jurisdição internacional ainda apresenta um viés predominantemente estatocêntrico, de modo que as empresas não se submetem a sanções diretas pelas Cortes internacionais.¹⁸

Por essa razão, diante da ausência de imperatividade no âmbito internacional, a responsabilização pela violação aos direitos humanos decorrente da atividade empresarial ainda depende da atuação dos Estados em seus territórios, o que se perfaz, entre outros meios, mediante intervenção na ordem econômica e fomento de uma cultura corporativa de absoluto respeito aos direitos humanos.

¹⁵ O Conselho de Direitos Humanos da ONU criou, em 2011, por meio da Resolução 17/4, o Grupo de Trabalho sobre Direitos Humanos, Empresas Transnacionais e Outras Empresas, com o objetivo de fomentar a implementação dos princípios orientadores pelos Estados. O referido grupo de trabalho visitou o Brasil em 2015, após a tragédia do rompimento das barragens de Brumadinho e Mariana/MG, tendo elaborado relatório com diversas recomendações ao Brasil. Para acesso ao relatório completo, vide: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/096/43/PDF/G1609643.pdf?OpenElement>.

¹⁶ PAMPLONA, D. **Empresas e direitos humanos**: uma introdução, 2021.

¹⁷ Um segundo Grupo de Trabalho foi criado no âmbito do Conselho de Direitos Humanos da ONU, por meio da Resolução 26/9, de 2014, com o objetivo de elaborar um tratado internacional sobre o tema Empresas e Direitos Humanos. No entanto, apesar da evolução de anos de discussão, e até o momento, ainda não se chegou a um consenso sobre o conteúdo final de um instrumento jurídico vinculante. A respeito, vide: BENEDETTI, J. C. **Empresas e direitos humanos nas Nações Unidas**: rumo a um tratado?, 2018, p. 19-37.

¹⁸ FACHIN, M. (et al.). **Ponto cego do direito internacional dos direitos humanos**: uma superação do paradigma estatocêntrico e a responsabilidade internacional de empresas violadoras de direitos humanos, 2016, p. 13.

Nessa ordem de ideias, passa-se a analisar como o Estado pode promover o enfrentamento ao tráfico de pessoas nas cadeias globais de suprimentos das empresas transnacionais por meio das compras e contratações públicas. Antes, porém, faz-se mister compreender como relações de trabalho precarizadas se inserem no contexto da fragmentação das cadeias de produção das empresas e propiciam ambiente favorável ao tráfico de pessoas para o trabalho escravo contemporâneo.

2. RELAÇÕES ENTRE TRÁFICO DE PESSOAS, TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO E EMPRESAS

O tráfico de pessoas constitui atividade ilícita em âmbito nacional e global, além de grave violação aos direitos humanos. O fenômeno é complexo e dinâmico, possuindo raízes em fatores de ordem política, socioeconômica e cultural.

A definição de tráfico de pessoas é dada no âmbito internacional pelo Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, conhecido como Protocolo de Palermo. O referido instrumento define, em seu artigo 3º, o tráfico transnacional de seres humanos como:

[...] o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos.

No plano interno, a Lei 13.344, de 6 de outubro de 2016, introduziu o artigo 149-A ao Código Penal Brasileiro e tipificou a conduta de tráfico de pessoas, definindo-o como a prática de:

[...] agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo; submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo; submetê-la a qualquer tipo de servidão; adoção ilegal e exploração sexual.

Como se percebe, tanto o Protocolo de Palermo como a lei penal brasileira preveem o trabalho escravo contemporâneo como uma das modalidades do tráfico de pessoas, evidenciando-se a relação entre ambos sempre que a submissão de alguém ao trabalho em condições análogas às de escravo ocorrer mediante uma das ações e meios previstos pelas normas referenciadas.

No que se refere à definição de trabalho escravo contemporâneo, no plano internacional, merece destaque a Convenção 29 da OIT¹⁹, promulgada no Brasil pelo Decreto 41.721, de 25 de junho de 1957, e considerada o marco normativo global sobre a matéria.²⁰ A referida convenção define a escravidão contemporânea sob a terminologia de “trabalho forçado ou obrigatório” (artigo 2º, 1), significando “todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente”, sendo admitido o trabalho forçado ou obrigatório para fins públicos em situações específicas que elenca expressamente (artigo 2º, 2).

Em 2014, a OIT adotou o Protocolo de 2014 relativo à Convenção 29, o qual, além de reconhecer a relação entre tráfico de pessoas e trabalho escravo, expressamente enfatiza a necessidade de se promover assistência e reparação efetiva às pessoas vitimizadas, além de medidas de prevenção no campo da educação, como forma de reduzir vulnerabilidades à captura pelos perpetradores.

No âmbito regional americano, invocando expressamente a aplicação do Protocolo de Palermo ao sistema regional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) condenou o Brasil pela existência de trabalho escravo

¹⁹ A Convenção 29 foi complementada pela Convenção 105, que estatui a proibição do trabalho forçado como forma de sanção ou mecanismo de coerção. O Brasil promulgou a Convenção 105 por meio do Decreto n. 58.822, de 14 de julho de 1966.

²⁰ SEVERO, F. G. **Trabalho escravo urbano contemporâneo no Brasil: análise dos mecanismos de repressão e prevenção para a efetivação de direitos humanos**, 2017.

contemporâneo em seu território, consoante o Caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *versus* Brasil. Da análise do julgamento em referência, depreende-se que a condenação do Brasil pela Corte Interamericana não ocorreu por ação do Estado, tendo em vista que a submissão dos trabalhadores à condição análoga à de escravo foi perpetrada por particulares. No entanto, a CIDH reconheceu que a escravidão de trabalhadores no meio rural no Brasil decorre de uma discriminação estrutural histórica em razão da posição econômica (pobreza, desigualdade social e exclusão) e que o Estado brasileiro se omitiu em eliminar as causas sistêmicas de opressão, o que deu ensejo à responsabilização internacional.²¹

No Direito interno, o conteúdo do trabalho escravo contemporâneo está estatuído no artigo 149 do Código Penal Brasileiro, que prevê a conduta típica de submeter alguém à condição análoga à de escravo, assim consideradas as práticas que envolvem o cerceamento de liberdade, ou a servidão por dívida, ou condições degradantes de trabalho e/ou jornadas exaustivas.²²

Assim como a escravidão colonial e a do império, a escravidão contemporânea se caracteriza pela coisificação do ser humano, violando a dignidade da pessoa humana, a democracia e os valores essenciais do constitucionalismo moderno. No entanto, ao contrário do que ocorria durante a vigência do sistema escravista brasileiro, a escravidão contemporânea não tem como traço fundamental a subjugação de determinados grupos ou pessoas em razão da origem, cor ou da etnia, mas sim em função da situação de vulnerabilidade humana.

De fato, o conceito de trabalho escravo contemporâneo não se limita ao trabalho forçado da perspectiva de restrição da liberdade física de locomoção dos trabalhadores. A interpretação sistemática e evolutiva das normas sobre escravidão contemporânea implica a compreensão da prática como aviltante à dignidade da pessoa humana, indo além da ofensa à liberdade física de locomoção.

²¹ A respeito, vide: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil**. Sentença de 20 de outubro de 2016, parágrafos 336-338.

²² A despeito das divergências terminológicas entre a definição internacional e nacional, e considerando os limites impostos pelo objeto de estudo, o presente trabalho adota as expressões “trabalho escravo contemporâneo”, “trabalho em condições análogas a de escravo” e “trabalho forçado ou obrigatório” como sinônimas.

Assim, a definição de trabalho escravo contemporâneo engloba outras situações que envolvem violações à dignidade da pessoa humana e que comprometem a própria autonomia da vontade da pessoa vitimizada, considerada da perspectiva de exercício da cidadania e, adotando-se a concepção de Amartya Sen, da efetividade de capacidades básicas.²³ É a situação de vulnerabilidade socioeconômica das pessoas traficadas que constitui o traço marcante desse tipo de violação, e é dessa perspectiva que deve ser analisada a relação entre o tráfico de pessoas para o trabalho escravo contemporâneo e as cadeias globais de suprimentos das empresas transnacionais.

Com efeito, fatores como pobreza e desigualdade social contribuem para o aumento da vulnerabilidade dos trabalhadores e trabalhadoras a diversas formas de exploração por meio da atividade econômica. Vale ainda pontuar que, na América Latina, casos graves de violações aos direitos humanos praticadas pelas empresas transnacionais apresentam-se associados a práticas culturais de exploração econômica de pessoas e grupos vulnerabilizados pelos processos históricos de opressão.²⁴

Dessa forma, o trabalho escravo contemporâneo “passou a ser compreendido não como resquício de formas arcaicas de exploração que resistiram ao avanço da modernidade, mas como instrumento adotado por empreendimentos para garantir lucro fácil e competitividade em uma economia cada vez mais globalizada”²⁵, valendo-se principalmente da situação de vulnerabilidade socioeconômica de pessoas e grupos oprimidos para alcançar o seu objetivo.

Nesse contexto, faz-se mister compreender como o tráfico de pessoas para o trabalho escravo contemporâneo se relaciona com as cadeias globais de suprimentos das empresas transnacionais.

2.1 A precarização do trabalho nas cadeias globais de suprimentos

Na era da globalização e das inovações tecnológicas, as corporações multinacionais atuam mediante cadeias globais de suprimentos,

²³ SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade**, 2010.

²⁴ CARDIA, A. C. R.; FERREIRA, L. V. **Direitos Humanos e Empresas: lições para a implementação do tema pelo Estado brasileiro**, 2018, p. 190.

²⁵ SAKAMOTO, L. **Introdução**, 2020.

interconectadas e compostas por entidades vinculadas, direta ou indiretamente, à empresa tomadora principal. O modo de produção implementado por essas companhias reorganiza a economia global, alterando padrões de investimentos, produção e impactando o meio ambiente e as relações de trabalho.²⁶

O modelo de produção transnacional se estrutura na fragmentação das cadeias de suprimentos, transferindo para empresas intermediárias, subsidiárias e/ou contratadas partes do processo produtivo e, muitas vezes, a execução da atividade-fim. A respeito da atuação das empresas transnacionais no mundo globalizado, afirma Danielle Pamplona:

Elas [as empresas transnacionais] se beneficiam por meio do *outsourcing* em países que não apresentam condições de garantir a segurança física e psicológica de seus cidadãos, com legislações trabalhista e ambiental bastante frágil. A força destas corporações para geração de emprego e melhora das condições de vida dos cidadãos é inegável e as possibilidades de as frágeis estruturas estatais implementarem legislações que garantam segurança de trabalho e remuneração adequada são pequenas. Assim, desenvolve-se a ideia de que as grandes corporações deveriam ser responsáveis pelo respeito aos direitos humanos também em sua cadeia de produção.²⁷

Para melhor compreender a dinâmica de atuação mencionada, importa conhecer a definição dada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT)²⁸ sobre as cadeias globais de suprimentos (CGS). De acordo com a OIT, as CGS tratam de “relações de oferta e procura que resultam da fragmentação da produção além das fronteiras, onde as diferentes tarefas de um processo de produção são realizadas em dois ou mais países”.²⁹ Na ordem contemporânea, estima-se que as cadeias globais de suprimentos das empresas multinacionais integram aproximadamente 80% do comércio mundial³⁰, o que denota a capacidade de influência dessa realidade sobre as relações trabalhistas e o meio ambiente social e do trabalho.

²⁶ CASTELLS, M. **A sociedade em rede**, 1999, p. 162-163.

²⁷ PAMPLONA, D. **Empresas e direitos humanos: uma introdução**, 2021.

²⁸ INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION. **ILO Research Paper nº 14**, 2016.

²⁹ Em tradução livre do original: “[...] *demand-supply relationships that arise from the fragmentation of production across borders, where different tasks of a production process are performed in two or more countries*”.

³⁰ INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION, op. cit., 2016.

Nos países em desenvolvimento, o modelo de produção global fragmentado se beneficia da mão de obra barata, flexível e competitiva, interagindo com um contexto regulatório no qual os direitos trabalhistas não são protegidos adequadamente.³¹ A busca pela maximização dos lucros ao menor custo dita a lógica do sistema, isto é, maior será o lucro se menor for a responsabilidade pelos direitos trabalhistas das pessoas envolvidas no processo de produção. Dessa forma, pessoas e grupos em situação de vulnerabilidade socioeconômica estão mais expostos a riscos, submetendo-se muitas vezes a diversas formas de exploração em busca do mínimo existencial.

No intuito de aumentar os lucros e a competitividade no mercado, algumas empresas praticam, inclusive, o que se convencionou chamar de *dumping* social. O *dumping* social ocorre quando uma empresa utiliza de mão de obra escrava, em prejuízo de direitos fundamentais dos trabalhadores, com o objetivo de aumentar os lucros, suprimir tributos, submeter bens e serviços no mercado abaixo do custo e promover concorrência desleal. De acordo com Enoque Ribeiro dos Santos, o *dumping* social caracteriza:

[...] uma prática de gestão empresarial antijurídica, moldada pela concorrência desleal e ausência de boa-fé objetiva, que busca primacialmente a conquista de fatias de mercado para produtos e serviços, seja no mercado nacional ou internacional, provocando prejuízos não apenas aos trabalhadores hipossuficientes contratados em condições irregulares, com sonegação a direitos trabalhistas e previdenciários, bem como às demais empresas do setor.³²

A partir do que foi exposto, conclui-se que o tráfico de pessoas para o trabalho escravo contemporâneo não revela um fenômeno isolado ou dissociado da realidade, mas, ao contrário, representa uma manifestação das relações trabalhistas que decorre do modelo de produção das empresas transnacionais, estruturado na pulverização das cadeias globais de suprimentos, na desregulamentação do mercado e na flexibilização das legislações trabalhistas nos Estados periféricos.

³¹ MCGRATH, S.; MIERES, F. **Trabalho escravo contemporâneo: um negócio lucrativo global**, 2020, p. 137.

³² SANTOS, E. R. dos. **O *dumping* social nas relações de trabalho: formas de combate**, 2015.

Desse modo, sugere-se a intervenção do Estado na ordem econômica como estratégia de enfrentamento ao tráfico de pessoas para o trabalho escravo relacionado à atuação das empresas transnacionais. Nessa linha de pensamento, surge a ideia de fortalecimento das medidas de prevenção e reparação contra o tráfico de pessoas por meio de compras e contratações públicas, acolhida como mecanismo de regulação das relações de trabalho nas cadeias de suprimentos das empresas em prol da efetivação dos direitos humanos.

3. O ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE PESSOAS PARA O TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO POR MEIO DAS COMPRAS E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

A obrigação estatal de proteção dos direitos humanos contra violações perpetradas pelas empresas transnacionais impõe a superação da visão ultraliberal de mercado livre para se reforçar a necessidade de regulação em prol da justiça social.³³ Nesse sentido, invoca-se a Agenda 2030 dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável para um desenvolvimento sustentável também do ponto de vista ético, social e inclusivo. Destaque para o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) 8³⁴ sobre Trabalho Decente e Crescimento Econômico, cuja meta 8.7 estabelece como obrigação dos Estados “tomar medidas imediatas e eficazes para erradicar o trabalho forçado, acabar com a escravidão moderna e o tráfico de pessoas, e assegurar a proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil até 2025”. Ademais, tratando especificamente da matéria, o Princípio Orientador da ONU n. 6 determina que “Os Estados devem promover o respeito aos direitos humanos por parte das empresas com as quais realizam transações comerciais”.

No Direito brasileiro, a obrigação estatal de promoção do desenvolvimento econômico ético e sustentável encontra respaldo no artigo 170 da Constituição da República de 1988, que enfatiza que a ordem econômica brasileira se funda na valorização do trabalho, da liberdade e da vida digna para todos, devendo o exercício da atividade econômica observar os ditames

³³ PAMPLONA, D. **Empresas e direitos humanos**: uma introdução, 2021.

³⁴ Objetivo 8. Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todas e todos.

da justiça social.³⁵ O Estado passa, assim, a ter uma função de macroagente do desenvolvimento econômico sustentável, com obrigação de promover práticas empresariais que contribuam não só para a higidez da economia local através da criação de empregos e do pagamento de tributos, mas que garantam também a preservação do meio ambiente saudável e dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais.³⁶

Nessa ordem de ideais, depreende-se que, por meio de políticas públicas de compras e contratações, o Estado detém a oportunidade de fomentar uma cultura corporativa de respeito absoluto aos direitos humanos, bem como de impor a adoção de devida diligência em toda a cadeia de suprimentos, o que significa que a empresa tomadora tem o dever de identificar, prevenir e monitorar violações de direitos humanos ao longo do processo de produção transnacional de bens e serviços.³⁷

Apenas para citar alguns exemplos, por meio de contratos públicos, pode-se implementar relatórios obrigatórios e periódicos de medidas de prevenção ao tráfico de pessoas para o trabalho escravo contemporâneo e ao trabalho infantil; exigir a adoção de mecanismos de monitoramento contra a exploração de trabalhadores em toda a cadeia produtiva; incentivar a realização de auditorias periódicas sobre as cadeias de suprimentos, no intuito de fiscalizar o meio ambiente do trabalho e a observância dos direitos trabalhistas; promover políticas de recrutamento responsável e ações de inclusão social das perspectivas de raça e gênero. Além disso, a concessão de crédito ou investimentos públicos, tão importantes para alguns setores, pode ficar condicionada à observância de padrões mínimos de preservação dos direitos humanos em toda a cadeia de produção, não se limitando aos fornecedores diretos.

Pois bem. Feitas essas considerações, é importante refletir sobre como o Estado brasileiro vem atuando nessa temática e se os mecanismos atualmente disponíveis são eficazes no que tange ao enfrentamento ao tráfico de pessoas relacionado à atividade econômica. No âmbito normativo, o Brasil aderiu aos Princípios Orientadores da ONU sobre empresas e direitos

³⁵ MARSHALL, C. I. F. C. **Perfil da empresa no século XXI: interface entre atuação estatal e os agentes econômicos**, 2020.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ U.S. DEPARTMENT OF STATE. **Strengthening Protections Against Trafficking in Persons in Public Procurement**, s/d.

humanos e editou o Decreto 9.571, de 21 de novembro de 2018, que estabelece Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos. O decreto descreve as condutas que se espera sejam adotadas pelas empresas, além de inserir no ordenamento jurídico nacional o que o Estado pode fazer como agente regulador e econômico, dando o exemplo a partir das empresas estatais. Como o Decreto reflete os princípios orientadores, está estruturado sobre os mesmos três pilares fundamentais: obrigação do Estado de proteger, responsabilidade das empresas de respeitar e dever de ambos de criar mecanismos efetivos de reparação. No entanto, o decreto prevê diretrizes de implementação apenas voluntária pelas grandes e médias empresas, incluindo as multinacionais com atuação no país.

O Decreto 9.571/2018 não dispõe expressamente sobre o tráfico de pessoas, mas aborda o tema de forma transversal, através da menção à necessidade de aperfeiçoamento e observância das políticas públicas de combate ao trabalho análogo ao de escravo e à exploração do trabalho infantil relacionadas à atuação das empresas. Como se depreende, no que tange à incorporação dos princípios orientadores, o Brasil deixou de elaborar um Plano Nacional de Ação sobre Empresas e Direitos Humanos³⁸, subtraindo a participação social da construção do conteúdo de diretrizes para atuação empresarial no país. Nesse sentido, o Decreto 9.571/2018 apresenta duvidosa eficácia em relação à efetiva proteção dos interesses das pessoas em situação de maior vulnerabilidade ante a atuação do poder político e econômico hegemônico, em especial as comunidades afetadas pelas atividades econômicas nocivas ao meio ambiente e aos direitos humanos no Brasil.

No que se refere especificamente às contratações públicas, o Brasil promulgou a Lei 14.133, de 1º de abril de 2021, denominada Lei Geral de Licitações e Contratos. A referida lei contém um dispositivo expresso que proíbe a participação em licitações públicas, ou na execução direta ou indireta dos contratos públicos, de pessoas físicas ou jurídicas condenadas judicialmente com trânsito em julgado, nos últimos cinco anos, pela prática de exploração de trabalho infantil, por submissão de trabalhadores a condições análogas às de escravo ou por contratação de adolescentes nos casos vedados pela

³⁸ A necessidade de elaboração de um Plano Nacional sobre Empresas e Direitos Humanos, com participação social, constou entre as recomendações dirigidas ao Brasil pelo Grupo de Trabalho sobre Empresas e Direitos Humanos da ONU, conforme relatório produzido após visita ao país no ano de 2015.

legislação trabalhista. Também aqui a legislação faz referência apenas transversal ao tráfico de pessoas.

Embora a Lei 14.133/2021 comporte certo avanço no campo jurídico-normativo ao incluir a regra proibitiva em seu texto, cabe-lhe direcionar um olhar crítico. Isso porque, tal como posta, a regra legal afigura-se menos protetiva aos direitos humanos do que a própria política pública de combate ao trabalho escravo em vigor, colocando em risco progressos já alcançados no campo do enfrentamento.

Nesse sentido, cumpre invocar a denominada “Lista Suja do Trabalho Escravo”³⁹, que constitui um cadastro público nacional, gerido pelo governo federal, com o nome de pessoas físicas e jurídicas autuadas pelas ações de fiscalização do Estado⁴⁰, em decisão administrativa irrecorrível, pelo uso de mão de obra escrava. Enquanto permanecem na lista suja, pelo prazo de até dois anos, as empresas envolvidas podem sofrer consequências severas, tais como restrições a concessões de créditos pelos bancos de desenvolvimento estatais e a não realização de transações comerciais com o setor público e/ou privado.

O Supremo Tribunal Federal julgou a ADPF 509, ajuizada pela Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias (Abrainc), com o objetivo de ver declarada a incompatibilidade da portaria ministerial de criação da lista suja com o princípio da reserva legal, o que, por maioria de votos, foi rechaçado pela Corte Suprema. Portanto, a validade da lista suja, e a sua consequente divulgação por motivo de interesse público, foi confirmada, não sendo exigido o trânsito em julgado de condenação criminal para a inclusão no cadastro, mas processo administrativo no qual sejam observados os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.⁴¹

³⁹ Criada pela Portaria Interministerial MTPS/MMIRDH nº 4 de 11/05/2016. Disponível em: https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/areas-de-atuacao/cadastro_de_empregadores.pdf.

⁴⁰ Desde 1995, o combate ao trabalho escravo contemporâneo no Brasil desenvolve-se com êxito por meio da atuação do Grupo Especial de Fiscalização Móvel do Trabalho (GEFM), vinculado à Subsecretaria de Inspeção do Trabalho (SIT). O referido grupo conta atualmente com composição interinstitucional, sendo integrado por Auditores Fiscais do Trabalho, membros do Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Federal, Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal e Defensoria Pública da União.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 509. Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgamento: 16/09/2020. Publicação: 05/10/2020.

Como se depreende, ao exigir o trânsito em julgado de condenação criminal para a proibição de contratação com o poder público, a Lei 14.133/2021 institui critério mais rígido do que aquele previsto para inclusão de empresas autuadas administrativamente pela prática de trabalho escravo na lista suja, promovendo-se, por via transversa, o enfraquecimento da política vigente. Ademais, a responsabilização pelo Direito Penal recai apenas sobre pessoas físicas, de modo que, na falta de responsabilidade criminal das pessoas jurídicas pela prática de tráfico de pessoas para o trabalho escravo contemporâneo, essas terão permissão legal para continuar a contratar com o setor público, a despeito da utilização de mão de obra escrava.

Cumpra ainda ressaltar a ineficácia da aludida norma diante do descompasso entre o número de trabalhadores resgatados pela fiscalização do Estado no combate ao trabalho escravo e as condenações criminais pelo crime do artigo 149 do Código Penal. De acordo com pesquisa recente realizada pela Clínica de Trabalho Escravo e Tráfico de Pessoas (CTETP) da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), no período de 2008 a 2019, 3.450 operações de fiscalização foram realizadas, com o resgate de 20.174 trabalhadores e condenação criminal definitiva de apenas 112 pessoas.⁴² O número de condenações é irrisório diante do número de ações de fiscalização no período e do número de trabalhadores resgatados, o que denota, além da baixa eficácia social da lei, a prevalência de um cenário de impunidade.

Além disso, a Lei 14.133/2021 não esclarece se e como a regra proibitiva em análise deve ser aplicada a toda a cadeia de fornecedores das empresas contratantes, tampouco institui mecanismos de devida diligência para o monitoramento das cadeias de suprimentos das empresas, de sorte que a sua implementação carece de regulamentação, ainda não realizada.

Outro importante óbice legislativo referente à responsabilização das empresas transnacionais pelo tráfico de pessoas para o trabalho escravo em cadeias de produção é a Lei 13.429/2017, conhecida como a nova Lei de Terceirização. A referida lei permite a terceirização ampla de todas as atividades da empresa, inclusive a atividade-fim. Prevê expressamente ainda que a empresa tomadora de serviços detém responsabilidade apenas subsidiária em relação aos direitos trabalhistas das pessoas contratadas pelas

⁴² Em 11 anos, Justiça condenou 4,2% dos réus por trabalho escravo, diz pesquisa. CONSULTOR JURÍDICO. **Em 11 anos, Justiça condenou 4,2% dos réus por trabalho escravo, diz pesquisa**, 2021.

empresas terceirizadas ou fornecedoras de mão de obra⁴³, o que, para alguns autores, implica uma maior precarização das relações de trabalho, em prejuízo de conquistas históricas dos trabalhadores, além de uma menor regulação por parte do Estado em relação às cadeias de suprimentos, do aumento do trabalho informal, da invisibilidade do trabalhador e da impunidade. Nesse sentido, assevera Enoque Ribeiro dos Santos:

Na verdade a Lei nº 13.429/2018 não leva em consideração as ameaças à mercantilização da pessoa humana, sua coisificação, que poderia suscitar uma total indiferença em relação aos mais pobres e desamparados, ou seja, verdadeira afronta à dignidade da pessoa humana e outorga de um cheque em branco ao empresariado, uma verdadeira porteira aberta a todo tipo de ilicitude na seara da terceirização desenfreada, ilimitada, irrestrita, produto de quem considera inútil a Justiça do Trabalho, que não deveria nem mesmo existir no Brasil.⁴⁴

De fato, em consonância com a posição do autor referenciado, entende-se que a Lei 13.429/2018 representa grave retrocesso no combate às diversas formas de escravidão contemporânea no Brasil, na medida em que permite a precarização do trabalho e a menor fiscalização das violações por parte do Estado. Nesse aspecto, a referida legislação pode contribuir para a perpetuação de opressões estruturais históricas, em detrimento de trabalhadores vulnerabilizados, e facilitar práticas de tráfico de pessoas e de trabalho escravo contemporâneo na sociedade brasileira.

Assim, em que pese certo progresso no combate ao tráfico de pessoas para o trabalho escravo contemporâneo nas últimas duas décadas, no que se refere ao enfretamento estratégico do fenômeno por meio das políticas de compras e contratações públicas do Estado brasileiro, constata-se uma atuação ainda incipiente e carente de eficácia social. Nesse sentido, revela-se crucial a cooperação entre Estado e atores não estatais, incluindo empresas, sociedade civil e entidades não governamentais, para a construção de um novo paradigma de enfrentamento, representado por uma cultura corporativa de respeito absoluto aos direitos humanos, bem como para a adoção de mecanismos eficazes de prevenção ao tráfico de pessoas para o

⁴³ SANTOS, E. R. dos. **A nova Lei da Terceirização** – Lei nº 13.429/2017 – Um cheque em branco ao empresariado, 2017.

⁴⁴ *Ibidem*.

trabalho escravo nas cadeias de suprimentos das empresas transnacionais, o que inclui maior conscientização social e efetivação de direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, de forma a se combater a fome, a pobreza e a desigualdade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O avanço da globalização e do modelo de política econômica neoliberal faz emergir um novo ator no cenário internacional: as empresas transnacionais. Ao mesmo tempo que essas entidades são capazes de promover desenvolvimento econômico para determinada localidade, muitas vezes o fazem desrespeitando conquistas sociais históricas relacionadas aos direitos humanos.

O modo de produção introduzido pelas empresas transnacionais na economia mundial, baseado na fragmentação das cadeias globais de suprimentos com o objetivo de maximização dos lucros, facilita práticas violadoras aos direitos humanos, entre as quais o tráfico de pessoas para o trabalho escravo contemporâneo. No entanto, a responsabilização internacional das empresas transnacionais por tais violações ainda representa um desafio para o Direito Internacional dos Direitos Humanos no século XXI, encontrando resistência sobretudo diante da ausência de um tratado internacional vinculante da atividade empresarial ante o impacto da atividade econômica nos direitos humanos.

Assim, reforça-se a obrigação estatal no campo doméstico, principalmente mediante a atuação estratégica do Estado no mercado como ator econômico. Dessa perspectiva, o enfrentamento ao tráfico de pessoas para o trabalho escravo contemporâneo por meio de compras e contratações públicas revela-se medida com elevado potencial de proteção dos direitos humanos contra violações perpetradas em função da pulverização das cadeias produtivas. Isso porque o Estado é um poderoso ator econômico e pode, por meio de políticas institucionais, direcionar grandes investimentos no sentido de promover o respeito aos direitos humanos, incentivando empresas a adotarem medidas eficazes de devida diligência em direitos humanos nas respectivas cadeias globais de produção, além de condicionar a concessão de

investimentos públicos à observância de *standards* mínimos de proteção dos direitos dos trabalhadores.

E ainda enfatiza-se que a obrigação de atuação estatal emerge como uma ação estratégica em prol do desenvolvimento humano sustentável, o que se concretiza não apenas do ponto de vista econômico da geração de empregos e investimentos, mas engloba também respeito ao bem-estar social e ambiental de todas as pessoas. Isso significa que a globalização econômica, para garantir o desenvolvimento sustentável, também precisa ser ética, de modo que a atividade empresarial deve se desenvolver calcada em uma cultura de respeito absoluto aos direitos humanos.

Nesse esboço, é possível constatar que o Estado brasileiro vem apresentando importantes avanços no combate ao tráfico de pessoas para o trabalho escravo em seu território, em especial por meio da implementação de boas práticas administrativas no campo da fiscalização do trabalho escravo, como, por exemplo, a “Lista Suja” e o Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM). Além disso, inovações legislativas vêm sendo empreendidas para adequação do direito interno aos parâmetros internacionais de proteção dos direitos humanos, entre as quais a promulgação da Lei 14.133/2021, a Nova Lei de Licitações, que prevê a proibição de contratação pelo poder público de empresas condenadas definitivamente pela prática do trabalho escravo contemporâneo.

No entanto, a norma em referência apresenta baixa eficácia social, na medida em que se contrapõe a um consolidado ambiente de impunidade no que se refere às condenações criminais por tal prática. Nesse contexto de impunidade, conclui-se que ainda é mais vantajoso para as empresas reproduzir as estruturas excludentes do que promover ações de prevenção, minimização de impactos negativos da atividade econômica e reparação dos danos às pessoas vitimizadas.

E ainda, ao exigir condenação transitada em julgado para a proibição de contratação pelo poder público, a Lei 14.133/2021 enfraquece a política pública de combate ao trabalho escravo vigente, que se concretiza por meio de mecanismos administrativos exitosos já consolidados.

Dessa forma, reafirmando-se que “os lírios não nascem das leis”,⁴⁵ muitos desafios ainda se apresentam ao Estado brasileiro diante das violações de direitos humanos pelas empresas transnacionais. Nesse sentido, faz-se imprescindível conferir efetividade aos direitos humanos das pessoas vulnerabilizadas à exploração laboral nas cadeias de suprimentos fragmentadas, o que se perfaz, entre outras medidas, mediante políticas sociais de eliminação das causas estruturais de desigualdades e combate à pobreza. Mas não é só. Considerando que o tráfico de pessoas para o trabalho escravo contemporâneo configura um fenômeno complexo e multifatorial, torna-se imprescindível, para se conferir eficácia às políticas públicas de regulação da atividade econômica, a cooperação entre Estado, empresas e sociedade com a finalidade de promover maior conscientização social e empresarial a respeito da necessidade de respeito e proteção dos direitos humanos; o aumento da participação social na construção das políticas públicas, com a oitiva das comunidades diretamente interessadas; a adoção da devida diligência obrigatória em direitos humanos pelas empresas, com abrangência sobre as cadeias de suprimentos; e, por fim, porém não menos importante, o efetivo combate à impunidade que ainda permeia a realidade brasileira.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, P. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Orgs.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, p. 9-23.

ANDRADE, Carlos Drummond de. Nosso tempo. In: Idem. **A Rosa do Povo**. São Paulo: José Olympio, 1945.

BENEDETTI, Juliana Cardoso. Empresas e direitos humanos nas Nações Unidas: rumo a um tratado? In: PIOVESAN, Flávia (et al.) (Orgs.). **Empresas e direitos humanos**. Salvador: JusPodivm, 2018.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Previdência. **Radar do trabalho escravo**. Secretaria de Inspeção do Trabalho, 2020. Disponível em: <https://sit.trabalho.gov.br/radar/>. Acesso em: 6 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 509. Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgamento: 16/09/2020. Publicação: 05/10/2020. Disponível em:

⁴⁵ ANDRADE, C. D. de. **Nosso tempo**, 1945.

[https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente="ADPF%20509"&base=acordaos &sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=). Acesso em: 22 ago. 2022.

CARDIA, Ana Cláudia Ruy; FERREIRA, Luciano Vaz. Direitos Humanos e Empresas: lições para a implementação do tema pelo Estado brasileiro. In: PIOVESAN, Flávia (et al.) (Coords.). **Empresas e Direitos Humanos**. Salvador: JusPodivm, 2018.

CARVALHO NETO, Frederico Costa. A função social da empresa. **Prisma Jurídico**, v. 15, n. 2, p. 175-199, 2016. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/934/93449824007/html/>. Acesso em: 2 mar. 2022.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. A era da informação: economia, sociedade e cultura. Vol.1. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CONSULTOR JURÍDICO. Em 11 anos, Justiça condenou 4,2% dos réus por trabalho escravo, diz pesquisa. **Consultor Jurídico**, 28 jan. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-28/11-anos-justica-condenou-42-reus-trabalho-escravo>. Acesso em: 22 ago. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil**. Sentença de 20 de outubro de 2016, parágrafos 336-338. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 27 ago. 2019.

FACHIN, Melina (et al.). Ponto cego do direito internacional dos direitos humanos: uma superação do paradigma estatocêntrico e a responsabilidade internacional de empresas violadoras de direitos humanos. **Homa Publica** - Revista Internacional de Derechos Humanos y Empresas, v. 1, n. 1, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/30423>. Acesso em: 3 mar. 2022.

INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION. **ILO Research Paper nº 14**. Global supply chain dynamics and labour governance: Implications for social upgrading. 2016. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---inst/documents/publication/wcms_480957.pdf. Acesso em: 3 mar. 2022.

INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION. **Global estimates of modern slavery: forced labour and forced marriage**. 2017. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_575479.pdf. Acesso em: 27 abr. 2020.

MARSHALL, Carla Izolda Fiuza Costa. Perfil da empresa no século XXI: interface entre atuação estatal e os agentes econômicos. Uma análise econômica do Direito. **Revista da EMERJ**, v. 22, n. 3, set./dez. 2020. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v22_n3/revista_v22_n3_184.pdf. Acesso em: 9 mar. 2022.

MCGRATH, Siobhán; MIERES, Fabiola. Trabalho escravo contemporâneo: um negócio lucrativo global. In: SAKAMOTO, Leonardo (Org.). **Escravidão contemporânea**. São Paulo: Contexto, 2020.

OLSEN, Ana; PAMPLONA, Danielle. Violações a direitos humanos por empresas transnacionais na América Latina. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, v. 7, n. 13, 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2019.13.129-151>. Acesso em: 7 fev. 2022.

PAMPLONA, Danielle. **Empresas e direitos humanos**: uma introdução. Material escrito desenvolvido para o evento denominado Empresas e Direitos Humanos, promovido pela Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região (EMAG), no período de 30/09/2021 a 22/10/2021.

PAMPLONA, Danielle. **Empresas e direitos humanos**. Parte 2: dever de respeitar. Material escrito desenvolvido para o evento denominado Empresas e Direitos Humanos, promovido pela Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região (EMAG), no período de 30/09/2021 a 22/10/2021.

PASSOS, Rafaella Mikos. **Tráfico de pessoas**: o enfrentamento por Estados e empresas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

PIOVESAN, Flávia; CONZAGA, Victoriana Leonora Corte. Empresas e direitos humanos: desafios e perspectivas à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia (et al.) (Coords.). **Empresas e direitos humanos**. Salvador: JusPodivum, 2018.

RUGGIE, John Gerard. **Quando negócios são apenas negócios**: as corporações multinacionais e os direitos humanos. Tradução de Isabel Murray. São Paulo, 2014. E-book.

SAKAMOTO, Leonardo. Introdução. In: SAKAMOTO, Leonardo (Org.). **Escravidão contemporânea**. São Paulo: Contexto, 2020.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O dumping social nas relações de trabalho: formas de combate. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região**, v. 60, n. 91, p. 209-221, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://as1.trt3.jus.br/bdtrt3/bitstream/handle/11103/27269/O%20dumping%20social%20enoque.pdf?sequence=2>. Acesso em: 3 mar. 2022.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. A nova Lei da Terceirização – Lei nº 13.429/2017 – Um cheque em branco ao empresariado. **Revista Eletrônica do TRT 4ª Região**, Ano XIII, n. 204, jun. 2017. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/108554>. Acesso em: 09 mar. 2022.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010. E-Book.

SEVERO, Fabiana Galera. **Trabalho escravo urbano contemporâneo no Brasil**: análise dos mecanismos de repressão e prevenção para a efetivação de direitos humanos. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo - USP, São Paulo, 2017.

SEVERO, Fabiana Galera. O trabalho escravo na acumulação capitalista moderna. In: FIGUEIRA, Ricardo Rezende (et al.) (Orgs.). **Discussões contemporâneas sobre trabalho escravo: teoria e pesquisa**. Rio de Janeiro: Mauad X, 2017.

U.S. DEPARTMENT OF STATE. **Office to Monitor and Combat Trafficking in Persons**. Fact Sheet. Strengthening Protections Against Trafficking in Persons in Public Procurement. s/d. Disponível em: <https://www.state.gov/strengthening-protections-against-trafficking-in-persons-in-public-procurement/>. Acesso em: 22 ago. 2022.

COMBATE AO TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES DO BRASIL: ANÁLISE DA GESTÃO AMBIENTAL BRASILEIRA

*FIGHTING WILDLIFE TRAFFICKING IN BRAZIL:
BRAZILIAN ENVIRONMENTAL MANAGEMENT ANALYSIS*

Aline Andrighetto

*(Doutora em Direito Público pela Unisinos; Professora do curso de Direito
do Centro Universitário Cenecista de Osório UNICNEC)*

alineandrighetto@gmail.com

Thaís Alessandra Kraemer

*(Especialista em Direito Administrativo e bacharela em Direito
pelo Centro Universitário Cenecista de Osório UNICNEC)*

thais.ak.1996@gmail.com

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar as medidas legislativas do Governo Federal e sua devida eficácia para preservar a fauna brasileira diante do tráfico de animais silvestres do Brasil. Em suma, a pesquisa pretende identificar quais os principais fatores que levam ao comércio ilegal de fauna silvestre, analisando as diretrizes da legislação ambiental federal para coibir ou minimizar o tráfico de animais silvestres no Brasil, bem como avaliar a eficiência da legislação brasileira para a proteção da fauna silvestre. Para isso, o estudo baseou-se em pesquisa bibliográfica documental e pesquisa pelo método qualitativo de análise jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça, com intervalo entre os anos de 2015 e 2020.

Palavras-chave: Tráfico de animais. Fauna silvestre. Gestão ambiental. Meio ambiente.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the Federal Government's legislative measures and its effective duty to preserve the Brazilian fauna from wild

animal trafficking in Brazil. In short, the research intends to identify the main factors that lead to the illegal wildlife trade, analyzing the guidelines of federal environmental legislation to restrain or minimize the trafficking of wild animals in Brazil, as well as evaluating the efficiency of Brazilian legislation for the protection of wild fauna. Thereunto, the study was based on documentary bibliographic research and research using the qualitative method of jurisprudential analysis in the Superior Court of Justice, with an interval between the years 2015 to 2020.

Keywords: Animal trafficking. Wild fauna. Environmental management. Environment.

Data de submissão: 25/05/2022

Data de aceitação: 03/04/2023

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. 2. A IMPORTÂNCIA DA FAUNA SILVESTRE BRASILEIRA. 3. O TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES DO BRASIL. 3.1 Legislação aplicável e cuidado para com a fauna. 3.2 Órgãos de atuação no controle ambiental. 4. ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA DO STJ SOBRE O TRÁFICO DE ANIMAIS. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

O tráfico de animais silvestres é o terceiro maior do mundo, atrás dos tráficos de drogas e de armas, no que diz respeito ao volume de dinheiro que movimenta.¹ Trata-se da retirada desses animais de seus habitats naturais para destiná-los à comercialização.² Estima-se que esses traficantes movimentem entre 10 e 20 bilhões de dólares por ano no mundo, sendo retirados aproximadamente 38 milhões de animais das florestas e matas brasileiras³. Por esses motivos, a pesquisa se faz necessária para verificarmos

¹ BRASIL. MMA e Renctas lançam campanha de combate ao tráfico de animais, 2002.

² SIRVINSKAS, L. P. *Manual de direito ambiental*, 2018, p. 508.

³ MENUZZI, N. *Tráfico de espécies silvestres ameaça a biodiversidade da fauna brasileira: comércio ilegal é responsável pela retirada de 38 milhões de animais do Brasil a cada ano*, 27 ago. 2020.

a eficácia da legislação brasileira na proteção da fauna e as medidas que o governo promove na sua gestão ambiental.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, marco para o direito ambiental, apresenta em seu texto a previsão de preservação ao meio ambiente como um dever de todos, sendo a Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, responsável pelos crimes contra o meio ambiente. No entanto, consiste em legislação branda quando se fala em proteção à fauna. Além disso, outro obstáculo ao combate, que fomenta a prática desse tráfico, é a cultura do brasileiro de capturar e manter animais silvestres como domésticos.

O presente estudo visa analisar quais as medidas que o Poder Público utiliza para conter e/ou minimizar a dizimação da fauna silvestre brasileira e se estão sendo efetivas, bem como a participação da população, de ONGs (Organizações Não Governamentais) etc. nesse processo. Como problema para esta pesquisa, faz-se a seguinte pergunta: as medidas adotadas pelo Governo Federal são eficazes para combater o tráfico de animais silvestres do Brasil, considerando as práticas culturalmente aceitas?

Com isso, a pesquisa tem como tema uma análise das medidas adotadas pelo Governo Federal para combater o tráfico de animais silvestres do Brasil, tendo em vista os obstáculos que emergem de práticas culturais brasileiras como a criação de espécies da fauna, e ainda verificar a previsão nos textos constitucional e infraconstitucional para proteção do meio ambiente.

Inicialmente, será abordada a proteção ao meio ambiente, considerando a grande riqueza em recursos naturais do Brasil. Em seguida, apontada a importância da fauna silvestre no meio ambiente e os problemas causados pelo tráfico de animais silvestres do Brasil. Diante disso, analisaremos a legislação aplicável ao comércio ilegal de animais silvestres, bem como os órgãos de atuação no controle ambiental. Por derradeiro, verificar-se-á o posicionamento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

Para tanto, busca-se desenvolver a hipótese de que as medidas tomadas pelo Poder Público em sua gestão ambiental não estão sendo eficazes para o combate ao crime de tráfico de animais e banalizou-se essa cultura. Considera-se que a legislação brasileira não dá a devida importância ao tráfico de animais silvestres, com a finalidade de punir mesmo que de forma secundária frente

a outros delitos, tampouco à comercialização ilegal da fauna silvestre. Outra hipótese é a de que a legislação ambiental seria suficiente e as medidas tomadas pelo Poder Público seriam efetivas, mas ainda haveria uma cultura imutável ligada à prática ilegal de comercialização de animais silvestres. O estudo se baseia em pesquisa bibliográfica documental e pesquisa pelo método qualitativo de análise jurisprudencial no STJ, com intervalo entre os anos de 2015 e 2020.

1. PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

A preocupação em preservar o meio ambiente ocorre desde o tempo em que a humanidade compreendia a natureza como obra divina, período em que o homem primitivo extraía apenas o que era necessário para a sua sobrevivência. Com a evolução das civilizações, os recursos naturais passaram a ser compreendidos como produtos e possibilidades de comercialização, ocasionando diversas agressões ao planeta.⁴

Quando se fala em meio ambiente é impossível não pensar no Brasil, tendo em vista que nele está localizada a Amazônia, a qual possui matas tropicais, bem como uma das maiores bacias hidrográficas do mundo. Por consequência disso, o Brasil possui grande biodiversidade, com riquezas na fauna e na flora, sendo alvo de exploração e devastação ambiental.⁵

Desse modo, a Constituição brasileira não deixou de garantir a proteção ao meio ambiente, já que em seu artigo 225⁶ coloca o Poder Público e a coletividade como responsáveis pela preservação ambiental não apenas para si, mas como direito de futuras gerações.⁷ Nota-se que, além de a Carta Magna inovar ao deixar um capítulo dedicado ao meio ambiente, também traz à baila o princípio da solidariedade intergeracional por garantir o bem ambiental às gerações presentes e futuras.⁸

⁴ SIRVINSKAS, L. P. **Manual de direito ambiental**, 2018, p. 70.

⁵ ARAÚJO, L. E. B. de; ROCHA, M. C. A. da. **Biodiversidade brasileira: biopirataria e a proteção dos conhecimentos tradicionais**, jan./jun. 2018, p. 60.

⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.

⁷ CALGARO, C. (Org.). **Direito socioambiental**, 2018, p. 137.

⁸ PAZ, R. J. da; LACERDA, C. de S.; FARIAS, T.; LUCENA, R. F. P. de; MADRUGA FILHO, V. J. P. M. (Orgs.). **O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**, 2018, p. 69.

Verifica-se dificuldade no cumprimento dessa ordem constitucional por se tratar principalmente de garantia para o futuro, sendo necessário controle e gestão de um bem amplo e complexo, sem haver uma projeção temporal ou uma normativa de como fazer.⁹ Contudo, o Governo brasileiro apresenta alguns projetos que visam a proteção do meio ambiente, como o Plano Estratégico Operacional de Atuação Integrada no Combate a Incêndios Florestais, sendo a primeira iniciativa integrada no país entre Segurança Pública e Meio Ambiente, com o objetivo de estabelecer a Operação Guardiões do Bioma, que contará com efetivo composto por bombeiros, policiais militares da Força Nacional de Segurança Pública, policiais militares ambientais dos Estados, agentes do Ibama e brigadistas do ICMBio para atuarem principalmente no Acre, Amazonas, Amapá, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Pará, Rondônia, Roraima, Tocantins e Goiás, a fim de planejar e antecipar ações efetivas nos locais onde há grandes focos de incêndio no período de agosto a novembro.¹⁰

Outro projeto a ser citado é o Programa Nacional de Pagamentos por Serviços Ambientais Floresta+, que visa incentivar pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, por grupo familiar ou comunitário, de forma direta ou terceirizada, a realizar atividades de serviços ambientais como vigilância, proteção e monitoramento territorial, combate e prevenção de incêndios, conservação de solo, água e biodiversidade, inventários ambientais, uso de sistema agroflorestal, reflorestamento com árvores nativas, regeneração natural e restauração ecológica etc., em todos os biomas brasileiros: Amazônia, Cerrado, Caatinga, Mata Atlântica, Pantanal e Pampa.¹¹

Além desses, outro importante projeto do Governo Federal para a proteção do meio ambiente é o Programa Nacional para a Conservação de Espécies Ameaçadas de Extinção - Pró-Espécies, o qual foi instituído pelo Ministério do Meio Ambiente através da Portaria n. 43, de 31 de janeiro de 2014, com o objetivo de cumprir a Meta 12 da Convenção sobre Diversidade

⁹ SILVA, M. V. e. **A construção normativo-principiológica da solidariedade intergeracional no Direito brasileiro**, 2014. p. 12.

¹⁰ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Governo Federal integra ações em plano de combate a incêndios florestais**: ação que envolve ministérios da Justiça e Segurança Pública, Meio Ambiente e Desenvolvimento Regional prevê 6 mil homens em campo, 2021.

¹¹ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Programa floresta+**: valor a quem preserva, 2020, p. 06-07.

Biológica (CDB).¹² A iniciativa abrange 13 estados brasileiros – Maranhão (MA), Bahia (BA), Pará (PA), Amazonas (AM), Tocantins (TO), Goiás (GO), Santa Catarina (SC), Paraná (PR), Rio Grande do Sul (RS), Minas Gerais (MG), São Paulo (SP), Rio de Janeiro (RJ) e Espírito Santo (ES) –, a fim de cumprir três objetivos específicos: integração de conservação de espécies ameaçadas em Políticas Setoriais; combate a caça, pesca e extração ilegal de espécies silvestres; e alerta e detecção precoce de espécies exóticas invasoras.¹³

Diante disso, analisa-se com destaque a exploração da fauna silvestre brasileira, haja vista a tendência do ser humano em reduzi-la a mercadoria, ainda que integre o meio ambiente sob proteção do texto constitucional. A fauna brasileira é um bem ambiental importante para o Brasil e para o mundo, sendo essencial ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas vem sofrendo dizimação pelas atividades humanas. Assim, relevante entendermos sua importância.

2. A IMPORTÂNCIA DA FAUNA SILVESTRE BRASILEIRA

As várias espécies silvestres existentes no meio ambiente possuem funções e estruturas em seus *habitats*, promovendo a interação entre todos os elementos do ecossistema, sendo essenciais para o equilíbrio na cadeia alimentar e ecológico. A fauna contempla também uma diversidade genética da qual, através da biotecnologia, é possível coletar informações para a reprodução

¹² O Projeto Pró-Espécies prioriza a integração da União e Estados na implementação de políticas públicas, assim como procura alavancar iniciativas para reduzir as ameaças e melhorar o estado de conservação de pelo menos **290 espécies categorizadas como Criticamente em Perigo (CR)** e que não contam com nenhum instrumento de conservação. Para o alcance desse objetivo, o projeto foi estruturado em quatro componentes, desenhados de forma a combater as principais causas de extinção das espécies: perda de habitat, extração ilegal e espécies exóticas invasoras. A estratégia é financiada pelo Fundo Mundial para o Meio Ambiente (GEF, da sigla em inglês para *Global Environment Facility Trust Fund*), sob a coordenação do Departamento de Conservação e Manejo de Espécies do MMA. É implementado pelo Fundo Brasileiro para a Biodiversidade (Funbio) e tem o WWF-Brasil como agência executora. Entre os parceiros estão o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), Jardim Botânico do Rio de Janeiro (JBRJ), Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) e Órgãos Estaduais de Meio Ambiente. BRASIL. Pró-Espécies. **Projeto Pró-Espécies**: todos contra a extinção, 2019.

¹³ FUNDO BRASILEIRO PARA A BIODIVERSIDADE (FUNBIO). **Pró-Espécies**: o que é, [2021?].

de princípios ativos em laboratórios para a fabricação de medicamentos e potencial cura ou prevenção de doenças.¹⁴

Como exemplo, vale mencionar uma pesquisa realizada pelo Instituto de Química, da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP), acerca da víbora venenosa Jararacuçu (*Bothrops jararacussu*), que é temida pela quantidade de veneno que consegue injetar na vítima, sendo encontrada na Mata Atlântica do Sudeste e do Sul do Brasil (também é localizada na Bolívia, no Paraguai e na Argentina). Com o estudo foi possível observar que uma molécula extraída do veneno da cobra inibiu em 75% a capacidade do vírus da Covid-19¹⁵ de se multiplicar em células de macaco, apresentando resultado promissor na busca por medicamento eficiente para tratar pacientes contaminados pelo novo coronavírus.¹⁶ Nota-se a importância das pesquisas científicas com o objetivo de promover avanços na produção de novos medicamentos eficientes e seguros, considerando que a maioria dos remédios deriva da natureza.¹⁷

Nessa linha, Sirvinskas explica que a “fauna silvestre é o conjunto de animais que vivem em determinada região. São os que têm seu hábitat natural nas matas, nas florestas, nos rios e mares, animais estes que ficam, em regra, afastados do convívio do meio ambiente humano”¹⁸. Dessa forma, a intervenção humana em retirar esses animais de seu ambiente natural gera inegável desequilíbrio ecológico.

A respeito da biodiversidade brasileira, o Ministério do Meio Ambiente enfatiza que:

¹⁴ ALHO, C. J. R. **Importância da biodiversidade para a saúde humana: uma perspectiva ecológica**, 2012.

¹⁵ A Covid-19 é uma infecção respiratória aguda causada pelo coronavírus SARS-CoV-2, potencialmente grave, de elevada transmissibilidade e de distribuição global. O SARS-CoV-2 é um betacoronavírus descoberto em amostras de lavado broncoalveolar obtidas de pacientes com pneumonia de causa desconhecida na cidade de Wuhan, província de Hubei, China, em dezembro de 2019. Pertence ao subgênero Sarbecovírus da família Coronaviridae e é o sétimo coronavírus conhecido a infectar seres humanos. Os coronavírus são uma grande família de vírus comuns em muitas espécies diferentes de animais, incluindo o homem, camelos, gado, gatos e morcegos. Raramente os coronavírus de animais podem infectar pessoas e depois se espalhar entre seres humanos, como já ocorreu com o MERS-CoV e o SARS-CoV-2. Até o momento, não foi definido o reservatório silvestre do SARS-CoV-2. BRASIL. Ministério da Saúde. **O que é a Covid-19?**, 2021.

¹⁶ FONTES, H. **Veneno de cobra brasileira tem molécula que inibe o coronavírus: composto produzido pela Jararacuçu bloqueou a reprodução do SARS-CoV-2 em células**, 19 ago. 2021.

¹⁷ ANTUNES, P. de B. **Direito ambiental**, 2019, p. 484.

¹⁸ SIRVINSKAS, L. P. **Manual de direito ambiental**, 2018, p. 484.

Essa abundante variedade de vida abriga mais de **20% do total de espécies do mundo**, encontradas em terra e água. A rica biodiversidade brasileira é **fonte de recursos para o País**, não apenas pelos serviços ecossistêmicos providos, mas também pelas oportunidades que representam sua **conservação, uso sustentável e patrimônio genético**. Em 1992, o Brasil sediou a ECO 92 – Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), realizada no Rio de Janeiro. Lá foi estabelecida a **Convenção de Diversidade Biológica – CDB**, da qual o Brasil é signatário. Desde então uma série de compromissos tem sido assumidos pelo Brasil como forma de trabalhar, principalmente, os três pilares da CDB: a **conservação da diversidade biológica**, o **uso sustentável da biodiversidade** e a **repartição justa e equitativa dos benefícios provenientes da utilização dos recursos genéticos**.¹⁹ (grifo nosso)

Consoante os compromissos assumidos pelo Brasil na Convenção de Diversidade Biológica, importante mencionar o Anexo do Decreto nº 4.339, de 22 de agosto de 2002, que instituiu princípios e diretrizes para a implementação da Política Nacional da Biodiversidade, sendo necessário destacar o objetivo geral, bem como as pontuações acerca da fauna:

A Política Nacional da Biodiversidade tem como objetivo geral a promoção, de forma integrada, da conservação da biodiversidade e da utilização sustentável de seus componentes, com a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, de componentes do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais associados a esses recursos.

Do Componente 2 da Política Nacional da Biodiversidade -Conservação da Biodiversidade [...]

11.2.10. Conservar amostras representativas e suficientes da totalidade da biodiversidade, do patrimônio genético nacional (inclusive de espécies domesticadas), da diversidade de ecossistemas e da flora e fauna brasileira (inclusive de espécies ameaçadas), como reserva estratégica para usufruto futuro.
[...]

11.4.8. Criar e fortalecer centros de triagem de animais e plantas silvestres, integrando-os ao sistema de zoológicos

¹⁹ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Biodiversidade**, [2021?].

e jardins botânicos, para serem transformados em centros de conservação de fauna e de flora.

[...]

Do Componente 3 da Política Nacional da Biodiversidade - Utilização Sustentável dos Componentes da Biodiversidade

12.3.10. Apoiar, de forma integrada, a domesticação e a utilização sustentável de espécies nativas da flora, da fauna e dos microrganismos com potencial econômico.

[...]

Do Componente 7 da Política Nacional da Biodiversidade -Fortalecimento Jurídico e Institucional para a Gestão da Biodiversidade.

[...]

16.1.16. Estimular o desenvolvimento de programa de apoio a publicações científicas sobre a biodiversidade brasileira, particularmente guias de campo, chaves taxonômicas, catalogação eletrônica de floras e faunas, revisões sistemáticas, monografias e estudos etnobiológicos.²⁰

Trata-se de uma política pública brasileira implementada pelo referido decreto, o qual visa a conservação da diversidade biológica para que o país garanta soberania sobre o manejo e a utilização desses recursos para sua justa repartição com comunidades que possuam conhecimento sobre sua utilização.²¹ Isso porque a riqueza da biodiversidade brasileira está ameaçada pela biopirataria, degradação e poluição ambiental.²²

Mesmo com a evolução das ciências biológicas, não foi possível catalogar a totalidade de espécies existentes, sendo que muitas vezes ocorre a dizimação das espécies antes do conhecimento de sua existência.²³ Além da caça e da pesca, o tráfico de animais silvestres é também uma das causas de extinção da fauna.²⁴

²⁰ BRASIL. **Decreto nº 4.339, de 22 de agosto de 2002**, 2002.

²¹ ANTUNES, P. de B. **Direito ambiental**, 2019, p. 503.

²² SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. **Direito ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral**, 2014, p. 57.

²³ TEIXEIRA, G. A. de O. **A prevenção e repressão ao tráfico internacional de animais silvestres**, 2005, p. 53.

²⁴ SIRVINSKAS, L. P. **Manual de direito ambiental**, 2018, p. 507.

3. O TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES DO BRASIL

O tráfico de animais silvestres faz parte da história do Brasil, sua ocorrência é perceptível desde o “descobrimento”, quando no Brasil Colônia havia exploração pelos portugueses, pelos franceses e pelos holandeses. Atualmente, é o terceiro maior comércio ilegal do mundo, atrás dos tráficos de drogas e de armas.²⁵ São retirados ilegalmente cerca de 38 milhões de bichos das florestas e matas brasileiras, sendo que, de cada dez animais capturados, somente um consegue sobreviver e os outros nove morrem no transporte ou até mesmo durante a captura.²⁶

O alto índice de mortes durante o transporte ocorre por diversas crueldades cometidas contra os animais, que, além de passar fome e sede e de permanecer presos em espaços diminutos, são sedados, cegados, tingidos ou descoloridos para passar por uma espécie mais rara.²⁷ Não obstante todas essas perdas, a atividade ilegal movimenta cerca de 10 a 20 bilhões de dólares no mundo, e o Brasil contribui em 15% desse valor.²⁸

A Organização Não Governamental (ONG) Rede Nacional de Combate ao Tráfico de Animais Silvestres (RENCTAS) afirma, em seu 1º Relatório Nacional sobre Tráfico de Animais Silvestres²⁹, que se trata de um sistema organizado e complexo em que a fauna possui variados destinos. Em consequência disso, existem diferentes tipos de tráfico de vida selvagem, como aquele destinado a colecionadores particulares e zoológicos, tendo como característica principal a busca por espécies raras, ameaçadas de extinção³⁰; e aquele que busca animais para fins científicos – a biopirataria. Nas palavras de Luiz Araújo e Maria Rocha,

²⁵ SIRVINSKAS, L. P. **Manual de direito ambiental**, 2018, p. 507-508.

²⁶ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Brasil lidera campanha internacional contra tráfico de animais silvestres**, 2006.

²⁷ GIOVANINI, D. J. (Org.). **Animais silvestres: vida à venda**, 2002, p. 206-207.

²⁸ NOBRE, N. N. **Da necessidade de um novo tipo penal: crime de tráfico de animais**, 2007, p. 03.

²⁹ Em que pese o 1º Relatório Nacional sobre o Tráfico de Animais Silvestres, realizado pela ONG RENCTAS - Rede Nacional contra o Tráfico de Animais Silvestres, ter sido publicado em 2001 com o compromisso de atualização anual, não foi concretizado. Contudo, o referido relatório ainda é muito utilizado como parâmetro quando se fala em tráfico de animais silvestres.

³⁰ RENCTAS. Rede Nacional contra o Tráfico de Animais Silvestres. **1º Relatório Nacional sobre o Tráfico de Animais Silvestres**, 2001, p. 17.

A biopirataria se dá especialmente através do **apoderamento indevido** realizado por empresas, indivíduos ou instituições **de recursos genéticos biológicos e dos conhecimentos a eles associados** com o **objetivo de se obter monopólio e lucro** sobre tais recursos ou conhecimentos.³¹ (grifo nosso)

Nessa modalidade de comércio ilegal, busca-se a fauna capaz de oferecer material genético para pesquisa e produção de medicamentos.³² Outra modalidade de tráfico é aquela que fornece animais para *pet shops*, que contempla uma variedade de espécies da fauna silvestre brasileira, em razão da grande procura, incentivando a prática delituosa.³³ Quanto à comercialização de produtos advindos da fauna para uso em artesanatos, *souvenirs* e vestimentas que têm como matéria-prima couros e peles, entre outros, a demanda varia de acordo com o tempo, a tendência do mercado da moda e do turismo.³⁴

Além disso, no Brasil, a fauna silvestre é comercializada ilegalmente em feiras livres, sendo importante mencionar que só no Rio de Janeiro há aproximadamente 100 feiras³⁵, bem como criadouros de animais sem registros e, inclusive, comercialização via internet em leilões eletrônicos, anúncios etc.³⁶

Outro problema para combater essa prática delituosa é a própria cultura do brasileiro, que tem o hábito de manter animais silvestres em cativeiro como se fossem domésticos para satisfação pessoal ou como fonte de renda.³⁷ A população mais humilde e em situação econômica precária é responsável pela captura tanto para suprir sua alimentação como também para trocar por quantia ínfima de dinheiro para complementar a renda familiar.³⁸ Vejamos:

³¹ ARAÚJO, L. E. B. de; ROCHA, M. C. A. da. **Biodiversidade brasileira: biopirataria e a proteção dos conhecimentos tradicionais**, jan./jun. 2018, p. 67-68.

³² RENCITAS. Rede Nacional contra o Tráfico de Animais Silvestres. **1º Relatório Nacional sobre o Tráfico de Animais Silvestres**, 2001, p. 18.

³³ *Ibidem*, p. 19.

³⁴ *Ibidem*, p. 20.

³⁵ *Ibidem*, p. 20.

³⁶ SIRVINSKAS, L. P. **Manual de direito ambiental**, 2018, p. 508.

³⁷ TEIXEIRA, G. A. de O. **A prevenção e repressão ao tráfico internacional de animais silvestres**, 2005, p. 12.

³⁸ RENCITAS, *op. cit.*, p. 28.

O apanhador, um humilde matuto, ganha pouco ou quase nada pelo seu serviço, assim como o caboclo amazonense fazia no plantio de epadu.

No final desta cadeia, os tucanos, as araras, onças e jaguatiricas são vendidas por milhares de dólares nos mercados consumidores do primeiro mundo.

Da selva amazônica até uma gaiola dourada em Nova York; do Pantanal Mato-Grossense até o casaco de uma grã-fina em Paris [...]³⁹

Uma vez aprisionado o animal, esse é transportado por intermediários nas zonas rurais e centros urbanos, seguindo ao encontro de pequenos e médios traficantes responsáveis por repassar o “produto” aos grandes traficantes, que comercializam dentro do país e/ou internacionalmente.⁴⁰ Trata-se de um sistema organizado e corrupto que, inclusive, realiza a “lavagem de animais”, sendo necessário conceituarmos:

Tal expediente é operado pelos traficantes quando existe, na conexão internacional, um país fronteiriço com legislação ambiental mais “frouxa” que os demais. [...]

Ultimamente temos observado casos de animais silvestres que, sabidamente apanhados na natureza, acabam sendo submetidos a uma ‘lavagem’, dentro de nosso próprio país, através de **‘criadouros credenciados’** que **atestam falsamente a procriação em cativeiro daqueles indivíduos capturados criminosamente na natureza.**⁴¹ (grifo nosso)

Ademais, vale dizer que os indígenas brasileiros consomem a fauna silvestre em sua alimentação, utilizam partes desses animais como ferramentas, penas como enfeites, incluem elementos da fauna em histórias, mitos, lendas e domesticam alguns espécimes.⁴² Contudo, há critérios responsáveis para usufruir da natureza, por exemplo: não matam fêmeas grávidas e animais em idade de reprodução; e os animais domesticados vivem livremente nas aldeias, dentro de seu *habitat* natural, sendo a alimentação mantida corretamente.⁴³ Nota-se a diferença de tratamento da natureza,

³⁹ GIOVANINI, D. J. (Org.). **Animais silvestres**: vida à venda, 2002, p. 218.

⁴⁰ RENTAS. Rede Nacional contra o Tráfico de Animais Silvestres. **1º Relatório Nacional sobre o Tráfico de Animais Silvestres**, 2001, p. 29.

⁴¹ GIOVANINI, op. cit., p. 219-220.

⁴² RENTAS. op. cit., p. 11.

⁴³ *Ibidem*, p. 14.

as tribos indígenas aproveitam os recursos naturais de forma sustentável, diferentemente da civilização moderna.

3.1 Legislação aplicável e cuidado para com a fauna

A Declaração Universal dos Direitos dos Animais⁴⁴ foi proclamada em uma Assembleia da UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura), no dia 27 de janeiro de 1978, na cidade de Bruxelas, na Bélgica, com o objetivo de criar parâmetros jurídicos para nortear os países-membros da ONU (Organização das Nações Unidas) acerca dos direitos dos animais.⁴⁵ A referida declaração conta com 14 artigos, que consideram o respeito aos animais, o direito de existir, de reprodução, de liberdade, menciona também o não sofrimento por maus-tratos ou atos cruéis provocados pelos seres humanos.⁴⁶

Ainda que a Declaração não possua força de lei, deve servir de fonte para que a legislação interna de cada país reconheça os valores e as necessidades coletivas.⁴⁷ O Direito Internacional na seara ambiental possui diversos tratados, convenções etc. voltados à proteção do meio ambiente, havendo consensos internacionais sobre a proteção da fauna silvestre, como os consignados na Convenção para a Proteção da Flora, da Fauna e das Belezas Cênicas Naturais dos Países da América (Decreto nº 58.054, promulgado em 23 de março de 1966) e na Convenção sobre o Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção (Decreto nº 76.623, promulgado em 17 de novembro de 1975), sendo tais atos internacionais praticados pelo Brasil na disciplina ambiental.⁴⁸

Salienta-se que a Convenção sobre Diversidade Biológica (Decreto nº 2.519, de 16 de março 1998) é uma das mais importantes por definir medidas legislativas, técnicas e políticas a serem adotadas pelos Estados signatários, sendo que, após a CDB, verifica-se que a legislação ambiental

⁴⁴ NAÇÕES UNIDAS. Assembléia Geral. **Declaração Universal dos Direitos dos Animais**, [2021?].

⁴⁵ TINOCO, I. A. P.; CORREIA, M. L. A. **Análise crítica sobre a declaração universal dos direitos dos animais**, jul./dez. 2010, p. 14.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 16.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 14.

⁴⁸ ANTUNES, P. de B. **Direito ambiental**, 2019, p. 474-476.

brasileira evoluiu ao buscar cumprir as normas internacionais mesmo com as dificuldades que o país possui.⁴⁹

Além disso, o direito ambiental brasileiro é tratado como direito fundamental, ainda que não esteja elencado entre os artigos 5º e 17 da Constituição Federal de 1988, sendo destinado um capítulo específico ao meio ambiente, consolidada a preservação no artigo 225 da Carta Magna.⁵⁰

Observa-se que o meio ambiente de qualidade, equilibrado e sadio é tanto direito como dever de todos, a fim de garantir que futuras gerações também possam gozar de tal direito.⁵¹ O artigo 225 da Carta Magna é um marco normativo significativo, pois a consagração da proteção ambiental na estrutura constitucional influencia todos os ramos do Direito, implicando, inclusive, limites a outros direitos, sendo fundamentais ou não.⁵²

Posto isso, para concretizar o seu dever de proteção ambiental, o Estado tem a obrigação de normatizar condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, consolidando, assim, um instrumento jurídico importante que é a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, conhecida como Lei de Crimes Ambientais (LCA), que dispõe sobre as sanções penais e administrativas às ações lesivas contra o meio ambiente.⁵³ Destaca-se que a LCA destina o capítulo V, seção I, artigos 29 ao 37, para disciplinar os crimes contra a fauna.⁵⁴

Constata-se que a legislação, ao atribuir a pena de “*detenção e multa*”, torna a sanção irrelevante diante dos lucros e impactos ambientais gerados pelo tráfico da fauna. Verifica-se ainda a falta de um tipo penal específico para o crime de tráfico de animais silvestres e a distinção entre o traficante ocasional e o organizado.⁵⁵ Ricardo Bechara Elabras, Delegado da Polícia Federal, em

⁴⁹ ANTUNES, P. de B. **Direito ambiental**, 2019, p. 476-477.

⁵⁰ “Art. 225. **Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao **Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo** para as **presentes e futuras gerações.**” (grifo nosso) RECH, A. U.; MARIN, J.; AUGUSTIN, S. (Orgs.). **Direito ambiental e sociedade**, 2015, p. 67.

⁵¹ *Ibidem*, p. 68.

⁵² SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. **Direito ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral**, 2014, p. 240-241.

⁵³ *Ibidem*, p. 256.

⁵⁴ BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**, 1998.

⁵⁵ NOBRE, N. N. **Da necessidade de um novo tipo penal: crime de tráfico de animais**, 2007, p. 10.

seu depoimento na CPI do Tráfico de Animais e Plantas Silvestres, afirmou que:

O art. 29 da Lei de Crimes Ambientais (LCA), que traz um tipo penal múltiplo, não prevê tratamento diferenciado, com penas mais severas, para o tráfico interestadual ou internacional, razão pela qual grandes traficantes de animais, de forma inaceitável, têm hoje os benefícios aplicáveis às condutas consideradas de menor potencial ofensivo, como a transação penal e a suspensão condicional do processo; o valor da fiança para libertação dos infratores presos é muito baixo; e não há tipo penal específico para a biopirataria.⁵⁶

Importante mencionar que tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 347, apresentado em 17 de março de 2003, sob a justificativa: “Os trabalhos da CPITRAFI indicaram a necessidade de ajustes importantes nos tipos penais da Lei 9.605/98 que têm a fauna silvestre como bem jurídico tutelado, de forma a garantir sanções apropriadas para o tráfico de animais silvestres.” Contudo, a última Ação Legislativa ocorreu em 08 de agosto de 2017, constando “matéria não apreciada em face do encerramento da Sessão”⁵⁷.

Além do mais, encontram-se apensados àquele outros 26 Projetos de Lei para alteração da Lei nº 9.605/98, sendo relevante demonstrar alguns dos assuntos tratados: o PL 3.240/2004 propõe aumentar as penas cominadas aos crimes contra a fauna e acrescentar a figura delituosa do tráfico internacional de animais silvestres⁵⁸; o PL 4.184/2004 visa incluir o crime de tráfico de organismo vivo⁵⁹; o PL 4.214/2020 busca tornar mais rígidas as penas previstas para os crimes contra o meio ambiente, bem como criminalizar o comércio ilegal de animais por meio da rede internacional de computadores⁶⁰; e o PL 4.400/2020 pretende majorar a pena dos crimes

⁵⁶ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar o tráfico ilegal de animais e plantas silvestres da fauna e da flora brasileiras – CPITRAFI**, 2002/2003, p. 11.

⁵⁷ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 347, de 2003**, 2003.

⁵⁸ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.240, de 2004**, 2004.

⁵⁹ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.184, de 2004**, 2004.

⁶⁰ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.214, de 2020**, 2020.

previstos nos arts. 29 e 30, a fim de criar os tipos penais de tráfico de animais silvestres e de associação criminosa contra a fauna⁶¹.

De acordo com os autores Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer, acerca da efetividade da Lei nº 9.605/98, observa-se que a legislação não atinge os grandes agressores do meio ambiente, ainda que haja previsão legal para sanção de pessoa jurídica. Na prática, os integrantes de grupos sociais em condições de vulnerabilidade socioeconômica são os únicos responsabilizados, na maioria das vezes.⁶²

Frisa-se também que a possibilidade de perdão judicial, disposta no §2º do artigo 29 da LCA, no caso de “*guarda doméstica*” de espécie não ameaçada de extinção refere-se ao animal silvestre que foi criado como doméstico ilegalmente, mas não há consenso quanto à sua reinserção na natureza, havendo duas vertentes: primeira, trata-se da reinserção na natureza independentemente do tempo que permaneceu em cativeiro; segunda, essa reinserção causaria estresse ao animal que passou muito tempo no convívio humano, podendo caracterizar uma forma de maus-tratos. Assim, realiza-se um parecer técnico de acordo com o caso concreto.⁶³

Por derradeiro, sabe-se da importância da Lei nº 9.605/98, sendo considerada simbólica e normativa dos direitos ecológicos no Brasil na época de sua edição.⁶⁴ Todavia, considerar o crime ambiental como de menor potencial ofensivo, na atualidade, não repreende o infrator tampouco minimiza ou cessa a dizimação da fauna silvestre. Além disso, o Congresso Nacional reconhece a necessidade de alteração na legislação vigente para garantir sanções apropriadas ao tráfico de animais silvestres, mas, mesmo com diversos Projetos de Lei em tramitação, ainda não há devida modificação na norma brasileira.

⁶¹ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.400, de 2020**, 2020.

⁶² SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. **Direito ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral**, 2014, p. 256.

⁶³ GOIÁS (Estado). Ministério Público Estadual. **Manual de atuação funcional: fauna**, 2020, p. 63.

⁶⁴ SARLET, FENSTERSEIFER, op. cit., p. 256.

Outrossim, necessária a fiscalização e a atuação dos órgãos responsáveis para coibir tal prática e impedir que esses animais deixem coercitivamente seus *habitats* para sofrer nas rotas do tráfico.⁶⁵

3.2 Órgãos de atuação no controle ambiental

A Constituição Federal, em seu artigo 23, trata da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sendo firmado o dever quanto à preservação das florestas, da fauna e da flora em seu inciso VII. Contudo, o parágrafo único do referido artigo aduz a necessidade de lei complementar para disciplinar sobre as normas de cooperação.⁶⁶

Com isso, a Lei Complementar nº 140, de 08 de dezembro de 2011, tem como objetivo fixar normas para essa cooperação, trazendo, por exemplo, atribuições de licenciamento ambiental por cada ente federativo, bem como compartilhando responsabilidades em várias ações administrativas para cobrir diversos aspectos da gestão ambiental.⁶⁷

Vale mencionar que até 2011 era atribuição exclusiva do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) a análise de solicitações e emissão de autorizações de empreendimentos de fauna silvestre, posteriormente, com a publicação da Lei Complementar 140/2011, essa atribuição foi repassada aos Estados, havendo maior participação dos Estados na gestão da fauna silvestre. Assim, o órgão ambiental (Secretaria do Meio Ambiente) do Governo Estadual será responsável pela análise das solicitações para novos empreendimentos.⁶⁸ Ressalta-se que devem se submeter ao controle e cadastro no Sisfauna os empreendimentos previstos no artigo 3º da Instrução Normativa Ibama 07/2015:

Art. 3º Ficam estabelecidas exclusivamente as seguintes categorias uso e manejo da **fauna silvestre em cativeiro** para fins desta Instrução Normativa:

⁶⁵ TEIXEIRA, G. A. de O. **A prevenção e repressão ao tráfico internacional de animais silvestres**, 2005, p. 70-71.

⁶⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.

⁶⁷ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Lei complementar 140**, [2021?].

⁶⁸ BRASIL. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). **Sistema Nacional de Gestão da Fauna Silvestre (Sisfauna)**, 2016.

I - Centro de triagem de fauna silvestre: empreendimento de pessoa jurídica de direito público ou privado, com finalidade de receber, identificar, marcar, triar, avaliar, recuperar, reabilitar e destinar fauna silvestres provenientes da ação da fiscalização, resgates ou entrega voluntária de particulares, sendo vedada a comercialização;

II - Centro de reabilitação da fauna silvestre nativa: empreendimento de pessoa jurídica de direito público ou privado, com finalidade de receber, identificar, marcar, triar, avaliar, recuperar, reabilitar e destinar espécimes da fauna silvestre nativa para fins de reintrodução no ambiente natural, sendo vedada a comercialização;

III - Comerciante de animais vivos da fauna silvestre: estabelecimento comercial, de pessoa jurídica, com finalidade de alienar animais da fauna silvestre vivos, sendo vedada a reprodução;

IV - Comerciante de partes produtos e subprodutos da fauna silvestre: estabelecimento comercial varejista, de pessoa jurídica, com finalidade de alienar partes, produtos e subprodutos da fauna silvestre;

V - Criadouro científico para fins de conservação: empreendimento de pessoa jurídica, ou pessoa física, sem fins lucrativos, vinculado a plano de ação ou de manejo reconhecido, coordenado ou autorizado pelo órgão ambiental competente, com finalidade de criar, recriar, reproduzir e manter espécimes da fauna silvestre nativa em cativeiro para fins de realizar e subsidiar programas de conservação e educação ambiental, sendo vedada a comercialização e exposição;

VI - Criadouro científico para fins de pesquisa: empreendimento de pessoa jurídica, vinculada ou pertencente a instituição de ensino ou pesquisa, com finalidade de criar, recriar, reproduzir e manter espécimes da fauna silvestre em cativeiro para fins de realizar ou subsidiar pesquisas científicas, ensino e extensão, sendo vedada a exposição e comercialização a qualquer título;

VII - Criadouro comercial: empreendimento de pessoa jurídica ou produtor rural, com finalidade de criar, recriar, terminar, reproduzir e manter espécimes da fauna silvestre em cativeiro para fins de alienação de espécimes, partes, produtos e subprodutos;

VIII - Mantenedouro de faunas silvestre: empreendimento de pessoa física ou jurídica, sem fins lucrativos, com a finalidade de criar e manter espécimes da fauna silvestre em cativeiro, sendo proibida a reprodução, exposição e alienação;

IX - **Matadouro, abatedouro e frigorífico:** empreendimento de pessoa jurídica, com a finalidade de abater, beneficiar e alienar partes, produtos e subprodutos de espécimes de espécies da fauna silvestre;
X- **Jardim zoológico:** empreendimento de pessoa jurídica, constituído de coleção de animais silvestres mantidos vivos em cativeiro ou em semiliberdade e expostos à visitação pública, para atender a finalidades científicas, conservacionistas, educativas e socioculturais.⁶⁹ (grifo nosso)

Os entes federativos são dotados de amplas competências ambientais, mas se critica o fato de os três níveis de administração pública não agirem de forma coordenada, já que são adotadas medidas contraditórias.⁷⁰ Almeja-se com essa legislação a sua aplicação e efetividade para proteção ambiental, através das ações administrativas de cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.⁷¹

O Poder Executivo constituiu o Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama) para estruturar a atuação dos órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, tendo em vista que todos são responsáveis pela proteção, melhoria e controle ambiental.⁷² Assim, a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que versa sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, traz em seu artigo 6º a estrutura do Sisnama.

O Sisnama é a estrutura de gestão ambiental adotada pelo Brasil, devendo todas as esferas do governo colaborarem para minimizar os danos ambientais, bem como disponibilizarem acesso às informações das lesões causadas à natureza.⁷³

Destaca-se um dos principais órgãos de controle ambiental no Brasil: o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), sendo uma autarquia federal de regime especial, dotada de personalidade jurídica de direito público com autonomia administrativa e

⁶⁹ BRASIL. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). **Instrução Normativa Ibama nº 07, de 30 de abril de 2015**, 2015.

⁷⁰ ANTUNES, P. de B. **Direito ambiental**, 2019, p. 81.

⁷¹ SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. **Direito ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral**, 2014, p. 294.

⁷² BARBARULO, Â. **Direito ambiental: do global ao local**, 2013, cap. 3.

⁷³ *Ibidem*, cap. 3.

financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, com competências de planejamento, gestão, fiscalização e execução para preservação, conservação e uso racional dos recursos naturais.⁷⁴

Além disso, a Polícia Militar Ambiental também é um órgão fiscalizador constituído para combater crimes ambientais através do atendimento a denúncias e policiamento ostensivo e preventivo, bem como para resgatar e receber animais silvestres e encaminhá-los ao CETAS, além de realizar ações de educação ambiental⁷⁵.

Por outro lado, fundamental apontarmos também a atuação das Organizações Não Governamentais (ONGs) voltadas à proteção ambiental, pois realizam reivindicações e atuam ativamente em fóruns nacionais e internacionais, contando com a participação de especialistas em estudos e a elaboração de relatórios e documentos dedicados à temática ambiental.⁷⁶

Outrossim, relevante verificarmos a proteção judicial ambiental mediante análise de jurisprudência, isso porque possibilitará conferir a interpretação da legislação ambiental na atualidade, considerando que algumas normas são datadas de décadas passadas.⁷⁷

4. ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA DO STJ SOBRE O TRÁFICO DE ANIMAIS

O presente estudo busca identificar quais os principais fatores que levam ao comércio ilegal de fauna silvestre, analisando as diretrizes da legislação ambiental federal para coibir ou minimizar esse tipo de tráfico no Brasil, bem como avaliar a eficiência da legislação brasileira para a proteção da fauna silvestre. Além da pesquisa bibliográfica documental, optou-se pela análise jurisprudencial para compreendermos como o Poder Judiciário está se posicionando quando aplicada a legislação ambiental brasileira para a proteção da fauna, considerando as práticas culturalmente aceitas, bem

⁷⁴ ANTUNES, P. de B. **Direito ambiental**, 2019, p. 114.

⁷⁵ GOIÁS (Estado). Ministério Público Estadual. **Manual de atuação funcional: fauna**, 2020, p. 19.

⁷⁶ SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. **Direito ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral**, 2014, p. 368-369.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 357.

como o fato de o tráfico de animais silvestres ser uma das causas de dizimação de espécies, acarretando impactos ambientais negativos.

Para tanto, a pesquisa foi realizada pelo método qualitativo de análise jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça, com intervalo entre os anos de 2015 e 2020, utilizando-se como chave de busca “tráfico de animais silvestres”, tendo como resultado cinco acórdãos sobre o assunto. Salienta-se que para o referido estudo são relevantes dois julgados, tendo em vista que os demais julgados (três de cinco) versam sobre tráfico ilícito de drogas, posse ilegal de arma de fogo e munição de uso restrito, respectivamente, tratando os crimes ambientais contra a fauna de forma secundária, razão pela qual não restaram analisados.

Primeiramente, analisa-se o Habeas Corpus nº 524.517/SP (Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, da Quinta Turma), julgado em 17/10/2019. O caso concreto versa sobre suposta prática dos crimes ambientais dos artigos 29 e 32 da Lei 9.605/1998, associação criminosa (art. 288 do Código Penal), receptação qualificada (art. 180, §1º, do CP), crime de perigo para vida ou saúde de outrem (art. 132 do CP), falsificação de documento público (art. 297 do CP), falsificação de selo ou sinal público (art. 296 do CP), falsidade ideológica (art. 299 do CP) e corrupção de menor (art. 244-B da Lei 8.069/1990 - ECA).

Quanto ao voto do Excelentíssimo Senhor Ministro Relator Reynaldo Soares da Fonseca, foi por não conhecer o remédio constitucional por entender que a prisão preventiva está devidamente justificada para resguardar a ordem pública e a instrução criminal. Isso porque há dados suficientes de materialidade e autoria acerca da participação do paciente no esquema criminoso de comércio ilegal de animais, bem como na venda de documentação e anilhas falsas para “esquentar” os animais de origem ilícita.

Além disso, menciona que resguardar a ordem pública consiste no risco de reiteração criminosa, já que o paciente se dedica à prática contínua de delitos relacionados à atividade de tráfico de animais silvestres, de maneira ininterrupta, não havendo registro de vínculo empregatício formal no Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), o que corrobora a tese investigatória de que utiliza o comércio ilegal de animais como um meio de vida, causando danos irreparáveis ao meio ambiente, considerando o elevado número de animais capturados, maltratados e mortos.

Em tempo, a fundamentação também destaca a gravidade dos crimes, que causaram um inegável desequilíbrio ecológico, além da presunção de impunidade que foi manifestada por alguns dos investigados do caso concreto, os quais não se intimidaram com anteriores sanções penais ou outros atos de perseguição penal.

Por derradeiro, o caso em tela foi apreciado pela Quinta Turma, por não conhecer o pedido de Habeas Corpus, sendo a tese do Ministro Relator considerada, por unanimidade, como a melhor solução para o feito.

Por outro lado, o Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.260.373 (Rel. Ministro Benedito Gonçalves, da Primeira Turma), julgado em 20/02/2018, figurando como agravante o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), sustenta que há valorização da prova (perícia) na discussão trazida nos autos “e que essa constitui o contexto fático-probatório e da infração ambiental cometida, o que afasta a aplicação da Súmula 7/STJ”. No caso em análise, a perícia concluiu que duas aves, sendo um papagaio-verdadeiro e um papagaio-de-peito-roxo, vivem em ambiente rural (Flores da Cunha/RS), sem problemas de poluição atmosférica, considerando como ambiente familiar aos papagaios por se tratar de região arborizada. As aves permanecem em um viveiro construído no pátio ao lado da casa que, embora tenha dimensões maiores que gaiolas, não é capaz de proporcionar o voo das aves. Além disso, apontou que a dieta fornecida, apesar de variada, tem chances de carecer de alguns nutrientes, sugerindo melhorias. Não apresentaram enfermidades aparentes, mas notou-se que o papagaio-verdadeiro está acima do peso adequado e o papagaio-de-peito-roxo apresenta fratura na asa esquerda. Outro ponto importante referido é que o papagaio-de-peito-roxo está enquadrado como espécie vulnerável na lista do IBAMA de animais ameaçados, sendo considerada espécie em perigo pela Fundação Zoobotânica do Rio Grande do Sul, pertencendo ao apêndice I da CITES.

O voto do Excelentíssimo Senhor Ministro Relator Benedito Gonçalves foi por negar provimento ao agravo interno, entendendo que o acórdão *a quo* acolheu integralmente os fundamentos da sentença que, em atenção à particularidade do caso concreto, entendeu pelo preenchimento dos requisitos legais para a guarda doméstica, em decorrência do longo período de convivência dos papagaios naquela família, sendo passados de geração para geração, interagindo com seres humanos, estando bem cuidados, apesar

da fratura da asa e do sobrepeso, sendo que não haveria indícios de se tratar de objeto de tráfico.

Por fim, a decisão proferida pela Primeira Turma na sessão de julgamento foi, por unanimidade, acolher a fundamentação do voto do Ministro Relator para negar provimento ao agravo interno, mantendo a concessão definitiva da guarda doméstica dos dois papagaios.

Verifica-se que o primeiro julgado reconhece a gravidade dos crimes e atenta para o desequilíbrio ecológico e os danos causados ao meio ambiente, aplicando-se rigor maior do que na apreciação do segundo julgado, justamente por temer a presunção de impunidade e reincidência da conduta. Já no segundo, nota-se uma análise mais branda por se tratar de prática cultural, sendo reconhecida a guarda doméstica dos papagaios mesmo com viveiro incapaz de proporcionar voos, estando uma das aves com a asa fraturada e verificando-se alimentação inadequada, haja vista o sobrepeso. Além disso, concede a guarda doméstica mesmo se tratando de espécie silvestre considerada ameaçada de extinção, contrariando o disposto do §2º do artigo 29 da Lei 9.605/1998.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A fauna silvestre brasileira é um bem ambiental importante para o Brasil e para o mundo, pois há uma diversidade de espécies essenciais para o equilíbrio ecológico e da cadeia alimentar, bem como riqueza genética que pode ser extraída através da biotecnologia para produção de medicamentos, prevenção de doenças ou até mesmo sua cura.

Nota-se que o Poder Público possui medidas de gestão ambiental interessantes para a proteção ambiental, como o Plano Estratégico Operacional de Atuação Integrada no Combate a Incêndios Florestais, mediante a atuação da Operação Guardiões do Bioma, o Programa Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais Floresta+ e o Programa Nacional para a Conservação de Espécies Ameaçadas de Extinção - Pró-Espécies. Todavia, essas medidas não estão sendo eficientes para o combate ao crime de tráfico de animais, o qual faz parte da história do nosso país e ainda é culturalmente aceito. Trata-se do terceiro maior tráfico do mundo, movimentando de 10 a 20 bilhões de dólares anualmente, sendo que o Brasil responde por 15% desse

valor. A atividade ilegal é fomentada pela biopirataria, pela oferta de animais em *pet shops*, pela indústria da moda, pelo mercado de turismo e também pela cultura brasileira de manter a guarda doméstica de animais silvestres. Entre outras modalidades, a comercialização ocorre em feiras, exportações e, inclusive, pela internet.

Além da dizimação de espécies, até mesmo de exemplares que nem sequer foram reconhecidos e catalogados pela ciência, o tráfico de fauna silvestre submete os animais a extrema crueldade, sobrevivendo apenas um em cada dez, sendo que os outros nove morrem ou no transporte ou na própria captura. Diante disso, considera-se que a legislação brasileira não dá a devida importância ao tráfico de animais silvestres, com a finalidade de punir mesmo que de forma secundária frente a outros delitos, tampouco à comercialização ilegal da fauna silvestre. A legislação atribui a esse delito um caráter de conduta de menor potencial ofensivo.

Desse modo, observa-se a necessidade de uma legislação mais rigorosa para a proteção da fauna silvestre, bem como um tipo penal específico para o tráfico desses animais, havendo diversos projetos de lei tramitando no Congresso Nacional desde a CPI do Tráfico de Animais Silvestres, criada em 2002, mas sem apreciação da matéria até o momento e, por consequência, sem atualização da legislação brasileira.

Além disso, verifica-se a necessidade da desconstrução da cultura brasileira diante da guarda doméstica de animais silvestres, bem como uma análise judicial mais severa sobre o tema, uma vez que, mesmo em desconformidade com a lei positivada, a jurisprudência embasa suas decisões confirmando a banalização dessa cultura. Por outro lado, importante o Poder Público promover políticas públicas de proteção da fauna silvestre brasileira, a fim de informar e contar com a colaboração da sociedade para também atuar no seu dever constitucional de preservação do meio ambiente.

Por derradeiro, o Brasil, sendo detentor de grandes riquezas naturais, tem o dever de proteger o meio ambiente, podendo usufruir dos recursos ambientais de maneira sustentável, visando o equilíbrio na gestão ambiental. Para tanto, é preciso investir em pesquisas científicas, políticas públicas e atualização da norma brasileira, bem como aprimorar as estruturas dos Centros de Triagem de Animais Silvestres (CETAS), os quais são responsáveis

pelo manejo dos animais silvestres resgatados em ações fiscalizatórias ou entregues voluntariamente por particulares.

REFERÊNCIAS

ALHO, Cleber J. R. Importância da biodiversidade para a saúde humana: uma perspectiva ecológica. **Estudos Avançados: Dossiê sustentabilidade**, São Paulo, v. 26, n. 74, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-40142012000100011>. Acesso em: 26 abr. 2021.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de; ROCHA, Maria Célia Albino da. Biodiversidade brasileira: biopirataria e a proteção dos conhecimentos tradicionais. **Revista Direito UFMS**, Campo Grande, v. 4, n. 1, p. 57-73, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/issue/view/427>. Acesso em: 8 abr. 2021.

BARBARULO, Ângela. **Direito ambiental: do global ao local**. 1. ed. São Paulo: Gaia, 2013. E-book (não paginado). Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/184355/epub/0?code=gGhUOqiky nwSV5lxqHdcyin4+EL2l3JSQ4m8PcyZavw5YD20yGn6mq/Q2+BYSYC3sXgrUk5Zu RLC52rklmvy7Q==>. Acesso em: 28 maio 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar o tráfico ilegal de animais e plantas silvestres da fauna e da flora brasileiras – CPITRAF, criada em 10.09.2002, com base no Requerimento nº 13, de 2000, do deputado Rubens Bueno. Constituída em 07.11.2002 e instalada em 13.11.2002. Relator Deputado Sarney Filho. Brasília, DF, 2002/2003. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/51-legislatura/cpitrafi/relatorio/relatoriofinal.pdf>. Acesso em: 14 maio 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 347, de 2003**. Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Autoria: CPITRAFI. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2003]. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=117474&filename=PL+347/2003. Acesso em: 04 out. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3240, de 2004**. Dá nova redação aos arts. 29 e 30, da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, aumentando as penas cominadas aos crimes contra a fauna e acrescentando a figura delituosa do tráfico internacional de animais silvestres. Autoria: Juíza Denise Frossard - PSDB/RJ. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2004]. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=205523&filename=PL+3240/2004. Acesso em: 04 out. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4184, de 2004**. Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, para incluir o crime de tráfico de organismo vivo, e dá outras providências. Autoria: Alberto Fraga - PTB/DF. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2004]. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=242931&filename=PL+4184/2004. Acesso em: 04 out. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4214, de 2020**. Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, Lei de Crimes Ambientais, para tornar mais rígidas as penas previstas para os crimes contra o meio ambiente, além de criminalizar o comércio ilegal de animais por meio da rede internacional de computadores; e a Lei nº 5.197, de 3 de janeiro de 1967, que dispõe sobre a proteção à fauna, para fiscalizar os criadouros autorizados e clubes de caça. Autoria: Rafael Motta - PSB/RN. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2020]. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1922945&filename=PL+4214/2020. Acesso em: 05 out. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4400, de 2020**. Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para majorar a pena dos crimes previstos nos arts. 29 e 30, para criar os tipos penais de tráfico de animais silvestres e de associação criminosa contra a fauna e para dar outras providências. Autoria: Ricardo Izar - PP/SP e Célio Studart - PV/CE. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2020]. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1926160&filename=PL+4400/2020. Acesso em: 05 out. 2021.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 09 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 4.339, de 22 de agosto de 2002**. Institui princípios e diretrizes para a implementação da Política Nacional da Biodiversidade. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4339.htm. Acesso em: 09 set. 2021.

BRASIL. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). **Instrução Normativa Ibama nº 07, de 30 de abril de 2015**. Brasília, DF: Ibama, 2013. Disponível em: https://www.icmbio.gov.br/cepsul/images/stories/legislacao/Instrucao_normativa/2015/in_ibama_07_2015_institui_categorias_uso_manejo_fauna_silvestre_cativeiro.pdf. Acesso em: 14 set. 2021.

BRASIL. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). **Sistema Nacional de Gestão da Fauna Silvestre (Sisfauna)**. 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/ibama/pt-br/aceso-a-informacao/perguntas-frequentes/sistemas/sisfauna#apos-publicacao>. Acesso em: 14 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras

providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 12 maio 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **O que é a Covid-19?** Saiba quais são as características gerais da doença causada pelo novo coronavírus, a Covid-19. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/o-que-e-o-coronavirus>. Acesso em: 01 set. 2021.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Biodiversidade**. Brasília, DF: Ministério do Meio Ambiente, [2021?]. Disponível em: <https://www.gov.br/mma/pt-br/assuntos/biodiversidade>. Acesso em: 09 abr. 2021.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Brasil lidera campanha internacional contra tráfico de animais silvestres**. Brasília, DF: Ministério do Meio Ambiente, 2006. Disponível em: <https://www.gov.br/mma/pt-br/noticias/brasil-lidera-campanha-internacional-contra-traffic-de-animais-silvestres>. Acesso em: 17 abr. 2021.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Governo Federal integra ações em plano de combate a incêndios florestais**: ação que envolve ministérios da Justiça e Segurança Pública, Meio Ambiente e Desenvolvimento Regional prevê 6 mil homens em campo. Brasília, DF: Ministério do Meio Ambiente, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/mma/pt-br/assuntos/noticias/governo-federal-integra-acoes-em-plano-de-combate-a-incendios-florestais>. Acesso em: 05 set. 2021.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Lei complementar 140**. Brasília, DF: Ministério do Meio Ambiente, [2021?]. Disponível em: <https://antigo.mma.gov.br/governanca-ambiental/sistema-nacional-do-meio-ambiente/lei-complementar-140.html>. Acesso em: 13 set. 2021.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **MMA e Renctas lançam campanha de combate ao tráfico de animais**. Brasília, DF: Ministério do Meio Ambiente, 2002. Disponível em: <https://www.gov.br/mma/pt-br/noticias/mma-e-renctas-lancam-campanha-de-combate-ao-traffic-de-animais>. Acesso em: 05 set. 2021.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **MMA institui programa floresta+ para remunerar quem protege a mata nativa**: 500 milhões de reais são destinados ao projeto-piloto na Amazônia Legal. Brasília, DF: Ministério do Meio Ambiente, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mma/pt-br/noticias/mma-institui-programa-floresta-para-remunerar-quem-protege-a-mata-nativa>. Acesso em: 05 set. 2021.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Programa floresta+**: valor a quem preserva. Brasília, DF: Ministério do Meio Ambiente, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mma/pt-br/centrais-de-conteudo/programa-20floresta-pdf>. Acesso em: 05 set. 2021.

BRASIL. Pró-Espécies. **Projeto Pró-Espécies:** todos contra a extinção. [S. l.]. 2019. Disponível em: <https://proespecies.eco.br/projeto/>. Acesso em: 05 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.260.373 Rio Grande do Sul.** Processual civil e administrativo. Agravo interno no recurso especial. Violação do art. 535 do CPC/1973. Não ocorrência. Reserva de plenário. Ausência de prequestionamento. Guarda de animais silvestres. Possibilidade de manutenção da posse do recorrido [...]. Agravante: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA. Agravado: Expedito Giacomo Rech. Relator: Ministro Benedito Gonçalves, 20 de fevereiro de 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101413330&dt_publicacao=07/03/2018. Acesso em: 25 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus nº 524.517 São Paulo.** Habeas Corpus substituto do recurso próprio. Crimes ambientais (arts. 29 e 32 da lei 9.605/1998), associação criminosa, receptação qualificada. Crime de perigo para vida ou saúde de outrem, falsificação de documento público, falsificação de selo ou sinal público, falsidade ideológica e corrupção de menor. Prisão preventiva. Fundamentação. Periculosidade social. Risco de reiteração. Ausência de constrangimento ilegal. Habeas Corpus não conhecido [...]. Impetrante: Gabriel Martins Furquim - SP331009; José Pedro Said Júnior - SP125337; Paulo Antônio Said - SP146938. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Paciente: Lucas Nunes Ferreira. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 17 de outubro de 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902250350&dt_publicacao=24/10/2019. Acesso em: 21 set. 2021.

CALGARO, Cleide (Org.) **Direito socioambiental.** Caxias do Sul: Educus, 2018. E-book. Disponível em: <https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/ebook-direito-socioambiental-cleide.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

FONTES, Henrique. **Veneno de cobra brasileira tem molécula que inibe o coronavírus:** composto produzido pela Jararacuçu bloqueou a reprodução do SARS-CoV-2 em células. Unesp, Instituto de Química, Araraquara, 19 ago. 2021. Disponível em: <https://www.iq.unesp.br/sharer.php?noticia=762>. Acesso em: 01 set. 2021.

FUNDO BRASILEIRO PARA A BIODIVERSIDADE (FUNBIO). **Pró-Espécies:** o que é. Brasília, DF: FUNBIO, [2021?]. Disponível em: https://www.funbio.org.br/programas_e_projetos/gef-pro-especies/. Acesso em: 05 set. 2021.

GIOVANINI, Dener José (Org.). **Animais silvestres:** vida à venda. Brasília: Renctas, 2002. E-book.

GOIÁS (Estado). Ministério Público Estadual. **Manual de atuação funcional:** fauna. Goiás: Ministério Público Estadual, 2020. Disponível em: https://www.crmvgo.org.br/site/download/Manual_de_Atuacao_Funcional_Fauna_2020.pdf. Acesso em: 11 out. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS (IBAMA). **Sistema Nacional de Gestão da Fauna Silvestre (Sisfauna).**

2016. Disponível em: <https://www.gov.br/ibama/pt-br/aceso-a-informacao/perguntas-frequentes/sistemas/sisfauna#apos-publicacao>. Acesso em: 14 set. 2021.

MENUZZI, Natália. Tráfico de espécies silvestres ameaça a biodiversidade da fauna brasileira: comércio ilegal é responsável pela retirada de 38 milhões de animais do Brasil a cada ano. **Revista Arco**, Santa Maria, 27 ago. 2020. Disponível em: <https://www.ufsm.br/midias/arco/trafico-animais-silvestres/>. Acesso em: 05 set. 2021.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração Universal dos Direitos dos Animais**. Adotada e proclamada pela Assembleia da UNESCO em 27 de janeiro 1978. Bélgica, Bruxelas: UNESCO, [2021?]. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/direitosdosanimais/files/2018/10/DeclaracaoUniversaldosDireitosdosAnimaisBruxelas1978.pdf>. Acesso em: 11 maio 2021.

NOBRE, Nicolle Neves. Da necessidade de um novo tipo penal: crime de tráfico de animais. **Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA**, Salvador, v. 7, 2007. 13 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação) – Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2007. Disponível em: <https://docplayer.com.br/3902928-Revista-juridica-dos-formandos-em-direito-2007-2-ufba.html>. Acesso em: 07 abr. 2021.

PAZ, Ronilson José da; LACERDA, Cícero de Sousa; FARIAS, Talden; LUCENA, Reinaldo Farias Paiva de; MADRUGA FILHO, Vital José Pessoa Madruga (Orgs.). **O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**. Cabedelo, PB: Editora IESP, 2018. 209 p. E-book. Disponível em: [https://pdf.zlibcdn.com/dtoken/9a82bd1e79cd411cec9193bc2b76906a/O_direito_ao_meio_ambiente_ecologicamente_equilibr_12044254_\(z-lib.org\).pdf](https://pdf.zlibcdn.com/dtoken/9a82bd1e79cd411cec9193bc2b76906a/O_direito_ao_meio_ambiente_ecologicamente_equilibr_12044254_(z-lib.org).pdf). Acesso em: 31 ago. 2021.

RECH, Adir Ubaldio; MARIN, Jeferson; AUGUSTIN, Sérgio (Orgs.). **Direito ambiental e sociedade**. Caxias do Sul: Educs, 2015. E-book. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/30807/pdf/72?code=GuX/xFiHWWLyMn6Obh/8HcwRtswfgoSCIBKZOslTRid/0wv9dK0BFgTg7VyzmOXBZK6iBJ3pHwneekWE2mcxog==>. Acesso em: 11 maio 2021.

RENTAS. Rede Nacional contra o Tráfico de Animais Silvestres. **1º Relatório Nacional sobre o Tráfico de Animais Silvestres**. Brasília, 2001. Disponível em: https://www.rentas.org.br/wp-content/uploads/2014/02/REL_RENTAS_pt_final.pdf. Acesso em: 08 abr. 2021.

SARLET, Igor Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, Marcela Vitoriano e. **A construção normativo-principiológica da solidariedade intergeracional no Direito brasileiro**. Dissertação (Mestrado) - Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, 2014. Disponível em: https://emge.edu.br/editor/assets/arquivos_agendadefesas/2913fb31fbbca7ae763c2a19b82fac14.pdf. Acesso em: 31 ago. 2021.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 16. ed. São Paulo: Saraiva: Educação, 2018.

TEIXEIRA, Gabriela Amaral de Oliveira. **A prevenção e repressão ao tráfico internacional de animais silvestres**. Trabalho de conclusão de curso (Especialização em Direito Ambiental) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2005. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/10738/1/50000696.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2021.

TINOCO, Isis Alexandra Pincella; CORREIA, Mary Lúcia Andrade. Análise crítica sobre a declaração universal dos direitos dos animais. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 5, n. 7, p. 169-195, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/>. Acesso em: 11 maio 2021.

A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS RELATIVOS À SEGURIDADE SOCIAL EM FACE DA RESERVA DO POSSÍVEL

*THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS RELATED TO
SOCIAL SECURITY IN FACE OF THE PRINCIPLE
OF RESERVE FOR CONTINGENCIES*

Thiago Gomes da Silva

*(Pós-graduando em Direito e Processo Previdenciário pela Universidade
de Fortaleza; Graduado em Direito pela Universidade
do Estado do Rio Grande do Norte; Advogado)
thiagogomes.iuris@gmail.com*

RESUMO

Neste artigo propõe-se demonstrar a jusfundamentalidade e real justiciabilidade dos direitos fundamentais da seguridade social, no hodierno panorama neoconstitucional cujas constituições têm o condão de dirigir efetivamente os rumos da vida nacional. Enfrenta-se neste estudo a discussão atual do uso indiscriminado e desvirtuado da reserva do possível, tendo em vista a salvaguarda da dignidade humana, ao menos, em seu patamar civilizatório mínimo consubstanciado na garantia do mínimo existencial. O estudo caracteriza-se por uma abordagem qualitativa, valendo-se dos métodos descritivo e exploratório, assim como da técnica de levantamento de dados bibliográficos. Lança-se vista a meios de efetivação, em que se sobreleva a importância de uma jurisdição constitucional concretizadora dos direitos fundamentais da seguridade social como expressão e instrumento da justiça social, promovendo-se possibilidades de luta à efetivação, tendo como parâmetro os objetivos da República Federativa do Brasil expressos no Pacto Político de 1988.

Palavras-chave: Efetivação. Direitos fundamentais da seguridade social. Reserva do possível. Neoconstitucionalismo. Acesso à Justiça.

ABSTRACT

In this article it is proposed to demonstrate the jusfundamentality and real justiciability of rights fundamentals of social security, in today's neoconstitutional panorama whose constitutions have the power to effectively direct the course of national life. It is faced in this study the current discussion of the indiscriminate and distorted use of the principle of reserve for contingencies, with a view to safeguarding human dignity, at least, in its minimum civilizational level embodied in the guarantee of the existential minimum. The study is characterized by a qualitative approach, using descriptive and exploratory methods, as well as the bibliographic data collection technique. It launches a view to means of effectiveness, in which the importance of a constitutional jurisdiction that implements the fundamental rights of social security as expression and instrument of social justice, promoting possibilities of struggle for effectiveness, having as a parameter the objectives of the Federative Republic of Brazil expressed in the 1988 Political Pact.

Keywords: Effectiveness. Fundamental rights of social security. Reserve for contingencies. Neoconstitucionalism. Access to justice.

Data de submissão: 17/10/2022

Data de aceitação: 19/05/2023

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. JUSFUNDAMENTALIDADE DA SEGURIDADE SOCIAL E FORÇA DIRIGENTE CONSTITUCIONAL. 2. RESERVA DO POSSÍVEL ENQUANTO RESTRIÇÃO DESVIRTUADA E MÍNIMO EXISTENCIAL. 3. MEIOS À EFETIVAÇÃO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

Neste estudo, depara-se com o enfrentamento de um conjunto de ideias no qual se encontra imbuído o emprego da reserva do possível no Brasil, levando-se em consideração uma transposição reducionista equivocada do referido

constructo, que ainda desconsiderou e majoritariamente desconsidera a realidade do país de modernidade tardia com sérios problemas e conflitos sociais que lhe são próprios e que clamam por urgentes resoluções. Esse reducionismo tem significativos reflexos, incidindo na questão da reserva do possível por vieses ideológicos neoliberais de interesses questionáveis quando se leva em consideração o paradigma da Constituição Federal de 1988, mais precisamente em relação à tentativa nossa de construção de consenso democrático.

Daí exsurge a necessidade da busca da efetivação dos direitos fundamentais da seguridade social, caminhando-se na direção da demonstração que se fez requisitar e ratificar a defesa da sua jusfundamentalidade e justiciabilidade decorrente, no cenário em que se encontra o Constitucionalismo contemporâneo, dotado de força dirigente dos direitos fundamentais sociais em geral. Direitos esses mais precisamente percebidos na relação entre o combate à questão do desvirtuamento em si e a elementar preservação da dignidade humana manifesta na construção conceitual de mínimo existencial, entendido, assim, como o patamar civilizatório mínimo a ser resguardado.

Neste estudo, caracterizado por uma abordagem qualitativa, valendo-se dos métodos descritivo e exploratório, assim como da técnica de levantamento de dados bibliográficos, reflete-se sobre a reserva do possível, apontando-se, entre outras direções e possibilidades, principalmente para a relevância de uma jurisdição realisticamente compromissada com os fins da Magna Carta e as atribuições conferidas em cada mister constitucional, tendo em vista o efetivo acesso à justiça, sob pena de minar a Carta Política, frustrando-a em si mesma.

1. JUSFUNDAMENTALIDADE DA SEGURIDADE SOCIAL E FORÇA DIRIGENTE CONSTITUCIONAL

O superprincípio fundante e maior da ordem jurídica brasileira da dignidade da pessoa humana de pronto permite reconhecer nos direitos fundamentais sociais, quadrante em que se encontra a seguridade social, a jusfundamentalidade que lhe é inerente, com todos os consectários resultantes da natureza de direitos humanos fundamentais. Ressalta-se que

a dignidade da pessoa humana se configura como a unidade valorativa do sistema constitucional, fundamento axiológico da Constituição e, por via de consequência, de todo o ordenamento jurídico, propiciando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido.

As experiências totalitárias pelas quais passou a humanidade na subjugação do homem pelo próprio homem, principalmente após a Segunda Grande Guerra, levaram a um movimento antropológico a fazer surgir um novo paradigma, marchando justamente no sentido da transposição de valores-fins, convicções sociais, políticas e filosóficas para o âmbito constitucional. Esse movimento remete à ideia de configuração de uma nova atmosfera jurídica que consiste no Neoconstitucionalismo: a valorização dos princípios, que passam a ser normas jurídicas; a Constituição ocupando o seu lugar de centralidade na sociedade; o desprestígio do positivismo puro e rígido; a convivência de diversos valores, por vezes contraditórios entre si, por meio da ponderação de princípios e interesses e de caminho dialógico; o estabelecimento da força normativa da Constituição; a migração de temas legislativos para a Constituição na constitucionalização de temas sensíveis; o surgimento de uma nova hermenêutica constitucional, a interpretar os institutos e todo o direito à luz dos princípios constitucionais; assim como a necessidade de uma jurisdição constitucional realizadora no que diz respeito à consecução dos seus fins, conforme designada na Carta Política, descortinando-se um novo modelo de Estado de Direito.

Como nos ensinam grandes e modernos constitucionalistas brasileiros, a exemplo de Lenza¹:

Visa-se, dentro dessa nova realidade, não mais apenas atrelar o constitucionalismo à ideia de limitação do poder político, mas, acima de tudo, busca-se eficácia da Constituição, deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, sobretudo diante da expectativa de concretização de direitos fundamentais.

Nesse contexto de ressignificação constitucional tem-se, com especial destaque, a pretensão de eficácia no plano fenomênico dos preceitos trazidos no seu bojo, tanto de direitos fundamentais de cunho objetivo,

¹ LENZA, P. **Direito Constitucional**, 2022, p. 54.

enquanto força axiológica, como de cunho subjetivo, exigíveis de imediata justiciabilidade, conforme se pode depreender do trecho a seguir:

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

[...]

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.²

Inaugurou-se, assim, uma nova hermenêutica e releitura interpretativa dos direitos fundamentais sociais, com base na força normativa da Constituição propugnada, de caráter dirigente, a indicar as vias a serem percorridas pelo Poder Público, inclusive nas relações entre os particulares; logo, de eficácia vertical e horizontal.

Trata-se de um convite às pessoas, em seus aspectos coletivos e individuais, a uma vivência e sentimento constitucional por todos os partícipes da vida em sociedade na cidadania participativa, com vontade de realização constitucional, na era em que a Constituição se tornou o centro do sistema, a se espalhar por todo o ordenamento jurídico, com a dignidade humana como norteador máximo. A esse respeito, as palavras de Hesse³ são ratificadoras:

Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada de vontade de Constituição (Wille zur Verfassung). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente.

Desse modo, não se concebe mais a ideia já superada de normas programáticas, tendo em vista que o caráter principiológico de certas normas fundamentais pode ser devidamente equacionado em um processo de ponderação mediante argumentação jusracional capaz de densificar o seu conteúdo diante do caso concreto e aprimorar a sua densidade normativa a ponto de torná-la imediatamente aplicável.

² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, 5 out. 1988.

³ HESSE, K. **A força normativa da constituição**, 1991, p. 21.

Taxá-las como normas meramente programáticas, incapazes de outorgar aos seus titulares o direito de buscar realizar os seus direitos subjetivos consubstanciados em prestações estatais, bem como incapazes de gerar responsabilidade do Estado diante do não cumprimento do seu teor, significa o total esvaziamento e retirada da força normativa da Constituição, reduzindo-a a uma mera e apenas retórica Carta de boas intenções, incapaz de transformar a sociedade.

Essa certamente não foi a vontade popular soberana expressa reflexamente pelo Poder Constituinte na Carta Magna de 1988, nem deve se coadunar com a realidade jurídico-constitucional da contemporaneidade, tampouco vai ao encontro da hodierna afirmação da força dirigente dos direitos fundamentais sociais, determinando a atuação dos poderes públicos na direção não apenas de respeito àqueles direitos, mas também da sua promoção mediante criação de estruturas institucionais e procedimentos necessários à concretização deles.

A essa noção efetivadora da dignidade humana vincula-se a Seguridade Social, compreendida como a estrutura pública ou função estatal de garantir e atender às necessidades básicas e vitais da população quando da ocorrência de riscos ou contingências sociais, necessidades essas próprias da condição de pessoa humana, de todo o gênero humano, não apenas do trabalhador, mas de todos aqueles que requerem cuidados elementares de saúde, previdência e assistência social. Na condição de amparo e expressão relevante do capitalismo humanista, configura-se como grande instrumento concretizador de justiça social e mitigação de mazelas sociais, assim como de combate à pobreza e redução das desigualdades sociais e atenção à pessoa humana em seu núcleo unificador calcado na dignidade humana, implicando necessariamente a construção de uma rede de proteção social efetiva e plena.

A sua eficácia reflete as escolhas já realizadas pelo Poder Constituinte como expressão da vontade popular no tocante à afirmação prática e à devida respeitabilidade do Estado Constitucional Social Humanista Democrático de Direito, claramente desenhado no plano jurídico-político nacional, como se pode perceber e rememorar dos próprios objetivos da República, nestes termos:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação.⁴

Convém ressaltar que o alcance desses objetivos requer medidas concretas, sendo a Seguridade uma dessas vias possíveis. Mais especificamente, reportando-se à jusfundamentalidade da Seguridade Social, também se pode defender que ela pode ser alcançada materialmente a partir da consideração à dignidade da pessoa humana, uma vez que esta foi alçada ao posto de valor jurídico primordial e fundamento da República.

Devem-se levar em consideração também os próprios direitos sociais topologicamente colocados dentro do título II da Carta Magna, intitulado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, com as suas respectivas fontes orçamentárias de custeio e a necessidade de desdobramentos em serviços e políticas públicas, o que, indubitavelmente, leva à justiciabilidade dos direitos fundamentais relacionados à Seguridade Social, como reflexo do axioma maior, pautado na dignidade humana, ao mesmo tempo que na Carta Magna se assegura o acesso ao poder judiciário (Constituição, art. 5º, inciso XXXV).

A Dignidade Humana é refletida em três subsistemas que integram a Seguridade Social, quais sejam: Assistência Social, Previdência Social e Saúde. Primeiramente, a Assistência Social, retirada pela Magna Carta de 1988 do campo da benevolência para alcançar a condição de direito subjetivo público com a finalidade de garantir o bem-estar humano em caso de necessidade (Constituição, art. 203, *caput*), “prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social”, alcança vulneráveis sociais e minorias.

Em seguida, o altamente relevante subsistema da Previdência Social, enquanto amparo da rede de proteção social ante as contingências e os riscos inerentes à vida – um verdadeiro grande seguro coletivo, contributivo e

⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, 5 out. 1988.

obrigatório, mas que precisa ser compreendido também como uma política pública social a demandar investimentos, e não a ser carimbada como mero gasto público. Salienta-se isso, sobretudo, em face dos avanços perpetrados na legislação previdenciária, com destaque para a Reforma Previdenciária, traçada pela Emenda nº 103/2019⁵, por meio da qual se promoveu uma série de mudanças no sistema previdenciário brasileiro, como a criação de nova sistemática das aposentadorias por tempo de contribuição e por idade, em que se somaram os requisitos para se criar a modalidade da chamada aposentadoria programada, além da instituição de regras de transição, sob a alegação de uma narrativa de déficit previdenciário que não se sustenta nos fatos e que, em verdade, disfarça intenções ideológicas de mercado, em detrimento da função social.

Explicitam-se o segurado e a proteção social, os quais, de modo geral, são concebidos numa perspectiva puramente matemática, uma vez que são equiparados somente a custo a ser suportado pela Administração Pública, em detrimento da sistemática inerente de direitos fundamentais própria da situação e do Estado Social traçado pela Magna Carta. Nesse caso, não da exclusão ou divisão, e sim da ponderação e harmonização prática de direitos, assim como de seguidas reformas que corroem a confiança no sistema de seguridade social, e desvios e priorizações indevidas dos recursos previdenciários, como historicamente se tem registrado no uso de tais meios financeiros na construção de Brasília, da Itaipu e da Transamazônica etc., na esteira do que é preconizado por Serau Júnior⁶.

E, portanto, tem-se o subsistema da saúde, enquanto expressão dos direitos humanos, resguardando-se, elementarmente, o direito à vida. A esse respeito, rememora-se o seguinte conteúdo:

Art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, bem como ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.⁷

⁵ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019**, 13 nov. 2019.

⁶ SERAU JUNIOR, M. A. **Economia e seguridade social: análise econômica do direito - seguridade social**, 2012.

⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, 5 out. 1988.

Direito social fundamental que é, ele igualmente faz surgir a sua justiciabilidade reivindicatória em face do Estado, pois não mais se concebe como normas programáticas, e sim como política pública que pode ser objeto de controle judicial com os parâmetros adequados, em caso de omissões indevidas que minem a eficácia desse direito social constitucional que não admite discricionariedade. Sobre isso, cabem as luzes jurisprudenciais da Ministra Ellen Gracie, no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 734.487 no Paraná (AI 734.487-AgR / PR): “O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço.”⁸

Acerca desses parâmetros adequados em matéria de direito à saúde, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu alguns delineamentos no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 no Ceará (STA 175-AgR / CE⁹), cujo relator foi o Ministro Gilmar Mendes, de que se podem tirar algumas conclusões: a) de modo geral, deverá ser acolhida a opção disponibilizada pelo Sistema Único de Saúde em detrimento da opção preferida pelo paciente, desde que não seja comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente, sem afastar de todo a possibilidade de o Poder Judiciário decidir pela adoção de medida diversa, por razões do caso concreto que comprovem a real necessidade; b) os tratamentos experimentais são realizados por laboratórios ou centros médicos de vanguarda e de pesquisa, cuja participação é ditada pelas normas que tratam da pesquisa médica, e, dessa forma, não serão arcados pelo Estado mediante decisão judicial; e c) no que se refere aos novos tratamentos ainda não incorporados ao SUS, assenta-se que, considerando-se os avanços contínuos da ciência médica que não podem ser acompanhados em igual velocidade pela estrutura administrativa do Estado, não pode restar o cidadão por isso com direito humano tão primordial à sua dignidade perecido, podendo ser objeto de reivindicação judicial tanto individual como coletiva. Dito isso, considera-se que o mínimo existencial há de ser preservado, sob pena de combalir a dignidade humana, ou mesmo a própria existência, sendo, em matéria de saúde, o mínimo existencial um impedimento ao uso da teoria da reserva do possível.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **AI 734.487-AgR / PR**, 20 ago. 2010, p. 1220.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **STA 175-AgR / CE**, 30 abr. 2010.

Portanto, é dentro dessa nova configuração paradigmática do dirigismo constitucional e da jusfundamentalidade da Seguridade Social que deve ser apreendida a eficácia dos direitos fundamentais relacionados a essa Seguridade ante o uso distorcido e a seletividade ideológica da reserva do possível como restrição à sua efetividade.

2. RESERVA DO POSSÍVEL ENQUANTO RESTRIÇÃO DESVIRTUADA E MÍNIMO EXISTENCIAL

Originariamente construída pelo Tribunal Constitucional Alemão no paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou-se jurisprudência no sentido de que a prestação demandada deve corresponder ao que se pode razoavelmente exigir da sociedade, de modo que, mesmo tendo o Estado os meios e recursos à disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo além dos limites do razoável.

Frisa-se que o constructo da reserva do possível foi inicialmente concebido como uma exigência de racionalidade e proporcionalidade nas demandas individuais em face do Estado Constitucional Social, ao qual não se opõe, no presente trabalho; muito pelo contrário, uma vez que se sabe da importância, para uma saudável vida em sociedade, do equilíbrio financeiro e atuarial das contas públicas, coadunando-se com a célebre frase de que levar direitos a sério é levar a sério o problema da escassez, e dos custos dos direitos em geral, não sendo em oposição a isso que, de fato, entrincheira-se neste estudo.

A problemática reside na transposição da construção jurisprudencial supramencionada para as *Terras Brasilis*, desconsiderando-se o contexto social de país de modernidade tardia como o Brasil e suas peculiaridades, como a de uma realidade em que o Estado do Bem-Estar Social nunca conseguiu cumprir os seus desígnios.

E o pior: a verdadeira transmutação da essência do referido constructo passou da necessidade de análise de racionalidade e proporcionalidade para se tornar principalmente um estandarte cujo principal objetivo é alardear tão somente a escassez de recursos fazendários, sem um maior detimento e fundamentação devida se é o que de fato ocorre, a papaguear, automática e

sistematicamente, a ideia de reserva do possível nas demandas em que, ao menos em tese, encontram-se consubstanciados os direitos fundamentais relacionados à Seguridade Social.

Nesse sentido, também levanta voz Sarlet¹⁰, ao assim explicar:

Nesse contexto, dada a íntima conexão desta problemática com a discussão em torno da assim designada “reserva do possível” na condição de limite fático e jurídico à efetivação judicial (e até mesmo política) de direitos fundamentais – e não apenas sociais prestacionais, consoante já frisado – vale destacar que também resta abrangida na obrigação de todos os órgãos estatais e agentes políticos a tarefa de maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível. Isso significa, em primeira linha, que se a reserva do possível há de ser encarada com reservas, também é certo que as limitações da reserva do possível não são, em si mesmas, uma falácia, como já se disse mais de uma vez entre nós. O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação de direitos fundamentais, especialmente de cunho social.

Assim, passou a ser utilizada como “tábua de salvação” ante a atuação jurisdicional concretizadora, sem que houvesse nem mesmo um esclarecimento acerca do conteúdo, compreendido em um conceito tão vago, e de como fazer a sua aplicação de modo consentâneo com a ordem constitucional brasileira, no âmbito social que lhe é peculiar, ora bradando escassez fática de recursos financeiros, ora usando como subterfúgio as vestes de escassez jurídico-orçamentária.

Essa situação evidencia o caráter de comprometimento ideológico da atual compreensão majoritária brasileira da reserva do possível, assim como de provável infiltração de correntes neoliberais no campo dos direitos e garantias fundamentais, refletindo um alinhamento de discurso que tende a reduzir direitos fundamentais meramente a lógicas econômico-matemáticas.

¹⁰ SARLET, W. I. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais, 2021, p. 372-373.

Nesse contexto, vislumbra-se uma conexão existente no discurso neoliberal de enxugamento de custos e do Estado Mínimo em geral, em detrimento de todas as estruturas destinadas à prestação de serviços e desenvolvimento de políticas públicas, assim como, de modo mais específico, pode-se dizer que a “própria atuação administrativa e judicial do INSS parece estar se convertendo para uma política pública des-previdenciária, ou seja, voltada à redução da gama de benefícios implementados, e meramente arrecadatória”¹¹.

Frisa-se que neste trabalho se entende a importância real da análise e equacionamento de repercussões e aspectos financeiros, afinal, tem-se ciência acerca dos custos dos direitos. O que não se pode deixar acontecer é o empobrecimento do debate e da problemática somente por essa perspectiva financeira, a assinalar toda uma pauta neoliberal.

Por vezes, como mostrado, há uma tendência a se desconsiderarem questões reais de alocação prioritária de recursos, desvios de finalidade, natureza jurídica da demanda e mesmo seletividade ideológica, só se considerando dispendioso direito social às classes menos favorecidas, uma vez que é a classe trabalhadora que mais o demanda, quando, em verdade, todos os direitos têm os seus custos, mesmos os chamados direitos de defesa/negativos, ligados ao valor liberdade, abrigando, assim, reais interesses econômicos e puramente ideológicos, entre outros aspectos.

Na linha de pensamento exposta por Sgarbosa, no clássico “Crítica à teoria dos custos dos direitos”, assente-se que resta assim evidenciado:

[...] a questão da efetivação ou proteção de direitos, *sejam eles quais forem*, encontra-se muito mais vinculada a escolhas políticas alocativas de recursos do que à escassez essencial de recursos, uma vez que *todos os direitos custam dinheiro público* – e, não raro, muito dinheiro.¹²

Em prol da real substanciação da reserva do possível, cabe apresentar a contextualização feita por Olsen¹³, cuja cátedra aponta para o fato de que a justiciabilidade dos direitos fundamentais relacionados à Seguridade Social também pode ser afetada pela reserva do possível desvirtuada, que, tratando-

¹¹ SERAU JUNIOR, M. A. **Seguridade social e direitos fundamentais**, 2020, p. 223.

¹² SGARBOSSA, L. F. **Crítica à teoria dos custos dos direitos**, 2010, p. 255.

¹³ OLSEN, 2012 apud PIMENTA, J. M. B. **Reserva do possível e a força dirigente dos direitos fundamentais sociais**, 2016, p. 212.

se de condição da realidade que impõe a observância da disponibilidade de recursos pelo julgador, acabou sendo manipulada ideologicamente a ponto de se legitimar a negligência dos poderes públicos constituídos no que tange à destinação de recursos econômicos:

A própria escassez de recursos tem sido apresentada como um dogma insuperável, de modo que a questão referente à disponibilidade muitas vezes não é apreciada em sua concepção original: aquilo que razoavelmente se pode exigir do Estado para a satisfação do direito.

Logo, de modo geral, o seguro e a proteção social a ele devida não podem ser reduzidos estritamente ao mundo econômico-financeiro e suas lógicas matemáticas, sob pena de se desconsiderar totalmente a natureza jusfundamental dos direitos da Seguridade Social, como se apenas esses tivessem custos, quando na verdade tanto direitos positivos como negativos têm custos.

Faz-se necessário, portanto, considerar os objetivos constitucionais e suas prioridades, atingidos muitas vezes através de direcionamento de recursos em políticas públicas e serviços da Seguridade Social, com vistas ao enfrentamento de contingências sociais com o condão de ofender sobremaneira a plena dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, devem-se envidar esforços, em conformidade com o direito constitucional e com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, para a progressiva e efetiva concretização dos direitos fundamentais, nesse caso, os da Seguridade Social, levando-se em consideração o seu estreito elo com a dignidade humana, sob pena de pôr em risco todo o sistema garantista jusfundamental.

Pode-se lançar mão da construção da literatura especializada frutificada em ideias como essas expostas que eivam de natureza própria quanto a esse tipo de demanda de direito fundamental social, que, entre outras contribuições, oferece a teoria das restrições à restrição para o seu trato, situação relacional essa em que o enfrentamento do uso indiscriminado da reserva do possível ocorre mediante a proibição de excesso, a proibição de proteção deficiente, a proteção do núcleo essencial e, destacadamente, o mínimo existencial, de nexos estreito e direto com a dignidade humana.

Sem que a abordagem desses aspectos de modo mais direto e especificado da teoria das restrições à restrição transborde os limites do presente estudo, cita-se a seguinte conclusiva:

[...] em que pese forte retórica econômica da reserva do possível, ela pode ser superada com base em tais restrições às restrições, dependendo, sempre, das circunstâncias trazidas pelo caso concreto. Daí entender-se que nessa seara não há lugar para afirmações abstratas, gerais, haja vista a solução envolver, necessariamente, a ponderação de todos os argumentos sustentados na situação específica, buscando-se, mais uma vez, sempre, aquela solução que melhor salvaguarde a dignidade da pessoa humana.¹⁴

Detém-se, assim, no que toca, ao menos, à garantia do mínimo existencial, não se podendo deixar de explicitar que, sendo esse o conjunto de circunstâncias materiais a que todo homem tem direito, é também, e essencialmente, o núcleo irreduzível da dignidade humana. Assim, o desvirtuamento da reserva do possível pelas Fazendas Públicas e, em geral, por meio de um dogma irretorquível e absoluto, de modo desproporcional e desarrazoado, evidencia situação em que o mínimo existencial tem altíssimo potencial de ser violado.

Nesse ponto, convém registrar a dupla dimensão do mínimo existencial. Sabe-se que há uma significativa zona de intersecção em que se constrói substancial consenso, inclusive no campo da jurisprudência constitucional, no sentido de que o mínimo existencial tem sua faceta negativa, consistente na tutela do mínimo, do núcleo essencial, contra intervenções do Estado e dos particulares, e sua faceta positiva, como direito a prestações exigíveis judicialmente.

Assim, deve a reserva do possível ser uma máxima que imponha cuidado, prudência e responsabilidade, e não consistir numa força obstaculizadora intransponível de interesses questionáveis, pondo em risco todo o sistema constitucional, e mesmo a própria legitimidade do Estado Constitucional Social Humanista Democrático de Direito.

Na senda do ânimo constitucional, e das aspirações éticas enquanto nação, concebe-se o mínimo existencial como o patamar civilizatório mínimo,

¹⁴ PIMENTA, J. M. B. **Reserva do possível e a força dirigente dos direitos fundamentais sociais**, 2016, p. 250.

o que coloca o Estado na posição de dar concretude às prestações que se façam devidas no âmbito social, assegurando os recursos orçamentários, mentalidades e comportamentos concretizadores suficientes e adequados à relevância das demandas, a serem progressivamente atendidas na maior extensão possível.

Tal postura por parte do Estado não tem outra razão que não a de cumprir a sua missão constitucional de salvaguarda e promoção da dignidade humana, ao menos, com relação ao seu núcleo essencial do mínimo existencial, combatendo a pobreza e reduzindo as desigualdades sociais. Ademais, isso deve ser realizado com vistas à real efetivação e construção prática de um mundo mais empático, menos desigual e que caminhe rumo ao avanço da civilidade, como um sentimento vivo, uma força de espírito que cresce, refletindo-se coletivamente, contribuindo e redirecionando as ações para uma vida melhor para todos.

Se em um país em desenvolvimento e com muitos problemas sociais a regra é a escassez de recursos, como muitos vociferam indiscriminadamente, acentuam-se ainda mais os cuidados a requererem a priorização devida: real vontade política voltada para o combate à pobreza, redução da desigualdade social e realização no plano fenomênico da dignidade humana, aspectos esses que envolvem de modo incontestado a efetivação dos direitos fundamentais da seguridade social.

Assim, faz-se necessário que o Estado adote de forma prática a noção de alta relevância refletidora da dignidade da pessoa humana consubstanciada nos direitos fundamentais da Seguridade Social. É preciso que o Estado proteja o seu povo contra as contingências sociais, as quais costumam se impor às vulnerabilidades humanas e sociais, capazes de ocasionar miséria e intranquilidade social, alocando os recursos orçamentários aptos, ao menos, a resguardar o seu mínimo existencial e, conseqüentemente, os direitos humanos, de modo a estabelecer uma efetiva política de Estado da Seguridade Social – e não de governo, que tende a oscilar conforme interesses políticos –, com um eficaz sistema de proteção social.

3. MEIOS À EFETIVAÇÃO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

No tocante aos meios à efetivação dos direitos fundamentais da Seguridade Social, especificamente falando, assenta-se de antemão que é premente uma visão política que considere a Seguridade Social como um grande instrumento realizador de justiça social e toda a importância que disso resulta, sobretudo, em um país de enormes desigualdades sociais e sérios problemas a serem superados no campo social.

Sanchez¹⁵ foi preciso ao transmitir a seguinte perspectiva: “Fazer justiça é identificar os anseios dos cidadãos para uma sociedade justa e liberta.” O caminho passa, necessariamente, por transpor a concepção reducionista de que sejam meramente custos públicos, ou despesa, restrita a lógicas matemáticas e de mercado, tendo em vista a priorização de participação e a alocação orçamentária, às quais realmente faz jus, como opção política a efetuar investimentos na realização de tais direitos fundamentais da seguridade social.

Busca-se assegurar, assim, a dimensão humanista holística dos fins constitucionais, proporcionada em uma vida digna, naturalmente e antropologicamente integrada ao valor social do trabalho, mediante a noção de trabalho decente propugnada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), que se caracteriza em um contexto de capitalismo e trabalho humanizado, considerando-se que a “geração quantitativa de postos de trabalho sem a qualificação de labor decente ofende a princípios básicos de ordem económica e social, o valor social do trabalho, abrindo caminho para a desigualdade social e pobreza”¹⁶, somando-se a isso a proteção em face das contingências sociais.

Ademais, esse caminho deve ser trilhado com os olhos voltados à proteção e à realização integral das pessoas, tendo por base os pilares existenciais que resguardam e promovem a dignidade do homem. Nesse sentido, tem-se na previdência profunda relação com o mundo do trabalho, os direitos e as garantias trabalhistas, a serem considerados ao menos no tocante aos benefícios, que visam assegurar meios de subsistência aos afastados da vida laboral.

¹⁵ SANCHEZ, 2014 apud MEIRINHO, A. **Trabalho decente e seguridade social: o efeito cliquet e a construção do mínimo existencial** beveridgiano, 2021, p. 181.

¹⁶ MEIRINHO, op. cit., p. 21.

A propósito, convém lançar luzes ainda ao levantamento de uma retórica com base em narrativas distorcidas, e mesmo equivocadas, por meio das quais se afirma a existência de um propalado déficit previdenciário, separando-se Previdência da Saúde e da Assistência Social, disseminando-se desestímulo, temor e desserviço à coletividade com tais informações, como se não formassem um conjunto sistêmico. Imbuindo-se de tal perspectiva, a tendência é fazer vista grossa a questões históricas da vida nacional relacionadas a contínuos desvios dos recursos da Seguridade Social para fins indevidos. Desse modo, compreende-se que, a depender da necessidade, convém que se façam os aportes ou mesmo remanejamentos orçamentários de outras áreas à Seguridade Social, em face da sua enorme importância para objetivos e valores da República.

Essa ação não deve ser realizada de outro modo que não bem equacionando as dimensões do Estado para que esse possa cumprir com suas promessas político-constitucionais, mediante as prestações que se façam necessárias, para assim assegurar justiça e bem-estar sociais em uma nação que fez clara opção por um Estado Social. Estado esse possuidor de uma Constituição dirigente com pretensão de eficácia à concretização do seu transformador projeto de país, necessitando para tal de um Direito emancipatório e compromissado com os respectivos desideratos da Constituição da República de 1988.

Cita-se ainda que mesmo a destinação de recursos orçamentários insuficientes para fazer frente às obrigações constitucionais estabelecidas pode ser colocada em xeque em face da exigibilidade judicial e da força normativa da Constituição. Além disso, há o controle em específico das omissões do Poder Público, diretamente falando, verificando-se, por ocasião da análise da proporcionalidade em sentido estrito, elementos como os indicadores sociais e a carga tributária para se inferir a proporcionalidade do agir do Estado, configuradora ou não de real omissão inconstitucional, passível, portanto, de controle de constitucionalidade.

Outrossim, não são suficientes alardes em forma de clichês argumentativos, é preciso uma verdadeira e fundamentada comprovação da impossibilidade fática consubstanciada em reserva do possível real e virtuosa, sob o risco de se ver perecer todo o sistema jurídico. Aliando-se à efetivação, é preciso que se investiguem afetações constitucionais de receita no sistema orçamentário, analisando o orçamento e comparando as arrecadações das contribuições sociais com gastos da Seguridade Social, para só então, após detida análise

das possibilidades orçamentárias, levantar legítima bandeira da reserva do possível. Sem se deixar iludir pela forte retórica de apelo econômico da reserva do possível, que pode ser enfrentada e contrabalanceada ainda com base na teoria das restrições da restrição já mencionada, dependendo sempre do caso concreto a sua específica ponderação, no que se podem agregar outros critérios objetivos que porventura surjam.

A sistemática constitucional descortinada pela Magna Carta de 1988, já exaustivamente explicitada, de força normativa e poder vinculante a todos os Poderes da República, sedimentou o seu funcionamento harmônico e configurou o princípio da separação de poderes apenas para fins de distribuição de competências numa correlação de sistema de freios e contrapesos. Jamais, frisa-se, muito pelo contrário, visando engessar uma atuação jurisdicional concretizadora tão necessária e consentânea com a realidade do constitucionalismo contemporâneo.

Desse modo, não há de se falar em separação absoluta e intransponível, com os poderes funcionando harmonicamente em um sistema de freios e contrapesos, bem como complementarmente, ocorrendo o movimento em que a figura do juiz constitucional sairia de decisões meramente formais para decisões eivadas de autoridade material, pois teria decidido conforme a Constituição materialmente considerada, que o legitima por seu mister traçado no desenho político-jurídico pátrio.

Sendo a Seguridade Social um complexo interligado de vertentes, políticas públicas e serviços que a concretizam no plano dos fatos, podem esses aspectos e atividades em geral serem controlados pelo Poder Judiciário, processo esse natural no Neoconstitucionalismo em curso, sem esquecer o cultivo do necessário autocontrole de qualidade.

Destarte, a plena justiciabilidade dos direitos fundamentais relacionados à Seguridade Social só tem sentido a partir de uma perspectiva jurisdicional constitucional concretizadora dos anseios da Carta Política de 1988, que se legitima pelo seu mister traçado justamente na configuração constitucional da Federação, apta a implementar direitos fundamentais nos casos concretos, sobretudo, em um país de precárias condições sociais e enormes desigualdades sociais como o Brasil, em que os direitos são uma grande força do processo de inclusão e resguardo da dignidade humana, para se

efetivarem valores constitucionais como desejado pelo Poder Constituinte Originário.

Para efeito reflexivo, nessa atmosfera de ideias, tem-se a seguinte ideia apresentada por Nogueira¹⁷:

No Brasil, cuja eticidade é profundamente marcada pela injustiça, vivemos frente a uma inafastável exigência de que, para tornarmos um verdadeiro Estado de direito democrático, precisamos antes de qualquer coisa, integrarmos (com base no princípio da solidariedade orçamentária), no processo de desenvolvimento uma imensa massa de excluídos. Essa é a exigência central em nossa epocalidade, é a forma específica de efetivação, em nossa contemporaneidade, da exigência ética fundamental de respeito e proteção à dignidade humana.

O Estado Brasileiro precisa assumir a sua missão de concretizar os anseios da Constituição Federal de 1988 no que tange à promoção da Ordem Social, considerando-se, decerto, que neutralidade não existe, seja ele o Estado Administrador, o Estado Juiz, o Estado Legislador, e não somente o que ao menos em tese ocorre, o Estado Defensor, com vistas a um organismo vivo governamental e que se vale de diálogos institucionais, com ânimo unitário de assentar um sistema bem estruturado que tenha perante si a tarefa de concretizar o bem-estar e a justiça social através do instrumento viável para tal, que é a Seguridade Social.

Assim, estar-se-ia apto a conduzir a vida brasileira progressivamente ao ambiente de uma satisfatória Ordem social, bem como se promoveria o aproveitamento máximo das capacidades institucionais de cada ator do desenho de misteres constitucionalmente estabelecidos, tendo em vista, sobretudo, que as escolhas e as opções políticas já foram feitas pelo Pacto Político de 1988, cabendo o compromisso de todos à efetivação. Nessa direção, acenou Sarlet¹⁸:

Importa, portanto, que se tenha sempre em mente, que quem “governa” - pelo menos num Estado Democrático (e sempre constitucional) de Direito - é a Constituição,

¹⁷ NOGUEIRA, 2005 apud OLSEN, A. C. **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível, 2018, p. 303.

¹⁸ SARLET, W. I. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais, 2021, p. 376.

de tal sorte que aos poderes constituídos impõem-se o dever de fidelidade às opções do Constituinte, pelo menos no que diz com seus elementos essenciais, que sempre serão limites (entre excesso e insuficiência!) da liberdade de conformação do legislador e da discricionariedade (sempre vinculada) do administrador e dos órgãos jurisdicionais. Nesta seara, embora já tenham verificado expressivos avanços, seja em termos doutrinários, seja no plano jurisprudencial, há que seguir investindo significativamente.

Nesse pulsar, torna-se clarividente que a Seguridade é o caminho para o desenvolvimento social pleno, uma vez que ninguém é uma ilha. Vivendo-se em sociedade, reflete-se sobre os pontos de melhoria ou positivos de bem-estar social na vida de cada um dos indivíduos do tecido social, sobretudo em tempos de globalização, em que os atos da vida local têm o condão de se espriarem além das fronteiras.

Consequentemente, a Seguridade promove a dignidade humana, que se espelha por suas três facetas. Saúde, que implica a seguinte ideia: sem saúde nada se pode fazer, elementar componente dos direitos humanos, por vezes do próprio direito à vida em específico; Assistência Social: o amparo dos mais vulneráveis, à alimentação, à moradia etc., salvaguardando a todos a sua condição de humano e a dignidade disso decorrente intrinsecamente; e a Previdência na cobertura dos riscos sociais. A esse respeito, convém ainda lançar mão da brilhante e insigne reflexão daquelas que têm força de aquecer corações e fazer esperar, no sentido paulofreiriano da expressão, desenvolvida por Silva¹⁹, nos seguintes termos:

O homem deve buscar elevar o respeito à dignidade humana ao mais alto grau, assim como desmistificar o egoísmo e o orgulho exacerbado. Deve buscar efetivamente uma reforma íntima e lutar por uma causa justa - o bem comum de todos e da humanidade -, todos juntos o pilar da justiça social.

Por conseguinte, uma atuação jurisdicional proativa dos direitos fundamentais da seguridade social, com o condão de realizar as prestações demandadas nos casos concretos e impondo as condutas necessárias aos

¹⁹ SILVA, 2009 apud MEIRINHO, A. **Trabalho decente e seguridade social**: o efeito cliquet e a construção do mínimo existencial beveridgiano, 2021, p. 390-391.

poderes públicos, perpassa necessariamente pelo efetivo acesso à justiça pelo cidadão à efetivação, e mesmo a um processo efetivo. Quanto a essa questão, assim defende Machado²⁰: “O direito do acesso à justiça não é apenas uma garantia constitucional, é prerrogativa associada aos Direitos Humanos, dotada de grande importância quando se considera o desafio de transformação das estruturas sociais e políticas construídas na modernidade.”

Nessa esteira, outro importante fator consiste na criação e no fortalecimento de estruturas institucionais e procedimentos necessários aptos à concretização de direitos fundamentais sociais, a exemplo do mister constitucional desempenhado pela Defensoria Pública, que se coaduna com essa ambiência de ideias e fins constitucionais. Assim, o acesso ao Judiciário para tutela dos direitos fundamentais sociais precisa ser ampliado, e não recriminado, sem falácias sensacionalistas e tendenciosas que explicitam gastos fazendários com demandas judiciais, para que se busque corrigir distorções e suprir omissões inconstitucionais, a sinalizar ao Poder Público situações que careçam de atenção.

Quanto mais cidadãos tiverem acesso ao Judiciário, e ele for capaz de atender às suas demandas mediante decisões fundamentadas e racionais, maior será a efetivação dos direitos fundamentais da Seguridade Social, e mais ampla será a sua salvaguarda, impulsionando também o Estado a dotar políticas públicas gerais que atendam a todos coletivamente. Conforme o que Cappelletti (2015[1988], p. 8)²¹ afirma categoricamente: “Uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo.”

Assim, estar-se-iam prestigiando aqueles que buscaram a efetivação dos seus direitos constitucionais pelos caminhos da justiça no plano individual em cotejo à desempenhada e real luta pelo direito, no sentido expresso por Ihering, de busca e luta pela realização de direitos, em sua clássica obra “A Luta pelo Direito”, bem como levando em consideração o brocardo clássico de que “O direito não socorre a quem dorme”, acenando-se, assim, à cidadania

²⁰ MACHADO, J. A. O. de P. **Acesso à justiça e a defensoria pública na América: democratização de direitos como desenvolvimento**, 2021, p. 270.

²¹ CAPPELLETTI, M. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2015 [1988], p. 8.

participativa e buscando-se, sempre, a solução que melhor salvaguarde e efetive a dignidade da pessoa humana. Nos termos de Ihering²²:

Todo direito no mundo foi adquirido pela luta; esses princípios de direito que estão hoje em vigor foi indispensável impô-los pela luta àqueles que não aceitavam, assim, todo direito, tanto o de um povo, como o de um indivíduo, pressupõe que estão o indivíduo e povo dispostos a defendê-lo.

Destarte, à efetivação dos direitos fundamentais da Seguridade Social garantidora da dignidade humana, devem todos seguir de mãos dadas, a fim de realizar a justiça social, tendo-se em vista os fins socialmente objetivados pela Constituição da República de 1988.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste estudo objetivou-se refletir acerca da Seguridade Social e sua intrínseca relação com os direitos fundamentais consubstanciados na Carta Magna de 1988. Por todo o descortinado, levanta-se voz no sentido da afirmação da jurisdição constitucional e acesso à justiça como grandes realizadores do intento da concretude da missão constitucional no âmbito da Seguridade. Revelou-se, a partir da pesquisa realizada na literatura especializada, a importância de aspectos como a transposição da concepção meramente financista, de mercado e enviesada dos custos dos direitos, pois, como se sabe, todos os direitos têm custos, de modo que não se pode perder de vista a proteção humana holística progressivamente efetivada na maior extensão possível atrelada ao respeito à dignidade humana.

No âmbito da Seguridade, chama-se a atenção para o assentamento da noção de trabalho decente como pilar de uma existência humana digna, em vista da centralidade do trabalho na vida das pessoas. Ademais, inclina-se a defender a necessidade da assunção de compromisso constitucional real dos agentes políticos, tomando-se posição a favor da dignidade do homem e da justiça social como instrumento de concretização desta, tal como determina o texto constitucional de 1988, estabelecendo-se a devida consonância com objetivos e misteres prescritos naquele.

²² IHERING, R. V. **A luta pelo direito**, 2014, p. 12.

Foram focalizadas também narrativas como a do déficit previdenciário; aspectos orçamentários e prioridades na alocação de recursos públicos; consolidação da necessidade de comprovação no caso concreto de verdadeira situação ensejadora da reserva do possível; prestígio devido da ponderação, razoabilidade e proporcionalidade de bens e valores jurídicos conforme a natureza desse tipo de demanda, com todo o arcabouço doutrinário da teoria das restrições à restrição, a serviço da empreitada de efetivar direitos fundamentais relativos à seguridade social em face da reserva do possível; e mesmo vontade política em prol dos mais vulneráveis, promovendo bem-estar social a toda a sociedade.

Nesse contexto, convém que se cultive um sentimento compartilhado na teia social à efetivação, nos diversos âmbitos estatais e sistema de justiça como um todo, mesmo na sociedade civil, entendendo-se, na prática (ou mesmo na própria pele, segundo a percepção de que “justiça é coisa de pele” – como se pode inferir de certas observações sociais –, natural elemento gerador de empatia), a noção dos direitos fundamentais da seguridade social como direitos de primeira grandeza, expressão da justiça social e do axioma maior do ordenamento jurídico brasileiro, a dignidade humana, e por vezes até mesmo do elementar direito à vida enquanto expressão dos direitos humanos, como ocorre em algumas demandas de saúde e direito à vida.

Nessa esteira, neste estudo, alia-se a ideia de incentivo à atuação cidadã, prestigiando-se a concepção de povo sujeito realizador dos próprios direitos e que, por eles, também pode – e deve – lutar numa cidadania participativa, fazendo por merecer o devido reconhecimento de direitos conquistados ou resguardados. Além disso, defende-se o estímulo e a instrumentalização desse protagonismo emancipatório de indivíduos e grupos, sobretudo dos mais vulneráveis, ante o sistema de justiça, colocando-se a pensar melhor acerca da visão de possível “furada de vila” quando da concessão da prestação de direitos da Seguridade Social por via judicial. Isso quando se pensa, por exemplo, numa situação em que alguém, estando na fila do SUS, entra com uma ação judicial, sendo então atendido pelo Estado porque lutou pelo seu direito, e não ficou inerte, esperando tão somente que as coisas acontecessem, enquanto outro não é atendido porque não lutou pelo seu direito.

Ademais, é o fomento das instituições em geral um canal e catalizador desse processo. Em especial, a Defensoria Pública, enquanto escolha clara

e deliberada da Constituição da República na execução do propósito da salvaguarda e integral assistência jurídica dos mais vulneráveis, a qual detém condição de guardiã da dignidade humana, tendo em vista o seu dever constitucionalmente designado de promover a defesa e a concretização dos direitos humanos no país, e de sentinela da democracia, do combate à desigualdade e da justiça social.

Caminhar-se-ia, assim, na direção do desenvolvimento e da atuação da Seguridade Social como Direito Humano e relevante cabedal instrumental da concretização dos direitos fundamentais relacionados à Seguridade Social, tudo sintonizado com o valor maior da dignidade humana. Por fim, enfatiza-se, ainda mais nos novos tempos neoconstitucionais, para que assim a efetivação dos direitos fundamentais da Seguridade Social de fato ocorra, a urgência de se transpor a mera retórica e de se firmar na realidade a vontade soberana do povo exercida por meio do Poder Constituinte Originário.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. STA 175-AgR / CE. Relator: Min. Gilmar Mendes, 17 de março de 2010. **DJe**, Brasília, 30 abr. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). AI 734.487-AgR / PR. Relator(a): Min. Ellen Gracie, 3 de agosto de 2010. **DJe**, Brasília, 20 ago. 2010.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019 [Reforma Previdenciária]. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 nov. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2015 [1988].

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Edijur, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. 26. ed. Coleção Esquemático. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MACHADO, José Alberto Oliveira de Paula. Acesso à justiça e a defensoria pública na América: democratização de direitos como desenvolvimento. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; AMORIM, Maria Carolina Cancellata de (Orgs.). **Acesso à justiça e efetividade do processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 257-273.

MEIRINHO, Augusto. **Trabalho decente e seguridade social**: o efeito cliquet e a construção do mínimo existencial beveridgiano. Curitiba: Alteridade, 2021.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2018.

PIMENTA, José Marcelo Barreto. **Reserva do possível e a força dirigente dos direitos fundamentais sociais**. Curitiba: Juruá, 2016.

SARLET, Wolfgang Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Economia e seguridade social**: análise econômica do direito - seguridade social. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Seguridade social e direitos fundamentais**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2020.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos**. Reserva do Possível. Prefácio do Prof. Dr. Abili Lázaro Castro de Lima. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2010.

ACESSO À JUSTIÇA

ACCESS TO JUSTICE

O DIÁLOGO COMO INSTRUMENTO DE ACESSO A DIREITOS DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA

*DIALOGUE AS A TOOL TO PROVIDE HOMELESS PEOPLE
WITH ACCESS TO THEIR RIGHTS*

Daniel Bettanin e Silva

(Defensor Público do Estado do Amazonas; Professor no Centro Universitário FAMETRO de Parintins - AM; Especialista em Direitos Humanos e Mestrando na área de concentração “Constitucionalismo e Direitos na Amazônia” pela Universidade Federal do Amazonas)

danielbettanin@gmail.com

Stéfanie Barbosa Sobral

(Defensora Pública do Estado do Amazonas; Especialista em Direito Público)

stefaniesobral@defensoria.am.def.br

Samuel Rodrigues

(Técnico em mobilização social)

paranamig@yahoo.com.br

RESUMO

O presente trabalho investiga em que medida o diálogo pode constituir um efetivo instrumento de acesso a direitos da população em situação de rua. Para tanto, analisam-se, em especial, as práticas desenvolvidas no projeto Ruas do Amazonas, implementado pela Defensoria Pública do Estado do Amazonas, em conjunto com representantes do Movimento Nacional da População em Situação de Rua, instituições públicas e organizações da sociedade civil com atuação na temática, de modo a promover integração dialógica com o grupo vulnerável em questão. O estudo toma por referencial teórico o agir comunicativo de Jürgen Habermas e os preceitos da pedagogia popular de Paulo Freire. Realizam-se conexões ainda com as ondas renovatórias de acesso à justiça, a partir da análise do diálogo como

instrumento de transposição de barreiras do acesso à justiça em prol da população em situação de rua. Por fim, é possível constatar que o diálogo, observados os preceitos do agir comunicativo de Jürgen Habermas e das ações pedagógico-dialógicas de Paulo Freire, é instrumento efetivo de acesso a direitos a serviço da população em situação de rua, tendo sido utilizado de modo efetivo no projeto Ruas do Amazonas.

Palavras-chave: Diálogo. Agir comunicativo. Ruas do Amazonas. Defensoria Pública.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to examine the extent to which dialogue can be an effective tool to provide homeless people with access to their rights. To this end, we have analyzed the practices developed in the *Ruas do Amazonas* project. This project was carried out by the Public Defender's Office of the State of Amazonas, with representatives of the National Movement of the Homeless, public institutions and civil society organizations working in the field, in order to promote dialogic integration with the vulnerable group in question. The communicative action of Jürgen Habermas and the principles of popular pedagogy of Paulo Freire served as a theoretical basis for the study. We have also tried to establish links with the renewal waves of access to justice based on the analysis of dialogue as a tool to overcome obstacles to access to justice in favor of homeless people. Finally, it was possible to show that dialogue, taking into account the principles of communicative action of Jürgen Habermas and the pedagogical-dialogical action of Paulo Freire, is an effective tool to provide access to rights for homeless people, which was effectively used in the Ruas do Amazonas project.

Keywords: Dialogue. Communicative action. Project Streets of Amazonas. Public Defender's Office.

Data de submissão: 10/03/2022

Data de aceitação: 25/04/2023

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. O DIÁLOGO COMO FERRAMENTA DEMOCRÁTICA DE ACESSO A DIREITOS. 2. O ACESSO À JUSTIÇA E O ACESSO A DIREITOS DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA. 3. PROJETO RUAS DO AMAZONAS: O DIÁLOGO COMO TENTATIVA DE ROMPER COM AS BARREIRAS DE ACESSO A DIREITOS DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

Segundo Norberto Bobbio, os direitos humanos possuiriam um caráter “histórico”. Isso quer dizer que tais direitos nasceriam a partir de circunstâncias específicas e “de modo gradual, não todos de uma vez nem de uma vez por todas”.¹

Reconhece o autor que a discussão filosófica acerca das origens e da natureza dos direitos humanos mostra-se insuficiente para a sua concretização e efetivação: “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.”²

Paulo Freire, no mesmo sentido, constata que a história se forma a partir de possibilidades, e não de determinismos. Por isso, deve o ser humano ter ciência de seu papel ativo e engajado para criar e recriar a história. Mesmo quando supostamente neutro, o indivíduo assume comportamentos políticos e ideológicos.³

Tomando por base tais premissas, é indispensável repensar e propor novas ações que almejem a concretização e efetivação de direitos humanos. Nesse cenário, busca-se analisar em que medida o diálogo pode constituir um instrumento a serviço do acesso a direitos, especialmente, em relação à população em situação de rua.

¹ BOBBIO, N. *A era dos direitos*, 2004, p. 5.

² *Ibidem*, p. 23.

³ FREIRE, P. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*, 2019.

Para tanto, analisa-se a experiência obtida a partir da implementação do projeto “Ruas do Amazonas”, levado a cabo pela Defensoria Pública do Estado do Amazonas, sob a luz do referencial teórico de Jürgen Habermas, Paulo Freire, Axel Honneth, Boaventura de Sousa Santos, Kim Economides, Mauro Cappelletti e Bryant Garth, entre outros.

O referido projeto buscou criar espaços de troca e diálogo envolvendo a participação de instituições públicas e entidades privadas com atuação na área de proteção dos direitos das pessoas em situação de rua e, o mais importante, contando com a participação ativa e direta de representantes do grupo vulnerável em questão.

Como metodologia, então, utilizou-se o estudo de caso, ao se analisar, em específico, tal projeto. O estudo de caso pode ser desenvolvido como estratégia secundária ou complementar, adotando-se, inclusive, métodos múltiplos. O termo “caso”, para a autora, é utilizado como sendo uma “construção intelectual que busca oferecer a representação de um fenômeno jurídico, em um contexto específico, a partir de um leque amplo de dados e informações”.⁴

Tal método pôde ser aplicado sem prejuízo da adoção do método dedutivo (utilizando-se de conceitos e dados e aplicando-os ao tema específico, isto é, utilizando-se uma cadeia de raciocínio em ordem decrescente, de uma análise do geral para o particular) e do método indutivo (no estudo das peculiaridades da prática analisada, servindo como base para oferecer respostas e premissas gerais referentes ao tema).

A partir da análise dos marcos teóricos apontados, então, aplicados à experiência mencionada, sob a luz dos métodos assinalados, entende-se ser possível verificar em que medida os espaços de diálogo e de troca podem funcionar como real instrumento de acesso a direitos, especificamente em relação aos direitos da população em situação de rua.

⁴ FEFERBAUM, M.; QUEIROZ, R. M. R. (Coord.). **Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses**, 2019, p. 344.

1. O DIÁLOGO COMO FERRAMENTA DEMOCRÁTICA DE ACESSO A DIREITOS

Jürgen Habermas, em sua teoria do agir comunicativo, analisa que a linguagem pode ser utilizada para a busca de consenso e de entendimento entre dois ou mais sujeitos (entendimento comunicativo) ou, de outra forma, para fins específicos predeterminados pelo indivíduo, tais como o convencimento ou a persuasão (disposição instrumental). Nesse contexto, o autor divide dois grandes grupos de ações sociais: as “ações orientadas ao êxito” e as “ações orientadas ao entendimento”.⁵

Em linhas gerais, o agir comunicativo busca um entendimento sobre determinada situação. Não almeja a execução de um plano predeterminado pelos atores envolvidos, ou o êxito de uma finalidade individualmente estabelecida. Nesses termos, refere o autor que:

O conceito de agir comunicativo, por fim, refere-se à interação de pelo menos dois sujeitos capazes de falar e agir que estabeleçam uma relação interpessoal (seja com meios verbais ou extraverbais). Os atores buscam um entendimento sobre a situação da ação para, de maneira concordante, coordenar seus planos de ação e, com isso, suas ações. O conceito central de interpretação refere-se em primeira linha à negociação de definições situacionais passíveis de consenso. Nesse modelo de ação a linguagem assume, como veremos, uma posição proeminente.⁶

Destarte, para Habermas, o conceito do agir comunicativo pressupõe a linguagem como um meio ou processo de entendimento, ao longo do qual os participantes manifestam pretensões de validade que podem ser aceitas ou contestadas, em relação aos mundos objetivo, subjetivo ou social.⁷

Entretanto, o agir comunicativo não se limita a coordenar ações:

Sob o aspecto funcional do entendimento, o agir comunicativo se presta à transmissão e à renovação de um saber cultural; sob o aspecto da coordenação da ação, ele possibilita a integração social e a geração de solidariedade;

⁵ HABERMAS, J. **Teoria do agir comunicativo** 1, 2012, p. 166.

⁶ Ibidem, p. 166.

⁷ Ibidem, p. 191.

e, sob o aspecto da socialização, o agir comunicativo serve à formação de identidades pessoais.⁸

Destarte, o agir comunicativo não consiste apenas em um processo de entendimento sobre algo no mundo, ou em processos de interpretação sobre um tema. O agir comunicativo implica também processos de socialização e de integração social. Isso porque, quando há formulações de entendimentos mediante o agir comunicativo, os participantes da interação reproduzem, nesse momento, suas próprias identidades e sua pertença a coletividades determinadas.⁹

O agir comunicativo, então, representaria um paradigma específico de utilização da linguagem: um instrumento em busca do consenso, considerando-se os atores envolvidos como sujeitos de direitos, distante de quaisquer práticas reificantes ou objetificadoras. Tal paradigma comunicativo, assim, fortalece os pilares de uma sociedade democrática.

Em tema de educação e pedagogia, Paulo Freire tece considerações compatíveis com a teoria de Habermas aqui tratada. Refere o autor que a educação dialógica não pode significar um depósito de conteúdos, mas, antes, deve problematizar as relações humanas no mundo. Complementando, de forma elucidativa, explica que:

[...] a educação libertadora, problematizadora, já não pode ser o ato de depositar, ou de narrar, ou de transferir “conhecimentos” e valores aos educandos, meros pacientes, à maneira da educação “bancária”, mas um ato cognoscente. Como situação gnosiológica, em que o objeto cognoscível, em lugar de ser o término do ato cognoscente de um sujeito, é o mediatizador de sujeitos cognoscentes, educador, de um lado, educandos, de outro, a educação problematizadora coloca, desde logo, a exigência da superação da contradição educador-educandos. Sem esta, não é possível a relação dialógica, indispensável à cognoscibilidade dos sujeitos cognoscentes, em torno do mesmo objeto cognoscível.¹⁰

Para isso, rompe-se com a ideia de que o educador é aquele que educa unilateralmente o educando – o qual, por sua vez, careceria de conhecimento.

⁸ HABERMAS, J. **Teoria do agir comunicativo** 1, 2012, p. 252.

⁹ *Ibidem*, p. 255.

¹⁰ *Ibidem*, p. 119.

Na ação dialógica “o educador já não é o que apenas educa, mas o que, enquanto educa, é educado, em diálogo com o educando, que, ao ser educado, também educa”. E, portanto, “ensinar não é transferir conhecimento, mas criar as possibilidades para a sua produção ou a sua construção”.¹¹

Para Freire, saber escutar e ter disponibilidade para o diálogo é um pressuposto da comunicação dialógica. Momentos de silêncio e de respeito à fala dos sujeitos envolvidos são essenciais. As falas, por sua vez, nunca devem se dar de forma impositiva (“falar *para* alguém”), mas de forma humilde, pressupondo igualdade entre os sujeitos (“falar *com* alguém”). No respeito às diferenças, encontra-se a disponibilidade para se construir o conhecimento, por meio de uma relação dialógica, sem nenhuma objetificação dos sujeitos envolvidos no processo pedagógico.¹²

Verifica-se então que, tanto para Jürgen Habermas como para Paulo Freire, a comunicação entre atores sociais considerados reciprocamente como sujeitos de direitos é fator essencial não somente para o fortalecimento da democracia, mas também para o implemento de ações que almejem transformação e impacto sociais, rumo à efetivação de direitos.

A consideração recíproca de tais atores sociais como sujeitos de direito implica falar, em outras palavras, na necessidade de *reconhecimento*. Acerca do tema, Axel Honneth propõe releitura do que se entende por “reconhecimento” e “reificação”. O autor entende que, primariamente, os sujeitos interagem entre si de modo a reconhecerem-se como sujeitos de direito. Isto é, a relação natural e primária entre os sujeitos é lastreada em um engajamento prático e comunicativo. Somente com as experiências sociais posteriores é que haveria um “esquecimento do reconhecimento”, que culminaria no que entende por “reificação”:

É nesse momento do esquecimento, da amnésia, que eu gostaria de estabelecer como a chave de uma nova definição do conceito de “reificação”: na medida em que na efetuação de nosso conhecimento perdemos o vestígio de que este se deve à nossa adoção de uma postura de reconhecimento, desenvolvemos a tendência de perceber os outros seres humanos meramente como objetos insensíveis. Quando falamos aqui de meros objetos

¹¹ FREIRE, P. **Pedagogia da autonomia**: saberes necessários à prática educativa, 2019, p. 24.

¹² *Ibidem*, p. 132-137.

ou “coisas”, isso deveria significar que, com amnésia, perdemos a capacidade de compreender as manifestações comportamentais das outras pessoas diretamente como exigências por uma reação de nossa parte; [...] nos falta, por assim dizer, o sentimento de vínculo que seria exigido para que fôssemos afetados por aqueles que percebemos.¹³

O resgate do reconhecimento, assim, mostra-se essencial para se evitar falar em reificação dos sujeitos que compõem uma cadeia de diálogo. A reificação torna-se uma barreira, se não um impeditivo, para se falar em um verdadeiro agir comunicativo.

Ademais, indispensável o respeito à diversidade cultural existente, de modo a se ter em mente que cada cultura, em si mesma considerada, é incompleta, e que é a partir do diálogo com outras culturas que se pode ter noção dessa incompletude, rumo a uma maior proteção de direitos. É o que Boaventura de Sousa Santos denomina de hermenêutica diatópica:

A hermenêutica diatópica baseia-se na ideia de que os *topoi* de uma dada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem. Tal incompletude não é visível do interior dessa cultura, uma vez que a aspiração à totalidade induz a que se tome a parte pelo todo. O objetivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude – um objetivo inatingível –, mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra. Nisto reside seu caráter diatópico.¹⁴

Em um cenário de luta por reconhecimento, portanto, falar de inclusão e democracia exigirá observância à hermenêutica diatópica, de modo a se preservar a diversidade cultural existente. Do contrário, pode-se abrir espaço para práticas reificantes, que não observam ou respeitam as pluralidades existentes – nesse caso, não haveria de se falar em efetiva inclusão democrática.

Por isso, conclui-se que o diálogo, em seu caráter comunicativo, conforme considerações aqui tecidas, constitui um instrumento fundamental para acesso a direitos: seja por meio da busca do consenso nos debates cívicos,

¹³ HONNETH, A. **Reificação**: um estudo de teoria do reconhecimento, 2018, p. 87.

¹⁴ SANTOS, B. de S. **Uma concepção multicultural de direitos humanos**, 1997.

seja por meio de ações educativas e dialógicas que busquem a transformação social. Em outras palavras, é o diálogo que permitirá identificar e romper barreiras que obstaculizam o acesso a direitos, bem como proporcionar a construção de saberes, em caráter dialógico, rumo a mudanças e transformações sociais que se entendam necessárias, preservando-se o reconhecimento dos envolvidos como sujeitos de direitos.

2. O ACESSO À JUSTIÇA E O ACESSO A DIREITOS DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA

O reconhecimento e o diálogo – sob o ponto de vista do agir comunicativo –, conforme analisado, são fundamentais para se falar em uma efetiva inclusão democrática e no acesso a direitos. Contudo, falar em acesso a direitos implica, inevitavelmente, abordar a temática do acesso à justiça. Nesse sentido, passa-se a analisar em que medida o diálogo – fundado no reconhecimento e no agir comunicativo – poderá proporcionar às pessoas em situação de rua um maior acesso à justiça, a partir da análise de suas ondas renovatórias.

Segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth, o acesso à justiça pode ser encarado como “o mais básico dos direitos humanos”¹⁵. Consistiria tal direito em um requisito fundamental de um sistema jurídico que pretende garantir, e não apenas proclamar, direitos.¹⁶

A primeira onda renovatória do acesso à justiça é marcada pelo advento da prestação de assistência judiciária aos que se encontram em condições econômicas desfavoráveis. Para tanto, surge o chamado sistema *judicare*, no qual o Estado patrocina advogados particulares aos necessitados.¹⁷ Tal medida, contudo, ainda que contribua para o acesso à justiça, mostra-se inapta a superar outras diversas barreiras. As causas coletivas e a defesa de interesses difusos, por vezes pouco atrativas economicamente, permanecem sem a devida atenção desse sistema. Questões coletivas e estruturais afetam aos direitos das pessoas em situação de rua, assim, não encontram amparo na ideia fundamental da primeira onda renovatória de acesso à justiça, por

¹⁵ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*, 1988, p. 12.

¹⁶ *Ibidem*, p. 12.

¹⁷ *Ibidem*, p. 31-49.

mais que haja o esforço de se garantir a gratuidade da justiça àqueles que, individualmente, busquem o Poder Judiciário para dirimir um conflito.

Ainda, segundo os autores, houve um segundo grande movimento que objetivou enfrentar as barreiras do acesso à justiça referentes aos interesses difusos e coletivos.¹⁸ Segundo os autores:

A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema.¹⁹

A visão individualista do processo judicial, assim, cederia espaço a uma concepção social ou coletiva. Nesse cenário, os autores assinalam o necessário reconhecimento da existência de grupos com interesses específicos, tais como os idosos e os consumidores, bem como o reconhecimento da importância de ações de grupos privados em suplemento às ações governamentais.²⁰ Aqui, parece haver um movimento de maior amparo a pretensões coletivas que envolvam as pessoas em situação de rua. Abre-se caminho para que não apenas pretensões individuais sejam levadas à apreciação do Poder Judiciário, mas também questões de natureza coletiva.

Fala-se, a seguir, em uma terceira onda renovatória, a qual implicaria um novo enfoque de acesso à justiça: “Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas.”²¹ Não se trata, contudo, de eliminar as técnicas desenvolvidas em outros momentos, mas de “tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso”²².

¹⁸ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**, 1988, p. 49.

¹⁹ *Ibidem*, p. 49-50.

²⁰ *Ibidem*, p. 51-59.

²¹ *Ibidem*, p. 67-68.

²² *Ibidem*, p. 68.

Tal onda renovatória, portanto, diria respeito a reformas que vão muito além das questões que envolvem a esfera de representação judicial. Segundo os autores, o enfoque do acesso à justiça englobaria:

[...] a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou para profissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios. Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial.²³

Nessa variedade de reformas, os autores destacam as seguintes: (i) reformas nos procedimentos judiciais, tais como a utilização de ferramentas ativas ao magistrado, a fim de reduzir as desigualdades entre as partes; (ii) métodos alternativos para decidir causas judiciais, tais como o juízo arbitral e a conciliação; (iii) especialização de instituições e procedimentos para determinados tipos de causas, como a criação de tribunais específicos para “pequenas causas”; (iv) mudanças nos métodos utilizados para a prestação de serviços jurídicos, tais como a valorização de profissionais “parajurídicos” (assistentes menos dispendiosos que advogados para orientação jurídica, em determinados casos) e planos de assistência jurídica em grupo (que permitam uma socialização de riscos – algo como um “seguro coletivo”); e (v) simplificação do direito, tornando-o mais acessível e reduzindo os custos dos litígios.²⁴

Nota-se que o referido movimento assume grande importância para o acesso a direitos da população em situação de rua. Buscam-se métodos alternativos ao mero ingresso no Poder Judiciário. A organização política e a mobilização popular, assim, poderiam ser elencadas no rol de exemplos apresentados pelos autores, ressaltando-se a importância do diálogo, em sua natureza comunicativa, no referido cenário.

Ainda que os autores tenham mencionado, em seu estudo, três ondas renovatórias de acesso à justiça, novas propostas foram apresentadas ao longo

²³ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**, 1988, p. 71.

²⁴ *Ibidem*, p. 75-159.

do tempo. Kim Economides²⁵, a seu turno, trouxe novos elementos para o estudo do acesso à justiça, inserindo-os em uma “quarta onda” renovatória. O autor problematiza a ética profissional e o ensino jurídico – com destaque ao ensino dos direitos humanos.

Propõe também, o autor, a aplicação de serviços jurídicos preventivos, tais como “centros de aconselhamento” em comunidades:

Se o governo apoiar ativamente, por exemplo, os serviços jurídicos preventivos, não se limitando a financiar o trabalho de profissionais privados por intermédio de planos de assistência jurídica, mas investindo diretamente também no trabalho dos tribunais e nos serviços extrajudiciais e paralegais, o resultado inevitável será a melhoria do acesso dos cidadãos à justiça. Por conseguinte, caso serviços jurídicos estatais, na forma de centros de aconselhamento ou de justiça, sejam estabelecidos em comunidades onde as necessidades sejam particularmente agudas — no contexto brasileiro isto poderia ocorrer dentro das favelas, por exemplo —, tais serviços preventivos poderiam ter um efeito impactante em termos de estímulo à demanda (e uso) dos serviços judiciais.²⁶

Ainda que inúmeras questões de caráter prático possam ser opostas às maneiras de implementação da proposta, entende-se que o cerne da medida está ligado, intrinsecamente, à educação e à conscientização em direitos. Tal função pedagógica, inclusive, é uma das funções institucionais da Defensoria Pública, conforme art. 4º, III, da LC 80 de 1994.²⁷

Destarte, o diálogo como instrumento de acesso a direitos tem papel de relevância nas ondas renovatórias de acesso à justiça, ganhando especial destaque na denominada quarta onda renovatória. Ressalte-se, contudo, que ações de mobilização popular, educação ou conscientização de direitos devem contar com os pressupostos do agir comunicativo de Jürgen Habermas, bem como com os pressupostos da educação dialógica de Paulo

²⁵ ECONOMIDES, K. **Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”**: epistemologia versus metodologia?, 1999, p. 61-76.

²⁶ *Ibidem*, p. 68.

²⁷ BETTANIN E SILVA, D. **A Defensoria Pública no exercício da função dialógica em Direitos Humanos**: uma instituição *amicus educationis*, 2022.

Freire, de modo a garantir o reconhecimento dos atores sociais envolvidos como reais sujeitos de direitos.

Não poderia se dar de outra forma em relação às ações que busquem o acesso a direitos da população em situação de rua: qualquer pretensão de atuação junto ao referido grupo deve levar em consideração que o diálogo, como instrumento de transformação social, implica a observância dos pressupostos do agir comunicativo e da ação dialógica, sob pena de que a atuação não tenha eficácia transformadora e emancipatória.

Em outras palavras, é a partir das trocas viabilizadas pelo diálogo e do constante exercício de coinfluência entre os sujeitos envolvidos que se pode falar em educação em direitos, bem como no exercício de uma real democracia. Com isso, as pessoas em situação de rua deixam de ocupar uma posição passiva para ocupar, com o diálogo, a posição de sujeitos ativos e verdadeiros educadores²⁸ perante os demais atores sociais envolvidos.

3. PROJETO RUAS DO AMAZONAS: O DIÁLOGO COMO TENTATIVA DE ROMPERAS BARREIRAS DE ACESSO A DIREITOS DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA

O projeto Ruas do Amazonas foi criado no fim do ano de 2021, pensado e desenvolvido por diversos atores sociais. A elaboração do referido projeto contou com a participação ativa da sociedade civil, que, provocando a Defensoria Pública do Amazonas, almejou a criação e o fortalecimento de movimentos da população em situação de rua no estado.

Assim, o objetivo primordial do projeto Ruas do Amazonas foi atuar por meio do diálogo e da educação em direitos em busca de laços e espaços para a organização, emancipação e empoderamento da população em situação de rua de Manaus e de outras cidades amazonenses, a fim de contribuir na luta pelo acesso a direitos desse segmento populacional, promovendo seu reconhecimento.

²⁸ Conforme preceitua Paulo Freire, ao afirmar que educadores e educandos intercalam posições mutuamente no modelo de pedagogia dialógico. Nesse sentido: FREIRE, P. **Pedagogia da autonomia**: saberes necessários à prática educativa, 2019.

É possível apontar ainda como objetivo do referido projeto a identificação e o estreitamento de relações com as organizações da sociedade civil que atuam cotidianamente com esse público, bem como com outros atores governamentais que possuem atribuição de elaborar políticas públicas voltadas à população em situação de rua.

Após alguns encontros com a sociedade civil para delimitar o modo de execução do projeto, teve início a atuação com rodas de escuta nas ruas, nos locais em que cotidianamente a população em situação de rua vive. Trata-se de concretização do agir comunicativo de Habermas, em busca do engajamento e da participação ativa referidos por Paulo Freire.

Ir ao encontro da população em situação de rua permitiu que a Defensoria Pública, enquanto instituição *amicus educationis* (amiga da educação)²⁹, compreendesse a dura realidade que o referido grupo social enfrenta. Escutar os seus desafios diários, a luta pela sobrevivência e o sentimento de esquecimento e de invisibilidade confirmou o quão urgente e necessária se faz a intervenção do poder público para concretização de políticas voltadas a um mais efetivo acesso a direitos do grupo em questão.

Tal invisibilidade corresponde, justamente, ao que Axel Honneth entende por reificação.³⁰ Vale dizer, o esquecimento do reconhecimento de tal segmento da população como verdadeiros sujeitos de direitos os afastaria da necessária participação democrática na sociedade civil e nas esferas de poder do Estado.

As rodas de escuta foram divididas por território para que o projeto pudesse alcançar o maior número possível de pessoas em situação de rua, e de modo a respeitar também a ausência de habitação fixa e a heterogeneidade do segmento. Assim, as rodas de escuta passaram a ocorrer semanalmente, sempre em locais diferentes. As demandas levantadas guardaram entre si, contudo, similaridade. A dificuldade de acesso aos órgãos e aos serviços públicos pela ausência de documentos pessoais, a precariedade da prestação do serviço de saúde, a criminalização sofrida, a violência policial, a carência de estruturas e a má capacitação de muitos dos servidores que atuam com a

²⁹ BETTANIN E SILVA, D. *A Defensoria Pública no exercício da função dialógica em Direitos Humanos: uma instituição amicus educationis*, 2022.

³⁰ HONNETH, A. *Reificação: um estudo de teoria do reconhecimento*, 2018.

população em situação de rua foram demandas identificadas como comuns e de maior insurgência.

Os anseios, independentemente do local de escuta, também eram similares: a vontade de mudar de vida e de conquistar emprego e moradia eram temas frequentemente levantados nas rodas. Do mesmo modo, o cansaço de ouvir promessas não cumpridas escancarava a desilusão e a descrença no poder público.

Após diversos encontros, foi marcado o dia em que a população em situação de rua de Manaus, Manacapuru e Iranduba teria contato com os representantes do Movimento Nacional da População em Situação de Rua de outros estados da federação. O referido evento pode ser analisado, no presente contexto, como um importante momento em que o diálogo e o reconhecimento puderam ser concretizados, na prática, à população em situação de rua presente.

A dinâmica de abertura se deu mediante apresentação cultural de um grupo formado por pessoas que já vivenciaram a dura realidade de estar nas ruas. Na oportunidade, entoou a rapper Lucka Brasil, durante a apresentação musical:

Eu vi rostos sofridos, ouvi muitos gemidos, observei movimento e pouco desenvolvimento. Eu lamento, lamento. Me olhando assim ninguém imagina o que passei, lutei por ser mulher e saber o que na vida se quer, empoderando o desafio e me livrando do frio. Respeito ainda vive!³¹

O estabelecimento de vínculos e a aproximação se deram logo de início. Na grande roda que se formou, foi possível perceber a necessidade que a população em situação de rua do Amazonas tinha em ser reconhecida como sujeitos de direitos, como cidadãos que integram uma sociedade, marcada por tanta desigualdade.

Entende-se que, em tal momento, pôde-se realizar uma aproximação dos conceitos de agir comunicativo, de Habermas, e de reconhecimento, de Axel Honneth. Os espaços de fala proporcionados não contavam com nenhum

³¹ ANADEP. **AM**: Defensoria escuta população de rua na primeira edição do projeto Ruas do Amazonas, 6 dez. 2021.

senso de hierarquia ou de busca por determinado convencimento ou de fins perlocutivos, como menciona Habermas acerca do agir teleológico. Em verdade, buscou-se apenas proporcionar o exercício de efetiva participação, de trocas de saberes mútuas que valorizassem o reconhecimento de todos os presentes como iguais sujeitos de direitos – o que também se coaduna com o modelo de educação dialógica de Paulo Freire.

A fala dos representantes do Movimento Nacional da População em Situação de Rua (MNPR), por sua vez, apresentando a história do movimento, compartilhando experiências pessoais e dificuldades vivenciadas cotidianamente, revelou a importância de se conhecer direitos para viabilizar sua luta.³²

No decorrer do evento, diversos questionamentos surgiram, verificando-se indignação nas falas do povo da rua. “Para onde vai o dinheiro público?”, “É preciso transparência e prestação de contas” e “O Estado prefere transferir a responsabilidade para comunidades terapêuticas para explorar a miséria” foram assertivas proferidas por Abimael Lima, integrante do movimento em Manaus.

Samuel Rodrigues, representante do Movimento Nacional da População em situação de Rua no Estado de Minas Gerais (MNPR-MG), destacou a importância de se ressignificar a ideia de que os serviços públicos seriam uma forma de caridade. São, em verdade, direitos da população em situação de rua. Para o representante, o MNPR busca despertar o senso crítico das pessoas com trajetória de rua para se colocarem como sujeitos de direitos em todas as suas ações, assegurando seus direitos em todos os serviços ofertados. O papel do movimento nacional seria, então, pedagógico em relação à população em situação de rua.

Fernanda Balera, defensora pública do Estado de São Paulo, participando do evento como convidada, destacou que o atendimento à população em situação de rua na cidade se deu mediante a provocação dos movimentos sociais, daí a importância de dialogar com a sociedade civil e estabelecer vínculos para a prestação de um serviço de qualidade e que atenda aos interesses desse grupo vulnerável.

³² ANADEP. **AM**: Defensoria escuta população de rua na primeira edição do projeto Ruas do Amazonas, 6 dez. 2021.

No primeiro dia do evento, formaram-se quatro grupos para debater os elementos da população em situação de rua de Manaus, resultando no seguinte:

Elementos da População de Rua do Amazonas

Forças - esperança, união, reciprocidade, empatia, respeito, tolerância, amor, coragem, determinação, ousadia, criatividade, perseverança, vontade e autoestima.

Oportunidades – oportunidade de se expressar no Encontro.

Fraquezas – fome, violência, álcool e outras drogas, falta de moradia, falta de banheiros públicos, preconceito, medo, insegurança e solidão.

Ameaças – governo, desemprego, polícia, falta de políticas públicas, violência, violações de direitos, falta de amor ao próximo, retaliação por exigir direitos, bullying e marginalização.

Paralelamente, foi formada uma roda de conversa com as organizações sociais presentes, a DPE/SP e a DPE/AM, debatendo-se os desafios encontrados por quem trabalha com a população em situação de rua. Foi possível perceber dificuldades em comum, como a carência de recursos humanos e de estrutura, bem como a complexidade das demandas diárias, que requerem apoio de áreas diversas.

No segundo dia do evento, foi realizada uma visita ao território na Praça da Matriz e na Praça dos Remédios, situadas no centro da cidade de Manaus, local de grande concentração de pessoas em situação de rua. Foram feitas novas rodas de conversa para ouvir a demanda da população em situação de rua que se encontrava no local, que foi convidada então para comparecer no evento e participar das atividades.

Com a adesão de muitos, o ônibus da Defensoria Pública retornou cheio, o que propiciou uma tarde de trabalhos produtiva, com muitos debates e cobranças feitas pelo povo da rua às instituições e organizações presentes. Falhas foram apontadas em todas as áreas de atendimento, destacando-se a dificuldade enfrentada para conseguir atendimento pelo Consultório na Rua. A resposta dos representantes da Secretaria Municipal de Saúde foi rasa e insatisfatória, indicando apenas que a equipe seria pequena e que, por vezes, necessita atender em locais distantes, e não apenas na área central. Houve relato, inclusive, de uma usuária que havia recebido medicamento

vencido, demonstrando o descaso das autoridades públicas quando se pensa no direito à saúde voltado à população em situação de rua.

O representante da Secretaria Estadual de Saúde trouxe o tema da saúde mental e destacou que os protocolos são falhos e que há ausência de representatividade da população em situação de rua nos conselhos, o que impossibilita uma construção democrática e coletiva de políticas públicas voltadas ao público-alvo do projeto.

Ao final do evento, com base nas dinâmicas realizadas, foi possível ainda a confecção de uma “Carta do Povo da Rua”, na qual foi manifestada a indignação da população em situação de rua pelas constantes violações de direitos por parte das autoridades, que não os enxergam como cidadãos nem asseguram orçamento para uma intervenção capaz de implementar um maior acesso a direitos. No documento ainda destacou-se que os serviços fornecidos pelo poder público, muitas vezes, estão distantes do território em que vive a população em situação de rua, de modo a serem impostas barreiras geográficas no acesso a direitos. Foram questionadas também as políticas adotadas em tempos de pandemia, período em que o grupo vulnerável em questão não pôde cumprir a determinação básica das autoridades de “ficar em casa”.

No ponto, Boaventura de Sousa Santos constata o intenso impacto que sofreram os diversos grupos vulneráveis no contexto da pandemia. Segundo o autor, muitos grupos vulneráveis são tratados erroneamente como “minorias” ou “exceções”. Isso porque, se somados tais grupos, seria possível identificar que se tratam, na verdade, da maioria da população mundial: “O que designamos por normalidade é um artifício produzido pela multiplicação e fragmentação das exceções.”³³

Nesse sentido, teriam sofrido de forma mais intensa com a pandemia os seguintes grupos, segundo o autor: (i) trabalhadores dependentes, precários e informais (autônomos) – é o caso das empregadas domésticas, que nem sequer costumam possuir contrato de trabalho; (ii) desempregados; (iii) trabalhadores sazonais; (iv) trabalhadores de rua; (v) moradores das periferias pobres – que muitas vezes nem sequer possuem saneamento básico e acesso

³³ SANTOS, B. de S. **O futuro começa agora**: da pandemia à utopia, 2021, p. 105.

a serviços públicos; e (vi) as pessoas em situação de rua.³⁴ Destarte, ganha especial relevo a vulnerabilidade das pessoas em situação de rua, agravada em um contexto de pandemia e pós-pandemia, como menciona Boaventura de Sousa Santos.

A violência policial também foi objeto da carta, destacando-se as abordagens dos agentes de segurança, muitas vezes truculentas, no intuito de afastar as pessoas em situação de rua dos espaços públicos centrais da cidade de Manaus e das demais cidades do interior do Amazonas. Ao final do documento, então, clamou-se pelo comprometimento das autoridades públicas para que pautem as temáticas trabalhadas em suas agendas, como forma de pressionar o poder público a solucionar a problemática da violência levantada pelos participantes do evento.

Um dos frutos advindos do projeto Ruas do Amazonas, já idealizado nos encontros promovidos em Manaus, foi a criação do Fórum Amazonense da População em Situação de Rua, um espaço plural, baseado no diálogo, com a finalidade de promover encontros periódicos com representantes do grupo vulnerável em questão, convidando-se autoridades e instituições, de modo a se realizar o controle social das políticas, programas, serviços e projetos destinados à população em situação de rua.

O Fórum referido simbolizou a continuidade do projeto Ruas do Amazonas, a partir de encontros mensais que vêm ganhando reforços a cada reunião. No espaço de debate, é perceptível como o movimento tem se fortalecido, e como a postura dos participantes demonstra engajamento e participação ativa crescentes na luta pelo acesso a direitos.

As ações aqui analisadas, portanto, permitem concluir que os espaços de diálogo criados são necessários de forma constante. É a partir deles que o reconhecimento e a participação democrática se perfectibilizam. O diálogo, nesses moldes – respeitando a noção de reconhecimento honnethiano, o agir comunicativo de Habermas e o modelo de educação dialógica de Paulo Freire –, torna-se importante instrumento para romper as barreiras de acesso a direitos da população em situação de rua, de modo a contribuir também para as diversas ondas renovatórias de acesso à justiça.

³⁴ SANTOS, B. de S. **O futuro começa agora**: da pandemia à utopia, 2021, p. 106-114.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, constata-se que o diálogo constitui importante instrumento de acesso a direitos para a população em situação de rua. Nas condições ideais e aqui estudadas, configura manifestação do agir comunicativo proposto por Habermas, o qual contribui para o fortalecimento da democracia, a partir do engajamento e da participação ativa do grupo vulnerável em questão, nos termos propostos por Axel Honneth e também por Paulo Freire.

Vale dizer, não se fala em práticas que preguem um fluxo unilateral de informações para determinado grupo vulnerável. Não há essa pretensão. Há, antes, a busca por espaços de troca e de confluência, garantindo-se o exercício de atividades pedagógicas e com real potencial transformador.

O projeto Ruas do Amazonas, nesse contexto, representa importante pontapé inicial para o oferecimento de espaços democráticos e plurais que possibilitem a integração entre sociedade civil, instituições públicas e a população em situação de rua. Reafirma-se ainda, em tal cenário, o papel da Defensoria Pública como uma instituição *amicus educationis* (amiga da educação).³⁵

Por fim, as barreiras às ondas renovatórias de acesso à justiça vêm sendo superadas, pouco a pouco, a partir do exercício da atividade dialógico-emancipatória, assim como a invisibilidade da população em situação de rua, de modo a resgatar-se o reconhecimento a que se refere Axel Honneth, deixado de lado pelas diversas práticas reificantes da vida contemporânea. Em uma frase: com o verdadeiro diálogo, é plenamente possível promover o acesso a direitos da população em situação de rua.

REFERÊNCIAS

ANADEP. Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos. **AM:** Defensoria escuta população de rua na primeira edição do projeto Ruas do Amazonas. 6 dez. 2021. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=50621>. Acesso em: 5 abr. 2023.

³⁵ BETTANIN E SILVA, D. **A Defensoria Pública no exercício da função dialógica em Direitos Humanos:** uma instituição *amicus educationis*, 2022.

BETTANIN E SILVA, Daniel. **A Defensoria Pública no exercício da função dialógica em Direitos Humanos**: uma instituição *amicus educationis*. Belo Horizonte: CEI, 2022.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia? In: PANDOLFI, Dulce (et al.) (Orgs.). **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999.

FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo (Coord.). **Metodologia da pesquisa em direito**: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**: saberes necessários à prática educativa. 61. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2019.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo 1**: racionalidade da ação e racionalização social. Tradução de Paulo Astor Soethe. Revisão da tradução por Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo 2**: sobre a crítica da razão funcionalista. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2012.

HONNETH, Axel. **Reificação**: um estudo de teoria do reconhecimento. Tradução de Rúrion Melo. São Paulo: Ed. Unesp, 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma concepção multicultural de direitos humanos. **Lua Nova**, São Paulo, n. 39, p. 105-124, 1997. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451997000100007&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 12 mar. 2023.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O futuro começa agora**: da pandemia à utopia. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2021.

DEFENSORIA PÚBLICA

PUBLIC DEFENDER'S OFFICE

A INTERVENÇÃO DE TERCEIROS E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA FUNÇÃO DE *CUSTOS VULNERABILIS*

THE THIRD-PARTY INTERVENTION AND THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE: PERFORMANCE OF THE PUBLIC DEFENDER IN THE FUNCTION OF VULNERABILIS COSTS

Valmir Caliman Matos

(Especialista em Direito Público, Faculdade de Ensino Superior de Linhares; Advogado)

calimanmatos.adv@gmail.com

RESUMO

A presente pesquisa tem por escopo aferir os impactos da admissibilidade jurisprudencial da intervenção processual da Defensoria Pública na função de *custos vulnerabilis*, de modo similar ao que ocorre no âmbito de atuação do Ministério Público, o qual intervém para cumprir sua missão institucional de fiscal da ordem jurídica (*custos iuris*). Explora a evolução histórica do acesso à justiça e sua relevância para a tutela coletiva de direitos que envolva jurisdicionados hipossuficientes. Analisa obras que debateram esse novel instituto jurídico, assim como precedentes judiciais que enfrentaram a inédita tese institucional, aprimorada e incorporada ao direito pátrio pelo Defensor Público do Estado do Amazonas Maurílio Casas Maia. O estudo acerca do fenômeno do guardião dos vulneráveis é identificado como essencial ao cumprimento das funções atribuídas pela Constituição Federal à Defensoria Pública. Rememora o surgimento do cargo de Defensor Público, com origem em ramo do Ministério Público, e pontua conquistas históricas pela autonomia da instituição. Confronta dispositivos constitucionais e legais a fim de compreender a fundamentação que serve de lastro ao instituto. A abordagem, com enfoque no instituto processual da intervenção de terceiros, colima desvelar a natureza jurídica da intervenção defensorial como guardiã ou fiscal dos vulneráveis, bem como seus parâmetros e efeitos no ordenamento jurídico brasileiro por meio das pesquisas bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Tutela coletiva de direitos. Intervenção de terceiros. Defensoria Pública.

ABSTRACT

The present research aims to investigate the admissibility of the Public Defender's procedural intervention in the function of *vulnerabilis* costs, similar to what occurs in the scope of action of the Public Ministry, which intervenes to fulfill its institutional mission as fiscal of the legal order (*custos iuris*). Justifies the study of the phenomenon of the guardian of the vulnerable as essential to the fulfillment of the functions assigned by the Federal Constitution to the Public Defender's Office. Describes the emergence of the Public Defender position with origins in the Public Ministry branch and its historical achievements for the autonomy of the institution. Analyzes recent works that debated this novel legal institute, as well as judicial precedents that faced the unprecedented institutional thesis, improved and incorporated into national law by the Public Defender of the State of Amazonas Maurilio Casas Maia. Confronts constitutional and legal provisions in order to analyze the legal basis that serves as a backing for the institute. The approach, focusing on the procedural institute of third party intervention of Civil Procedural Law, aims to reveal the legal nature of the defense intervention as guardian or fiscal of the vulnerable, as well as its parameters and effects in the Brazilian legal system. Explores contemporary aspects of access to justice and its relevance to the collective protection of rights that involve underprivileged jurisdictions.

Keywords: Access to justice. Collective protection of rights. Third-party intervention. Public defense.

Data de submissão: 01/09/2022

Data de aceitação: 19/05/2023

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. ACESSO À JUSTIÇA. 2. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS: COMPATIBILIDADE DO *CUSTOS VULNERABILIS*. 3. INSTITUTO *CUSTOS VULNERABILIS* E A JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA NO STJ. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

A atuação institucional da Defensoria Pública, nos moldes em que é atualmente reconhecida, foi constitucionalmente prevista com o advento da Constituição Federal de 1988 (Constituição, art. 134, *caput*). Embora,

aparentemente, o leque de atribuições dessa instituição esteja exaustivamente descrito no texto constitucional e no da Lei Complementar n. 80/94, popularmente conhecida como Lei Orgânica da Defensoria Pública, discute-se acerca da amplitude da intervenção defensorial no cumprimento de suas missões institucionais.

Nesse contexto, surgiu, no cenário brasileiro, em 2014, a tese de atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis*, guardião dos vulneráveis, ou fiscal dos vulneráveis, da lavra de Maurilio Casas Maia.¹ A tese parece provir do direito latino-americano, que teria inspirado a confecção das Regras de Brasília sobre o acesso à Justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade.²

O cerne da discussão proposta pelo aludido autor repousa sobre a possibilidade de intervenção da Defensoria Pública em nome próprio em prol dos vulneráveis sociais, ampliando significativamente o alcance do conceito de vulnerabilidade até então aplicado. Essa tese, relativamente recente, objetiva, em sua aplicação ao sistema processual civil vigente, complementar ou suplementar a atuação do procurador constituído pelas partes vulneráveis. Nessa espécie de intervenção processual, a instituição tem por escopo velar pela incolumidade dos direitos fundamentais de indivíduo ou de determinada coletividade, sobretudo no que atine ao valor-fonte da dignidade da pessoa humana, o qual, para alguns, deve inspirar todo o ordenamento constitucional vigente no país.³

O objeto de estudo é aqui explorado a fim de investigar esse fenômeno processual e determinar os impactos de sua aplicação pelo Superior Tribunal de Justiça aos jurisdicionados. O presente trabalho aborda ainda a evolução jurisprudencial do tema, com ênfase no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Como metodologia, utiliza-se raciocínio dedutivo a partir de princípios, leis ou teorias consideradas verdadeiras e indiscutíveis, a fim de predizer a ocorrência de casos particulares.⁴

¹ MAIA, M. C. **Custos vulnerabilis constitucional**: o Estado Defensor entre o REsp 1.192.577-RS e a PEC 4/2014, 2014.

² MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA. **Defensa Pública**: garantía de acceso a la justicia, 2008, p. 13-34.

³ RIVABEM, F. S. **A dignidade da pessoa humana como valor-fonte do sistema constitucional brasileiro**, 2005.

⁴ PRODANOV, C. C.; FREITAS, E. C. **Metodologia do trabalho científico**: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico, 2013.

No tópico inicial, são fixadas, sinteticamente, algumas premissas relativas ao acesso à justiça e sua estreita relação com a consagração da Defensoria Pública na atual ordem constitucional na tutela dos direitos de vulneráveis. Por seu turno, a segunda parte trata do instituto processual da intervenção de terceiros, gênero com que o fenômeno *custos vulnerabilis* se identificaria como uma de suas espécies.

No terceiro item, atinge-se o cerne da questão investigada, qual seja, a intervenção defensorial na função de *custos vulnerabilis*. Em última análise, busca-se compreender os efeitos sociais das decisões tomadas pelo Superior Tribunal de Justiça ao enfrentar a questão no julgamento de precedentes de grande repercussão social.

Ao fim, são expostas análises conclusivas a respeito do objeto da pesquisa, com a finalidade de verificar a compatibilidade do instituto processual com a ordem jurídica vigente e os efeitos práticos de sua incorporação.

1. ACESSO À JUSTIÇA

A noção de acesso à justiça, pilar do sistema processual, confunde-se com a própria evolução do Estado e a sua gradativa afirmação impositiva ante os indivíduos, os quais outrora reservavam a si próprios a resolução dos conflitos de interesse que eventualmente surgiam.⁵

Superado o modelo estatal absolutista, o advento do Estado Liberal, de modo geral, trouxe contornos meramente formais à função jurisdicional, embora tenha sido incumbido da fundamental missão de romper com o antigo regime. Com vistas à consecução desse objetivo, a lei foi elevada ao mais alto patamar, com o desiderato de substituir as práticas jurídicas autoritárias adotadas pelo regime monárquico.⁶

Considerando a intensificação da complexidade social, a característica que o *laissez-faire* moldou na tutela jurisdicional dos Estados liberais se apresentou como insuficiente aos jurisdicionados. Nessa trilha, alguns autores observam que:

⁵ CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria geral do processo*, 2005.

⁶ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. *Curso de processo civil: teoria do processo civil*, 2020.

O problema da “efetividade” do direito de ação, ainda que já fosse percebido no início do século XX, tornou-se mais nítido quando da consagração constitucional dos chamados “novos direitos”, ocasião em que a imprescindibilidade de um real acesso à justiça se tornou ainda mais evidente.⁷

Em face desse cenário carente de mudanças, surgiram as denominadas ondas renovatórias de acesso à justiça, as quais apregoavam tendências aparentemente cronológicas, a partir de 1965, nos países ocidentais, no sentido de conferir novos instrumentos aos ordenamentos jurídicos com o fim de tornar o acesso à justiça mais efetivo e igualitário.⁸

Em suma, o primeiro esforço nesse sentido, também chamada de primeira onda, traduz-se na assistência judiciária para os pobres. A partir dela, foi possível observar a instituição de três modelos: o *judicare*, o *salaried staff* e o misto. O primeiro deles, encampado pelos ordenamentos jurídicos da Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha Ocidental, visava a outorga de representação adequada aos litigantes de baixa renda mediante a remuneração de advogados particulares pelo Estado.⁹

Um segundo momento reformador no panorama do acesso à justiça diz respeito à representação dos direitos coletivos *lato sensu*, que se desenvolveu mais rapidamente nos Estados Unidos, com o intento de dissociar o processo civil de uma visão meramente individualista, possivelmente herança das conquistas jurídicas obtidas à época do Estado Liberal. O panorama tradicional do direito processual, às voltas com a composição entre duas partes com interesses individuais, não abrangia a tutela dos direitos difusos, por exemplo.¹⁰

Apesar da inegável contribuição das ondas renovatórias anteriores, ainda há, segundo as referências no tema, uma terceira onda para aprimorar o acesso à justiça nos Estados ocidentais. Essa categoria, doutrinariamente reconhecida como o enfoque do acesso à Justiça, colima fomentar a solução extrajudicial de conflitos e conferir mais efetividade às normas que

⁷ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. **Curso de processo civil**: teoria do processo civil, 2020, p. 278.

⁸ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**, 1988.

⁹ *Ibidem*, p. 35-49.

¹⁰ *Ibidem*, p. 49-50.

estabelecem prerrogativas e deveres às relações jurídicas de direito material, ou direito substantivo, por meio da alteração de procedimentos e sua adequação aos diversos tipos de litígios.

Assim, construiu-se justificativa para essa corrente sem negar o mérito das duas primeiras ondas. Todavia, aponta a insuficiência daquelas para a prevenção de lides e pontua o baixo número de possibilidades de composição, o que afetaria diretamente o grau de satisfação dos jurisdicionados com as soluções impostas.¹¹

Depois de promover uma releitura da obra clássica de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, há até quem proponha, com viés progressista, a existência de uma quarta onda renovatória, consubstanciada na expansão do conceito de necessitado, que poderia abarcar, casuisticamente, o acesso de operadores do direito à justiça, orientando-se pelo enfoque na promoção dos direitos humanos e na autodeterminação das minorias.¹²

Trazendo à baila o cerne do debate, o instituto *custos vulnerabilis* deriva de uma reinterpretação do conceito de hipossuficiência. Conforme se desenvolveu acerca do tema, a concepção de necessitado teria sofrido alteração histórica em sua abrangência. Sobre as produções a respeito do assunto:

Quando se pensa em assistência judiciária, logo se pensa na assistência aos necessitados, aos economicamente fracos, aos “*minus habentes*”. É este, sem dúvida, o primeiro aspecto da assistência judiciária: o mais premente, talvez, mas não o único.

Isso porque existem os que são necessitados no plano econômico, mas também existem os necessitados do ponto de vista organizacional. Ou seja, todos aqueles que são socialmente vulneráveis: os consumidores, os usuários de serviços públicos, os usuários de planos de saúde, os que queiram implementar ou contestar políticas públicas, como as atinentes à saúde, à moradia, ao saneamento básico, ao meio ambiente *etc.*¹³

A corrente inovadora, responsável por elastecer o conceito de necessitado, vulnerável, ou hipossuficiente, à qual a processualista se filiou, aparentemente

¹¹ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**, 1988, p. 67-73.

¹² ECONOMIDES, K. **Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”**: epistemologia *versus* metodologia, 1999.

¹³ GRINOVER, A. P. **Legitimidade da Defensoria Pública para ação civil pública**, 2008, p. 305-306.

culminou na reforma promovida pelo Poder Constituinte Derivado Reformador, que, por meio da Emenda Constitucional n. 80, de 4 de junho de 2014, promoveu alteração no texto constitucional atribuindo formato e funções mais robustos à Defensoria Pública na orientação e tutela dos direitos dos necessitados (Constituição, art. 134, *caput*).¹⁴ Nota-se que o constituinte não se refere ao público-alvo da instituição tendo em conta apenas a insuficiência econômica, e sim autorizando a assistência jurídica a diversos grupos em situação equivalente à hipossuficiência organizacional.

Mais recentemente, um marco para efetivação do acesso à justiça consistiu na aprovação das Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade, também denominadas “100 regras de Brasília”, durante encontro da Cúpula Judicial Ibero-Americana, realizado em Brasília, como uma declaração de garantia efetiva aos direitos humanos.¹⁵

Em 2022, como produto da Pesquisa Nacional da Defensoria Pública naquele ano, obtiveram-se dados relevantes acerca do acesso à justiça nos núcleos localizados em todas as unidades federativas. Na ocasião, o ideal analisado foi repartido em três pilares fundamentais, quais sejam: a educação em direitos, o conhecimento da população sobre os serviços prestados pela Defensoria Pública e a prevenção de conflitos e desjudicialização de demandas.¹⁶

Durante a pesquisa, foi constatado que 18 das 28 unidades da Defensoria Pública no Brasil apontaram possuir setor específico voltado à orientação jurídica e à informação da população.

2. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS: COMPATIBILIDADE DO *CUSTOS VULNERABILIS*

Compreender o conceito de terceiro perpassa, em última análise, pela própria definição de “parte” em uma relação jurídica processual. Segundo

¹⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988.

¹⁵ ANADEP. *Regras de Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade*, 2008.

¹⁶ BRASIL. *Pesquisa Nacional da Defensoria Pública*, 2022.

Liebman, todos aqueles que não são partes são considerados, em relação àquele processo, terceiros.¹⁷

Hodiernamente, as modalidades mais comuns e topograficamente reunidas pelo legislador no Código de Processo Civil consistem em: assistência (simples e litisconsorcial), denunciação da lide, chamamento ao processo, incidente de desconsideração da personalidade jurídica e o *amicus curiae*.

Não obstante as espécies de intervenção de terceiros elencadas sob aquele título, há consenso a respeito da existência de outras modalidades difusas pela codificação processual que autorizariam terceiros juridicamente interessados a intervirem em uma relação jurídica processual. A título exemplificativo, citam-se os embargos de terceiro e o recurso de terceiro prejudicado.¹⁸

Por outra via, cogitam-se outras formas de intervenção de terceiros por imperativo constitucional, as quais possuiriam lastro expresso no Código de Processo Civil. Esse seria o contexto que envolve a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, bem como a da Defensoria Pública na tutela dos direitos de pessoas em situação de hipossuficiência.¹⁹

Preconiza-se que a partir da Constituição Federal de 1988 o Ministério assumiu protagonismo em demandas judiciais carregadas de interesse público ou social, deixando de ser apenas interveniente em demandas alheias. O pesquisador cita, além da Norma Fundamental, a Recomendação n. 16/2010 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), cujo conteúdo teria posteriormente inspirado a disciplina institucional materializada no Código de Processo Civil, em 2015.²⁰

¹⁷ Apud: DINAMARCO, C. R. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. II, 2009, p. 380.

¹⁸ Nessa trilha: RANGEL, M. A. S. S. **As intervenções de terceiros no Novo Código de Processo Civil**, 2016, p. 110.

¹⁹ **Art. 178/CPC/15** – “O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como **fiscal da ordem jurídica** nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam [...]” **Art. 565, §2º/CPC/15** – “O Ministério Público será intimado para comparecer à audiência, e a **Defensoria Pública será intimada sempre que houver parte beneficiária de gratuidade da justiça.**” BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**, 2015a.

²⁰ AMORIM, H. M. de. **O Ministério Público e a unidade do ordenamento jurídico**: o Ministério Público em 2º grau e a formação, aplicação e superação de precedentes no Código de Processo Civil de 2015, 2017.

Em observação relevante para o panorama traçado neste estudo, aponta-se que:

Tanto o Código de Processo Civil de 1973 (art. 83) como o Código de Processo Civil de 2015 (art. 179) autorizam o *Parquet* a praticar, mesmo que na qualidade de interveniente *custos legis*, atos processuais equivalentes aos das partes: pode requerer a produção de provas, solicitar “as medidas processuais cabíveis”, manifestar-se no decorrer de toda a relação processual (inclusive e não apenas por via de parecer), assim como recorrer contra decisões que entenda lesivas aos interesses por ele judicialmente representados.²¹

Por outra via, há entre os processualistas quem defenda a existência de uma nova forma de intervenção institucional, essa por parte da Defensoria Pública. Trata-se da atividade na qualidade de *custos vulnerabilis*, de modo semelhante ao que se dá com o Ministério Público no exercício de sua missão institucional de *custos iuris*, de sorte a assegurar, em processos judiciais individuais e coletivos, tutela adequada aos interesses atribuídos àquela instituição, bem como na promoção dos direitos humanos.²²

Seguindo essa linha de raciocínio, o legislador estabeleceu, cumpre salientar, alguns gatilhos normativos relativos a essa modalidade de intervenção nos artigos 554, § 1º, e 565, § 2º, do Código de Processo Civil.²³

O primeiro dispositivo mencionado versa sobre a intimação da Defensoria Pública nas ações possessórias com grande número de pessoas integrando o polo passivo nas quais existam pessoas em situação de hipossuficiência econômica. Tratar-se-ia, nesse caso, de intervenção de terceiros *suis generis*, com fulcro constitucional e institucional, na qual a instituição atuaria em prol da amplificação do contraditório dos interesses comunitários para efetivar direitos de posse, moradia ou habitação de comunidade necessitada. Em relação ao termo “hipossuficiência econômica”, a leitura mais idônea do

²¹ VENTURI, E. **A voz e a vez do interesse público em juízo:** (re)tomando a sério a intervenção *custos legis* do Ministério Público no novo processo civil brasileiro, 2015, p. 119.

²² BUENO, C. S. **Curso sistematizado de direito processual civil:** teoria geral do direito processual civil, 2018, p. 218.

²³ MAIA, M. C. **A intervenção de terceiro da defensoria pública nas ações possessórias multitudinárias do NCPC:** colisão de interesses (Art. 4º-A, V, LC n. 80/1994) e posições processuais dinâmicas, 2016.

dispositivo, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, dar-se-ia a partir da compreensão do adjetivo como atribuição mínima compulsória da Defensoria Pública, de sorte a aproximar o dispositivo de uma norma de caráter exemplificativo.²⁴

No segundo caso, a intimação institucional é realizada, ainda no contexto de ação possessória multitudinária, para participar da audiência de mediação quando houver parte beneficiária de gratuidade da justiça. Não obstante a doutrina institucional divergir e apontar certa atecnia do legislador, por confundir os conceitos de gratuidade da justiça e de assistência judiciária gratuita²⁵, considera-se que o defensor público poderia se manter inerte – constatando não haver desequilíbrio processual que justifique sua atuação –, atuar como assistente simples da parte – caso identifique na parte necessitada alto grau de vulnerabilidade (*vide* art. 4º, XI, da LC 80/94) – ou mesmo como representante postulatório, se porventura o causídico abandonar o patrocínio processual dos interesses do necessitado que não possua condições financeiras de constituir novo patrono, ressalvada a avaliação discricionária do defensor público acerca da análise de hipossuficiência.

Em relação a ambas as espécies de intervenção institucional da Defensoria Pública reconhecidas pelo legislador, a participação defensorial é curial devido à existência de interesses dissidentes dentro da própria coletividade, fator que exige maior atenção do membro ao atuar em demandas congêneres.²⁶

Por conseguinte, além das categorias já catalogadas expressamente pelo legislador em título próprio do Código de Processo Civil, é possível a defesa de outras atuações interventivas, derivadas de dispositivos esparsos ao longo da referida norma, ou cujo fundamento de validade se extrai da legislação federal que regula as instituições, como seria o caso da LC 75/93 e da LC 80/94.

²⁴ MAIA, M. C. **A intervenção de terceiro da defensoria pública nas ações possessórias multitudinárias do NCPC**: colisão de interesses (Art. 4º-A, V, LC n. 80/1994) e posições processuais dinâmicas, 2016.

²⁵ Assim se posicionam: SILVA, F. R. A.; ESTEVES, D. **A nova disciplina da legitimação extraordinária da Defensoria Pública no Novo Código de Processo Civil**, 2015, p. 337.

²⁶ MAIA, op. cit., p. 1281.

3. INSTITUTO *CUSTOS VULNERABILIS* E A JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA NO STJ

O *custos vulnerabilis*, instituto processual que constitui o cerne da presente pesquisa, já foi concebido por parte da doutrina institucional como intervenção norteadada pelo interesse constitucional-legal da Defensoria Pública e, nos casos não expressos no texto constitucional, pelo padrão da intervenção de terceiros, em defesa dos interesses dos vulneráveis e da própria instituição.²⁷ E o fundamento para a equiparação entre as espécies de intervenção institucional remonta à edição da Lei n. 216, de 9 de janeiro de 1948, a qual dispunha sobre a composição do Ministério Público do Distrito Federal (extinto Estado da Guanabara), cujo território atual pertence ao município do Rio de Janeiro. A norma citada atribuía o atendimento judiciário dos juridicamente necessitados à carreira inicial do Ministério Público, que, à época, foi designada de “Defensor Público”.²⁸

No entanto, a norma considerada responsável por criar, isoladamente, o cargo de defensor público consiste na Lei Estadual n. 2.188, de 21 de julho de 1954, do Estado do Rio de Janeiro. Segundo essa lei, seis cargos de provimento efetivo eram criados na estrutura da Procuradoria-Geral de Justiça, cuja indicação se atribuía ao Poder Executivo.²⁹

A aceitabilidade dessa modalidade interventiva tem se acentuado entre a doutrina institucional, chegando a ser reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, a despeito de ainda haver alguma confusão entre a intervenção em comento e aquela na qualidade de *amicus curiae* em algumas decisões de admissão da instituição nos feitos.

O STJ, em 2018, encampou a tese pela primeira vez, ocasião na qual a Segunda Turma se deparou com disputa acerca da posse sobre terreno rural. Na oportunidade, suscitou-se a hipossuficiência dos réus e a situação de risco de seis idosos, justificando-se a intervenção institucional com fulcro nos princípios do contraditório e da ampla defesa.³⁰

²⁷ GONÇALVES FILHO, E. S.; ROCHA, J. B.; MAIA, M. C. *Custos vulnerabilis*: a Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis, 2020, p. 80.

²⁸ ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*, 2018.

²⁹ MAIA, M. C. *O modelo constitucional de assistência jurídica (Defensoria Pública) e o sistema federativo*: Defensorias municipais? O caso da ADPF 279, 2018, p. 131.

³⁰ BRASIL. *AgInt no REsp 1729246/AM*, 2018.

Em apreço à função institucional da Defensoria Pública na defesa dos interesses individuais e coletivos dos idosos, o acórdão colaciona:

PROCESSUAL CIVIL. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA DEFENSORIA PÚBLICA. NECESSIDADE. REVISÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

[...]

3. Em que pese a inaplicabilidade do dispositivo ao feito, trazemos à reflexão importante questão envolvendo a normativa prevista no artigo 554, § 1º, CPC/2015, em que se exige a atuação da Defensoria Pública em casos como o presente: “§ 1º: No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública”. Conclusão inafastável é que esse dispositivo busca concretizar a dignidade da pessoa humana, democratizando o processo, ao permitir a intervenção defensorial. O artigo almeja garantir e efetivar os princípios do contraditório e da ampla defesa de forma efetiva. **4. Importante destacar que a possibilidade de defesa dos vulneráveis, utilizando-se de meios judiciais e extrajudiciais, está prevista no art. 4º, XI, da LC 80/1994: “Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: (...) XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado”.** 5. A própria recorrente reconhece que não foi apresentada contestação, no caso, o que por si só comprova o prejuízo advindo da ausência de atuação da Defensoria Pública [...].³¹

A despeito de a fundamentação do acórdão ter se lastreado no artigo 4º, XI, da Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994, a hipótese de invocação simultânea do artigo 554, § 1º, do Código de Processo Civil por

³¹ BRASIL. AgInt no REsp 1729246/AM, 2018.

analogia se afiguraria plenamente possível, dada a existência de coletividade vulnerável no polo passivo da demanda.

Importa ressaltar algumas peculiaridades entre as formas de intervenção, vez que o *custos vulnerabilis* permite ampla admissibilidade de recurso interposto pela Defensoria Pública. Lado outro, o *amicus curiae* é marcado justamente pela legitimidade recursal restrita, nos moldes do artigo 138, §§ 1º e 3º, do Código de Processo Civil e do Enunciado n. 391 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.³²

Em 2019, em decisão paradigmática, o STJ admitiu expressamente a intervenção da Defensoria Pública da União como *custos vulnerabilis* nos autos de recurso especial repetitivo em que se discutia a obrigação de fornecimento de medicamento não registrado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária por parte das operadoras de planos de saúde.³³ Naquele caso, o ministro relator preconizou que **a instituição atua sem as restrições impostas ao *amicus curiae*, com vistas à ampliação do contraditório em prol dos consumidores vulneráveis.** Nas palavras do ministro:

No caso, foi facultada à DPU a sua atuação nos autos como *amicus curiae*, tendo ela apresentado sua manifestação (e-STJ, fls. 834/848) e realizado sustentação oral (e-STJ, fls. 958/959). Contudo, a DPU postulou a sua intervenção, na hipótese, como *custos vulnerabilis*, ou seja, na condição de “guardião dos vulneráveis”, o que lhe possibilitaria interpor todo e qualquer recurso. Defendeu, em suma, a sua legitimidade para intervir em demandas que possam surtir efeitos nas esferas das pessoas ou grupos de necessitados, mesmo em casos nos quais não há vulnerabilidade econômica, mas sim vulnerabilidade social, técnica, informacional, jurídica. Ao meu sentir, e sem esgotar o tema, acredito que, neste caso, a DPU pode, sim, atuar como *custos vulnerabilis*, razão pela qual submeto o tema a esta eg. Segunda Seção, pelos seguintes fundamentos [...].³⁴

Do exame das considerações contidas no voto, nota-se a necessidade de estabelecer alguns critérios para a distinção entre ambos os institutos, haja vista o possível prejuízo à defesa dos interesses de vulneráveis caso se aplique

³² BRASIL. V Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis, 2015.

³³ BRASIL. EDcl no REsp 1712163/SP, 2019.

³⁴ Ibidem.

tratamento idêntico às modalidades interventivas, que se fundamentam em dispositivos distintos.

Mais recentemente, o Tribunal da Cidadania julgou o REsp 1.809.486/SP sob o rito dos recursos repetitivos, fixando-se a tese de que:

Nos contratos de plano de saúde não é abusiva a cláusula de coparticipação expressamente ajustada e informada ao consumidor, à razão máxima de 50% (cinquenta por cento) do valor das despesas, nos casos de internação superior a 30 (trinta) dias por ano, decorrente de transtornos psiquiátricos, preservada a manutenção do equilíbrio financeiro.³⁵

Nos autos, a Defensoria Pública da União foi novamente admitida na condição de *custos vulnerabilis* e deduziu tese defensiva aos direitos dos consumidores, em tese, polo vulnerável na relação processual examinada.

Não obstante os precedentes já mencionados, cumpre salientar que o debate ainda não se encontra pacificado no âmbito da Corte. Mais recentemente, identificaram-se precedentes de inadmissibilidade da tese, o que impediu a Defensoria Pública de contribuir para o convencimento motivado em casos envolvendo os interesses de vulneráveis.

Nos autos em que se discutia pedido de medida protetiva de acolhimento institucional de menores, a Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso requereu admissão no feito na condição de *custos vulnerabilis*, contudo, o requerimento restou negado. Na ocasião, prevaleceu o entendimento de que a atuação protetiva dos menores incumbia ao Ministério Público, não sendo caso de curadoria especial e não sendo necessária a intervenção institucional em favor da parte. Nesse sentido:

AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MENOR DE IDADE. MEDIDA PROTETIVA DE ACOLHIMENTO PROVISÓRIO. NOMEAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO CUSTOS VULNERABILIS. SÚMULA N. 83/STJ. DESNECESSIDADE DA INTERVENÇÃO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7/STJ. 1. O Ministério Público é o órgão que se incumbe da

³⁵ BRASIL. Tema 1032 – REsp 1.809.486/SP, 2020.

defesa dos menores, atuando em caráter protetivo, tornando despicienda a participação de outro órgão, no caso a Defensoria Pública, com a mesma finalidade, nos procedimentos previstos no ECA. 2. A atuação da Defensoria Pública como curadora especial deve se dar somente quando chamada ao feito pelo Juízo em processos em que a criança ou adolescente seja parte na relação processual e desde que, em harmonia com o princípio da intervenção mínima, haja necessidade para tanto [...].³⁶

Em contexto semelhante e no mesmo ano, produziu-se o seguinte entendimento pela inadmissibilidade, fundado no Enunciado n. 83 da Súmula de Jurisprudência Dominante da Corte:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE MEDIDA PROTETIVA. CONCLUSÃO NO SENTIDO DA DESNECESSIDADE DE INCLUSÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA LIDE NA CONDIÇÃO DE *CUSTOS VULNERABILIS*. INTERESSES DO MENOR RESGUARDADOS. SÚMULAS 7 E 83/STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. **1. Apreciando o contexto fático-probatório dos autos, a segunda instância concluiu não ser necessária a inclusão da Defensoria Pública, ora insurgente, na lide na condição de *custos vulnerabilis*. Isso porque não havia a necessidade de defesa do adolescente pelo órgão, que estaria em pleno acompanhamento e devidamente assistido, sendo, portanto, prescindível a assistência pretendida.** Essas ponderações foram fundadas na apreciação fático-probatória, a atrair o texto da Súmula 7/STJ, que incide sobre ambas as alíneas do permissivo constitucional. No mais, não destoam da jurisprudência desta Corte Superior - Súmula 83/STJ. 2. Consoante orientação do Superior Tribunal de Justiça, “a atuação da Defensoria Pública como curadora especial no que se refere ao Estatuto da Criança e do Adolescente deve se dar somente quando chamada ao feito pelo Juiz da Vara da Infância e Juventude em processos em que a criança ou adolescente seja parte na relação processual, e desde que vislumbrada tal necessidade, sob pena de violação princípio da intervenção mínima previsto no art. 100, inc. VII, do

³⁶ BRASIL. AgInt no AREsp 1953508/MS, 2022.

ECA” (AgInt no AREsp 1.819.420/MS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 22/11/2021, DJe 2/12/2021). 3. Agravo interno desprovido.³⁷

Portanto, embora a admissão da intervenção da instituição como *custos vulnerabilis* tenha contribuído para o contraditório e o acesso à justiça de coletividades em alguns casos, a condição de vulnerabilidade de menores não tem sido suficiente, por si só, para o reconhecimento do interesse jurídico da Defensoria Pública como protetora dos vulneráveis sob a óptica do Superior Tribunal de Justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve por objetivo proceder à análise da intervenção da Defensoria Pública como guardião dos vulneráveis, esses entendidos em conceito amplo, tendo-se em conta critérios fático, social, etário, de gênero, circunstancial, dependência química, entre outros.

O acesso à justiça, elemento fundamental do direito processual, é mais bem concretizado a partir da possibilidade de intervenção de terceiros fundada em interesses institucionais legalmente justificados, como ocorre com o Ministério Público e a Defensoria Pública.

A partir do estudo das variáveis que envolvem a temática, foi possível compreender a natureza jurídica do instituto *custos vulnerabilis* como modalidade de intervenção de terceiro implícita em dispositivos do Código de Processo Civil, a sua admissibilidade perante o ordenamento jurídico brasileiro e aplicação vacilante por parte do Superior Tribunal de Justiça.

Tal forma de intervenção se assemelha àquela função atribuída ao Ministério Público, responsável por velar pela validade do ordenamento jurídico como fiscal da ordem jurídica, também designado *custos iuris*.

A legitimidade da Defensoria Pública interveniente como *custos vulnerabilis*, conquistada no âmbito coletivo da tutela de direitos, não deve se dar de modo irrestrito, apenas fundada em critério isolado, sem se perquirir a

³⁷ BRASIL. AgInt no AREsp 2033871/MS, 2022.

pertinência da vulnerabilidade avaliada diante da atuação dos demais agentes processuais.

A jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça até o momento carece de solidez suficiente para se apontar a seleção dos critérios que norteiam a aplicação da tese do guardião dos vulneráveis. A evolução jurisprudencial demandará tempo e mais casos paradigmáticos para traçar contornos mais bem definidos da extensão e dos efeitos da admissibilidade do instituto.

REFERÊNCIAS

AMORIM, H. M. de. **O Ministério Público e a unidade do ordenamento jurídico: o Ministério Público em 2º grau e a formação, aplicação e superação de precedentes no Código de Processo Civil de 2015.** Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Universidade Federal do Espírito Santo, Espírito Santo, 2017.

ARAÚJO, J. A. de. O litígio coletivo da posse dos artigos 554 e 565 do Novo CPC e a natureza da atuação da Defensoria Pública. In: SOUSA, J. A. G. de. (Coord.). **Defensoria Pública.** Salvador: Juspodivm, 2015.

BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 8 set. 2020.

BRASIL. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 mai. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. Lei Complementar nº 80, de 12 de março de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 jan. 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 8 set. 2020.

BRASIL. **Pesquisa Nacional da Defensoria Pública 2022.** Brasília: DPU, 2022. Disponível em: <https://pesquisanacionaldefensoria.com.br/download/pesquisa-nacional-da-defensoria-publica-2022-eBook.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1953508/MS. Relatora: Ministra Maria Isabel Galotti, Quarta Turma, julgado em 28 nov. 2022. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 2 dez. 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102617863&dt_publicacao=02/12/2022. Acesso em: 9 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 2033871/MS. Relatora: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 6 jun. 2022. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 8 jun. 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103925529&dt_publicacao=08/06/2022. Acesso em: 12 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial 1729246/AM. Relator: Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 04 set. 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 20 nov. 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800482089&dt_publicacao=20/11/2018. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial 1712163/SP. Relator: Min. Moura Ribeiro, Segunda Seção, julgado em 25 set. 2019. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 27 set. 2019. Disponível em: <https://portaljustica.com.br/acordao/2375751>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1809486/SP. Relator: Min. Marco Buzzi, Segunda Seção, julgado em 09 dez. 2020. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 16 dez. 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1206286296/recurso-especial-resp-1809486-sp-2019-0106488-1/inteiro-teor-1206286304>. Acesso em: 15 abr. 2022.

BRAZ, N. P. T. Atuação *custos vulnerabilis* da defensoria pública: aspectos normativos e jurisprudenciais. **Revista da Defensoria Pública da União**, n. 16, p. 111-132, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://revistadadpu.dpu.def.br/article/view/466/298>. Acesso em: 25 jun. 2022.

BUENO, C. S. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CONFERÊNCIA JUDICIAL IBERO-AMERICANA, 14, 2008, Brasília. **Regras de Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade**. Brasília: ANADEP, 2008. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>. Acesso em: 25 out. 2020.

DIÁRIO PROCESSUAL. **V Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis**. Enunciados aprovados em Vitória. mai. 2015. Disponível em: <https://>

diarioprocessualonline.files.wordpress.com/2020/05/enunciados-forum-permanente-processualistas-civis-fppc-2020-atualizado.pdf. Acesso em: 14 abr. 2022.

DINAMARCO, C. R. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. II, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DUARTE, R. P. **Garantia de acesso à justiça**: os direitos processuais fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2007.

ECONOMIDES, K. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia. In: PANDOLFI, D. (et al.) (Org.). **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999. Disponível em: http://cpdoc.fgv.br/producao_intelectual/arq/39.pdf. Acesso em: 4 abr. 2021.

ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. A nova disciplina da legitimação extraordinária da Defensoria Pública no Novo Código de Processo Civil. In: SOUSA, J. A. G. de (Coord.). **Defensoria Pública**. Salvador: Juspodivm, 2015.

ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GONÇALVES FILHO, E. S.; ROCHA, J. B.; MAIA, M. C. **Custos vulnerabilis**: a Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis. Belo Horizonte: CEI, 2020.

GRINOVER, A. P. Legitimidade da Defensoria Pública para ação civil pública. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 165, p. 299-317, 2008.

MAIA, M. C. *Custos Vulnerabilis* constitucional: o Estado Defensor entre o REsp nº 1.192.577-RS e a PEC nº 4/14. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano XVIII, n. 417, p. 55-57, jun. 2014.

MAIA, M. C. A intervenção de terceiro da Defensoria Pública nas ações possessórias multitudinárias: uma resenha sobre o § 1º do art. 554 do NCPC e o *custos vulnerabilis*. In: SÃO PAULO (Estado). Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. **Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, São Paulo, EDEPE, v. 4, p. 92-101, 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalPeriodicos/TodosOsPeriodicos/cadernos_defensoria_publica_esp/Cad-Def-Pub-SP_n.25_1.pdf. Acesso em: 15 out. 2020.

MAIA, M. C. A intervenção de terceiro da Defensoria Pública nas ações possessórias multitudinárias do NCPC: colisão de interesses (Art. 4º-A, V, LC n. 80/1994) e posições processuais dinâmicas. In: **Novo CPC doutrina selecionada**. Vol. 1: Parte geral. Salvador: Juspodivm, p. 1253-1292, 2016.

MAIA, M. C. O modelo constitucional de assistência jurídica (Defensoria Pública) e o sistema federativo: Defensorias municipais? o caso da ADPF 279. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 987, p. 127-158, 2018.

MAIA, M. C. Defensoria Pública enquanto *custos vulnerabilis*: tese e avanço jurisprudencial em 2020. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1025, p. 355-364, 2021.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. **Curso de processo civil**: teoria do processo civil. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. **Curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA. **Defensa Pública**: garantía de acceso a la justicia. Buenos Aires: Defensoría General de la Nación, 2008. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26687.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2020.

PRODANOV, C. C.; FREITAS, E. C. **Metodologia do trabalho científico**: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

RANGEL, M. A. S. S. As intervenções de terceiros no Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 257, p. 109-124, 2016.

RIVABEM, F. S. A dignidade da pessoa humana como valor-fonte do sistema constitucional brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 43, n. 0, 2005. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/7004/4982>. Acesso em: 10 jun. 2021.

ROCHA, J. B.; GONÇALVES FILHO, E. S. STF admite legitimidade da Defensoria para intervir como *custos vulnerabilis*. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-04/legitimidade-defensoria-intervir-custos-vulnerabilis>. Acesso em: 2 dez. 2022.

SANTOS, D. C. L. S. **Defensoria Pública e tutela coletiva**: a atuação da Defensoria Pública na defesa de direitos coletivos no cenário pós-Emenda Constitucional nº. 80/2014 - uma nova perspectiva. Dissertação (Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais) – Faculdade de Direito, Universidade de Itaúna, Minas Gerais, 2014.

VENTURI, E. A voz e a vez do interesse público em juízo: (re)tomando a sério a intervenção custos legis do Ministério Público no novo processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 246, p. 113-145, 2015.

RESENHA

REVIEW

**SANDS, PHILIPPE. THE LAST COLONY: A TALE OF EXILE,
JUSTICE AND BRITAIN'S COLONIAL LEGACY. LONDRES:
WEIDENFELD & NICOLSON, 2022, P.224.**

Por Felipe Nicolau Pimentel Alamino

*(Doutor em Direito Internacional pela USP; Pesquisador
do CEPIM-USP; Professor de Direito da FADISP)*

felipenic@gmail.com

Data de submissão: 17/03/2023

Data de aceitação: 11/04/2023

O professor de Direito Internacional da University College London traz nesse livro, que consegue ser uma esplêndida convergência de romance, ensaio, livro técnico e memórias do autor, a história do Arquipélago de Chagos, o último território a ser transformado em colônia por um país europeu, na década de 1960, e o julgamento do Parecer Consultivo exarado em 2019 pela Corte Internacional de Justiça envolvendo as Ilhas Maurício e o Reino Unido.

Tendo participado das contendas judiciais por Maurício, e a partir de uma das testemunhas do caso, o autor narra a história da formação da colônia, o desmembramento do Arquipélago de Chagos do resto do território da então colônia de Maurício, a cessão de uma das ilhas de Chagos, Diego Garcia, e a construção de uma base militar pelos Estados Unidos da América¹, em 1965, além da expulsão da população do arquipélago, levada a se realocar em Maurício e nas Seicheles, sem poder mais retornar ao seu território de origem, devendo abandonar suas casas, seus bens e reiniciar suas vidas em outro local, sob o argumento falso de que a população da ilha era temporária, formada apenas por trabalhadores das empresas que lá se situavam, não era nativa.

Chagos foi então transformada no Território Britânico do Oceano Índico, um dos 14 territórios sob jurisdição do Reino Unido, como por exemplo o

¹ Essa base seria usada em 2003 como ponto de decolagem de aviões na guerra contra o Iraque, que não respeitou a Carta das Nações Unidas, não havendo sido autorizada anteriormente pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, órgão responsável pela manutenção da paz e da segurança internacional.

território disputado com a Argentina no Oceano Atlântico, as Ilhas Malvinas/Falkland. Desde então, houve a independência de diversos territórios, como a própria Maurício, em 1968, mas Chagos continuou sendo separada desse país africano, em desrespeito ao direito internacional, sobretudo com relação à autodeterminação dos povos e à integridade territorial.

Sands narra que a divisão do território e a expulsão dos chagossianos ocorreu inclusive depois da aprovação da famosa resolução 1514 (XV) da Assembleia Geral das Nações Unidas, que reconhece a autodeterminação dos territórios coloniais e seu direito de se emancipar mantendo-se unificados, sem que houvesse a cessão de partes de seus territórios. Ao mesmo tempo, demonstra como a resolução 1514 (XV) e a temática da descolonização foram importantes tópicos do direito internacional durante o período analisado, em que questões acerca da manutenção da ocupação do território da atual Namíbia pela África do Sul foram levadas à Corte Internacional de Justiça (CIJ), o principal organismo judicial da Organização das Nações Unidas.

Foi levado à Corte, alguns anos antes da separação de Chagos do resto do território de Maurício, pela Etiópia e pela Libéria, o caso da administração sul-africana do território da atual Namíbia, onde era praticada a política do *apartheid*, tipificada atualmente como um crime contra a humanidade, segundo o art. 7º, 1, “j”, do Estatuto de Roma, diploma que criou o Tribunal Penal Internacional (TPI).

O professor Sands demonstra como a composição conservadora da CIJ prejudicou o caminho acelerado que o direito internacional poderia ter trilhado contra o imperialismo e o colonialismo. A posição conservadora e imperialista do juiz australiano Sir Percy Spender é explorada em detalhes pelo autor, fazendo o leitor entender que, mais que o direito material, uma composição favorável da Corte era primordial para que alguns temas mais sensíveis pudessem ter resultados melhores.

O autor, depois de demonstrar como a “colônia britânica” foi formada e o histórico jurídico-político encontrado na questão, indica o caminho percorrido para que o caso do direito da população chagossiana pudesse vir a ser julgado na Corte Internacional de Justiça, contrariando os desígnios de uma potência detentora de poder de veto, sendo membro permanente do Conselho de Segurança das Nações Unidas.

Articulações políticas, composições de corte, tudo entraria no cálculo das Ilhas Maurício e dos advogados contratados, sendo o autor um dos representantes do país africano na Corte, para poder encontrar uma solução favorável à situação dos chagossianos e condenar a manutenção da última colônia britânica na África. Ao mesmo tempo, um chagossiano, Olivier Bancoult, demandava internamente às cortes britânicas pelo direito coletivo dos degredados de retornarem ao arquipélago.

A primeira das tentativas internacionais pelo reconhecimento do direito da reunificação de Chagos às Ilhas Maurício e do direito da população chagossiana de retornar ao território foi uma arbitragem, mediante a Corte Permanente de Arbitragem, entre esse Estado e o Reino Unido, em 2011. Nessa arbitragem, discutiu-se a legalidade da criação de uma área de proteção marítima no arquipélago frente às obrigações assumidas na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (Convenção de Montego Bay, 1982), por não ser o Estado Costeiro responsável por Chagos, afirmando-se que, com a criação de uma área de proteção, haveria embaraços para as Ilhas Maurício, que alegava ter direitos garantidos pela Convenção de 1982, além de a manobra britânica ser, em realidade, uma forma de afastar a possibilidade de qualquer retorno da população chagossiana a seu antigo território.

A composição da corte de arbitragem com cinco membros ficou definida com a presença de Rüdiger Wolfrum, jurista alemão, juiz do Tribunal de Hamburgo, escolhido por parte das Ilhas Maurício; Christopher Greenwood, jurista britânico, membro da Corte Internacional de Justiça, escolhido por parte do Reino Unido; outros dois componentes, da Tanzânia e da África do Sul; além de um árbitro australiano. A presença de Greenwood causou inquietação, haja vista ter participado da seleção para novo consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores britânico, que participaria na arbitragem.

O primeiro passo da arbitragem foi julgar favoravelmente ao Reino Unido, não considerando nenhum impedimento ao árbitro Greenwood, tampouco que houvesse qualquer relação mais duradoura com o governo britânico na seleção do consultor.

Passada a questão preliminar, o ponto crucial seria se a resolução 1514 (XV) já apregoava o respeito à integridade territorial como regra do direito

internacional à época em que Chagos foi separada do resto da antiga colônia, em 1965, ou quando Maurício conseguiu sua independência, 1968, o que gerou importantes discussões. Um dos patronos do pleito das Ilhas Maurício, junto com o autor do livro, foi o professor James Crawford, conhecido por sua obra com relação à criação de Estados no direito internacional, que defendeu a tese de que a resolução em questão, datada de 1960, não trouxe nenhuma regra nova, apenas aclarou uma regra já existente. Portanto, tanto em 1965 como em 1968 a integridade territorial já era juridicamente vinculante.

A sentença arbitral foi exarada em 2015, unanimemente em favor das Ilhas Maurício. A criação da área de proteção marítima violava as obrigações britânicas em relação ao país africano, bem como o direito à pesca e aos recursos marítimos à luz do direito do mar. Porém, essa disciplina não permitiu que a corte arbitral se pronunciasse com relação à soberania das ilhas de Chagos, segundo o voto majoritário.

Os árbitros Wolfrum e Kateka (tanzaniano) tiveram votos dissidentes quanto à possibilidade de decidir sobre o Estado costeiro de Chagos, que para eles era Maurício, não o Reino Unido, reconhecendo que em 1965 o arquipélago fazia parte do território de Maurício e que a resolução 1514 (XV) reflete o direito internacional, com efeito vinculante quanto à manutenção da integridade territorial, sendo a separação ilegal, uma vez que Maurício não foi consultada, havendo desrespeito ao direito à autodeterminação.

Sands passa a mostrar como a assessoria jurídica de Maurício estudou a possibilidade de o caso ser levado à Corte Internacional de Justiça, fazendo um levantamento de diversos casos julgados anteriormente nesse tribunal de onde se poderiam tirar lições que ajudassem no pleito chagossiano. Casos como a disputa entre a Austrália e o Japão, acerca de seu programa baleeiro científico na Antártica, Gabčíkovo-Nagymaros entre Hungria e Eslováquia, o caso *Pulp Mills* (Plantas de Celulose) entre Uruguai e Argentina ou mesmo o caso entre Rússia e Geórgia sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial. Os casos demonstram como a composição da corte mudou ao longo dos anos, tendo uma posição menos conservadora que a tomada à época das primeiras discussões acerca do direito do território da Namíbia à independência, nos anos 1960.

Para não ter a questão barrada por alguma manobra jurídica ou política britânica, a estratégia pensada foi fazer a questão ser levada à Corte Internacional de Justiça via Assembleia Geral das Nações Unidas, porém, com perguntas que não fossem vagas ou políticas, que permitissem que a Corte evitasse responder no todo, como nos casos anteriores em que a CIJ se pronunciou, via Parecer Consultivo, com relação ao uso de armas nucleares, ou com relação à declaração unilateral de independência do Kosovo.

A temática de Chagos foi encaminhada à Assembleia Geral, em junho de 2017, pouco depois de o arrendamento americano da ilha Diego Garcia expirar e ser estendido por mais 20 anos, em dezembro de 2016.

As Ilhas Maurício começaram a fazer campanha para que o caso fosse levado à Corte Internacional de Justiça, recebendo apoio maciço dos países africanos e da América Latina, enquanto grandes potências, como China e Rússia, ainda que não fossem contrárias, tiveram participações tímidas, haja vista as disputas territoriais desses países, com o Mar da China Meridional e a Crimeia, respectivamente.

A disputa diplomática acabou surtindo efeito para Maurício, a questão chagossiana era uma questão ligada à descolonização, não guardando semelhança com a questão do Mar da China, da Crimeia, nem mesmo com a questão Falklands/Malvinas. Noventa e quatro países votaram a favor da resolução 71/292, apenas 16 votaram contra, 65 Estados se abstiveram (como Rússia, China e França) e outros 19 estavam ausentes. Importa destacar como a União Europeia teve uma posição bastante tímida na votação, apenas o Chipre votou a favor, enquanto Croácia e Hungria foram contrárias e os demais se abstiveram. Nenhum país da África, da América Latina ou do Caribe foi contrário à resolução, inclusive o Brasil votou a favor.

Duas questões foram encaminhadas à Corte Internacional de Justiça. A primeira relativa à descolonização das Ilhas Maurício, se foi completada em 1968, se estava de acordo com o direito internacional, mesmo com a separação de Chagos. Caso a resposta a essa questão fosse negativa, a segunda questão seria relativa às consequências da administração continuada do Reino Unido sobre Chagos e ao reassentamento dos chagossianos. Assim, além da questão específica sobre Chagos, a CIJ acabaria tendo de se pronunciar acerca da integridade territorial e da resolução 1514 (XV).

Pouco antes de a Corte começar a trabalhar no tema, houve eleições, em novembro de 2017, com seis candidatos para cinco vagas. Os juízes Abdulqawi Yusuf da Somália, Antonio Augusto Cançado Trindade do Brasil e Ronny Abraham da França foram reeleitos; o juiz de nacionalidade libanesa Nawaf Salam recebeu a quarta vaga; e a quinta e última vaga foi disputada por dois candidatos, o juiz Christopher Greenwood, do Reino Unido, e o juiz Dalveer Bhandari, da Índia. Depois de uma série de rodadas de votos nas Nações Unidas, tendo sido retirado o apoio dado por alguns países, o Reino Unido retirou a candidatura de Greenwood para a vaga, sendo a primeira vez que o Reino Unido (um membro permanente do Conselho de Segurança) não teve representante no CIJ. Com a eleição de Bhandari, acreditava-se que o pleito das Ilhas Maurício seria mais facilmente assegurado.

A questão de Chagos foi apresentada à Corte Internacional de Justiça e 31 Estados apresentaram declarações por escrito, junto com a União Africana, sobre o tema, com alegações acerca da competência da Corte para se pronunciar sobre a temática e questões de mérito. Países diplomaticamente relevantes como Rússia, China e Alemanha se manifestaram apoiando a vocação da Assembleia Geral de levar esse tipo de situação à CIJ, uma vez que se tratava de questões acerca da descolonização.

Em maio de 2019, dez países, junto com a União Africana, enviaram comentários escritos. De um lado, Reino Unido e os Estados Unidos, do outro, Ilhas Maurício, União Africana e os demais. A Corte passou então a ouvir testemunhas como a senhora Liseby Elisé, uma das personagens principais do livro, tendo sido uma das pessoas que foram degredadas – grávida, perdeu a criança na viagem de degredo, sem jamais poder voltar a viver em Peros Banhos, uma ilha do Arquipélago de Chagos. Um momento tocante até mesmo para os juízes da Corte.

O Parecer Consultivo da Corte Internacional de Justiça acerca da descolonização das Ilhas Maurício foi exarado favoravelmente aos chagossianos. Primeiro por julgar que a Corte tinha competência para tratar do tema, a arbitragem ocorrida anteriormente não era exatamente sobre o mesmo assunto, logo, o princípio de *res judicata* não era aplicável. A CIJ tratou de temas sobre a descolonização, não sobre uma disputa bilateral entre Maurício e o Reino Unido.

A Corte declarou que a resolução 1514 (XV), embora por natureza não vinculante, refletia normas consuetudinárias, sendo a integridade territorial corolário do direito à autodeterminação. O desmembramento do Arquipélago de Chagos, na forma como foi realizado, não refletia a expressão livre e genuína da população chagossiana. A manutenção da administração britânica do território é contrária ao direito internacional, devendo ser cessada o mais rápido possível, somente assim a descolonização seria finalizada. O Parecer Consultivo foi aprovado com maioria esmagadora de votos, apenas um juiz votou contra, a possibilidade de retornar para Chagos estava aberta.

A administração britânica prossegue no território de Chagos, todavia, é patente que essa administração é contrária ao direito internacional. Embora seja um parecer consultivo, fica clara a posição do direito, forçando as partes a procurarem alternativas diplomáticas para passar a soberania britânica para Maurício.

O Parecer Consultivo sobre a Namíbia, de 1971, também demorou aproximadamente duas décadas para ser devidamente respeitado, com a independência desse país da África do Sul. Ficou claro ainda que o Reino Unido mantém duplo papel ao lidar com o tema da autodeterminação: quando se trata das Falkland/Malvinas, defende o direito de os habitantes decidirem, quando se trata de chagossianos, não, mantendo claramente suas raízes coloniais.

A questão ainda se mantém sem um fechamento, com o Reino Unido mantendo firme posição contrária ao direito internacional. O livro, porém, termina com uma viagem de pesquisa, viabilidade de vida humana no Arquipélago e definição de limites marítimos futuros entre Chagos e as Maldivas. Nessa viagem participam pesquisadores, Philippe Sands e alguns chagossianos, e é a primeira vez que se pode chegar ao Arquipélago sem escolta britânica.

Muito ainda deve ser feito para ser alterado o passado colonial, reavendo o território às Ilhas Maurício, mas o Parecer Consultivo já mostra resultados, com o bloqueio da aceitação internacional de selos do Território Britânico do Oceano Índico pela União Postal Universal, ainda que seja um primeiro passo.

Um livro que, sem pompa, ensina muito sobre a importância da composição das cortes e sua evolução com relação a temas sensíveis como a descolonização e a autodeterminação, necessário para o entendimento de uma das questões mais atuais do direito internacional.

ORIENTAÇÕES PARA AUTORES

GUIDELINES FOR AUTHORS

ORIENTAÇÕES PARA AUTORES

A Revista da Defensoria Pública da União, editada pela Defensoria Pública da União desde 2009, publica trabalhos inéditos sobre temas relacionados à Defensoria Pública, à promoção dos Direitos Humanos e ao acesso à Justiça. Os artigos passam por análise prévia e sumária, oportunidade em que são avaliados aspectos meramente formais, como a compatibilidade do conteúdo com a temática proposta pelo periódico, e posterior avaliação cega por pares.

LINHA EDITORIAL

A temática sobre a qual se debruçam os autores desta Revista é bastante ampla, porém há de se ressaltar que a sua especificidade se verifica na abordagem das mudanças inscritas no Direito contemporâneo, nas práticas jurídicas, além das peculiaridades da atual sociedade de consumo, marcada pela acelerada exclusão, pelo individualismo exacerbado e, ao mesmo tempo, permeada pelo avançado desenvolvimento tecnológico.

Por força da complexidade dessas transformações, a linha editorial da Revista incentiva uma abordagem transdisciplinar e crítica da temática proposta, a qual deverá criar condições para uma interlocução do discurso jurídico com os discursos sociológicos, filosóficos, historiográficos, economicistas, da ciência política e vice-versa. Da mesma forma, incentiva, por meio das resenhas, a divulgação de textos acadêmicos de relevância, por vezes inacessíveis a muitos porque existentes apenas em língua estrangeira. Por fim, objetiva ainda acompanhar a evolução da jurisprudência pátria, por meio da análise de julgados relevantes e afins à proposta temática.

SUBMISSÃO DE TRABALHOS

Os artigos, resenhas, estudos de caso e boas práticas institucionais devem ser inéditos, escritos em português, espanhol, francês, italiano ou inglês e devem ser submetidos por meio do Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas, disponível no seguinte endereço: <http://revistadadpu.dpu.def.br>.

Os **artigos** devem conter de 15 a 25 laudas. Textos com extensão diversa serão publicados, a critério do editor, caso seu tamanho seja justificável.

As **resenhas** devem conter até 7 laudas; as **boas práticas** e os **estudos de caso**, até 10 laudas. Devem apresentar cabeçalho com referência da obra original ou do julgado e nome do autor, e não precisam ser precedidos de resumo. Obras clássicas não serão objeto de publicação da Revista da DPU.

FORMATAÇÃO

Os artigos deverão ser encaminhados com as seguintes regras de formatação:

- Editor de texto: Word for Windows;
- Fonte: Times New Roman, tamanho 13, para notas de rodapé e citações longas, tamanho 11;
- Espaçamento: 1,5cm (entre linhas);
- Alinhamento: justificado.

TEXTO

A primeira página do artigo deve conter:

- Título, em fonte maiúscula, negrito, centralizado (português e inglês);
- Resumo em português, de 100 a 250 palavras, alinhamento justificado;
- Palavras-chave: até 5 palavras, alinhamento justificado;
- Abstract: resumo traduzido para o inglês;
- Keywords: até 5 palavras traduzidas para o inglês;
- Sumário: seções numeradas progressivamente em algarismos arábicos.

CITAÇÕES, NOTAS DE RODAPÉ E REFERÊNCIAS

Devem seguir as normas da ABNT (NBR 10520 e 6023). As referências no corpo do texto deverão ser no modelo nota de rodapé. O sistema autor-data não será aceito.

INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES

Todas as normas que regem a publicação encontram-se disponíveis na página da Revista da Defensoria Pública da União - <http://revistadadpu.dpu.def.br> -, na aba “Submissão de Artigos”. Outras informações podem ser obtidas por meio da Coordenação de Incentivo à Pesquisa e Publicação pelo e-mail publicacoes.enadpu@dpu.def.br.

Os colaboradores desta Revista possuem ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade pelas ideias e pelos conceitos emitidos em seus trabalhos.

GUIDELINES FOR AUTHORS

The Journal of the Public Defender's office the Union, edited by the Federal Public Defender's of the Union since 2009, publishes unpublished works about topics assigned to the Public Defender, to the promotion of Human Rights and access justice. The articles undergo to prior and summary analysis, opportunity in which aspects purely formals are assessed, like the compatibility of the content with the proposed themes by the journal, and post double-blind review evaluation.

EDITORIAL LINE

The theme on which the authors focus in this Journal is quite wide, however, it is important to emphasize that its specificity is evident in the approach of the changes entered in the Contemporary Law, in the legal practices, in addition of the peculiarities of the current consumer society, marked by accelerated exclusion, by the exacerbated individualism, and at the same time, permeated by advanced technological development.

By virtue of the complexity of these transformations, the editorial line of the Journal encourages a transdisciplinary and critical approach of the proposed themes, which should create conditions for a dialogue of the legal discourse with the sociological discourses, philosophical, historiographical, economics, of the political science, and vice versa. In the same way, it encourages, by means of the reviews, the dissemination of relevant academic texts, sometimes inaccessible to many because they exist only in foreign language. Finally, it also intends to track the evolution of the jurisprudence homeland, through an analysis of relevant judged and related to the proposed theme.

SUBMISSION OF PAPERS

The articles, reviews and good practices/case studies must be unpublished, written in portuguese, spanish, french, italian or english. Papers should be sent to the e-mail: **publicacoes.enadpu@dpu.def.br**.

The **articles** should contain from 5500 words. Larger texts will be published, at the discretion of the editor, if their size is justifiable.

The **reviews** contain from 1500 words, and **good practices/case studies** contain up to 2000 words. And they must present header with reference of the original work or of the judged and the author's name. Do not need to be preceded by an abstract.

FORMATTING

The articles should be submitted with the following formatting rules:

- Text Editor: Word for Windows;
- Font: Times New Roman, size 13, for footnotes and long quotations, size 11;
- Spacing: 1,5cm (between lines);
- Alignment: justified.

TEXT

The first page of the article should contain:

- The title, in uppercase font, bold and centered (portuguese and english);
- Abstract in portuguese, of 100 to 250 words, alignment justified;
- Keywords: up to 5 words, alignment justified;
- Abstract: translated abstract into english (from 100 to 250 words), alignment justified;
- Keywords: up to 5 words translated to english;
- Summary: sections numbered progressively in arabic numerals.

CITATIONS, FOOTNOTES AND REFERENCES

Must follow the rules of ABNT (Brazilian Association of Technical Standards) - (NBR - Brazilian norm - 10520 and 6023). The references in the body of the text should be in the footnote template. The author-date system will not be accepted.

ADDITIONAL INFORMATION

All of the rules that govern the publication are available on the website of the Public Defender of the Union - <http://revistadadpu.dpu.def.br> -, in the section “Guidelines for authors”. In the same section, there are also article templates, review and comment to case law as an example. Other information may be obtained from the Coordination of incentive to research a publication by the e-mail publicacoes.enadpu@dpu.gov.br.

The contributors to this Magazine enjoy the wider freedom of opinion and criticism, a responsibility of the ideas and concepts expressed in their works.