

Publicações da Escola da AGU

**CURSO SOBRE "OS DESAFIOS
DA ADVOCACIA PÚBLICA NA
EFETIVAÇÃO DE DIREITOS NA
ERA GLOBAL**

volume 11 - n. 02 - Brasília-DF, abr./jun. 2019

ISSN-2236-4374

Publicações da Escola da AGU	Brasília	v. 11	n. 02	p. 1-292	abr./jun. 2019
---------------------------------	----------	-------	-------	----------	----------------

Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 06, lote 800
CEP 70610-460 – Brasília – DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: eagu.secretaria@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

André Luiz de Almeida Mendonça

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO SUBSTITUTO

Renato de Lima França

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Renato de Lima França	Secretário-Geral de Consultoria
Vinícius Torquetti Domingos Rocha	Procurador-Geral da União
Arthur Cerqueira Valério	Consultor-Geral da União
Leonardo Silva Lima Fernandes	Procurador-Geral Federal
Isabel Vinchon Nogueira de Andrade	Secretária-Geral de Contencioso
Vlândia Pompeu Silva	Corregedora-Geral da Advocacia da União
Daniilo Barbosa de Sant'anna	Diretor da Escola da Advocacia-Geral da União
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor da Advocacia-Geral da União

ESCOLA DA AGU

Daniilo Barbosa de Sant'anna	Diretor
Victor Guedes Trigueiro	Coordenador Geral de Ensino
Roberto Ribeiro dos Santos	Coordenador Geral Administrativo substituto

EDITOR RESPONSÁVEL

Daniilo Barbosa de Sant'anna

COORDENADOR DA PUBLICAÇÃO

Federico Penna

Diagramação/Capa: Niuza Lima/Glúcia Pereira

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores não expressando as posições oficiais da AGU ou da República Federativa do Brasil.

Brasília: EAGU, 2012. mensal.

A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico bimestral, a partir do ano IV, n° 14 periodicidade mensal e a partir do ano VII v. 39 periodicidade trimestral.

A partir de 2016, houve alteração no número dos exemplares. A Revista receberá numeração 1-4 em todos os volumes subsequentes.

ISSN 2236-4374

1 - Direito Público - Artigos - Brasil I. Título. II. Série.

CDD 340 . 5
CDU 34 (05)

SUMÁRIO

Editorial	03
A Temática dos Migrantes e dos Refugiados Sob o Enfoque das Medidas Adotadas pela União Europeia e pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados <i>The Theme of Migrants and Refugees Under the Focus of the Measures Adopted by the European Union and the High Commission of the United Nations for Refugees</i> Andrea Paula Andreassa Cristina Mara Gudin dos Santos Tassini.....	09
Crise Humanitária Migratória e o Direito de Refúgio no Sistema Jurídico Brasileiro <i>Migratory Humanitarian Crisis and the Right of Refuge in the Brazilian Legal System</i> Benila Corrêa Lima João Pedro Piva.....	21
O Tratamento Jurídico dos Refugiados no Brasil: inovações legislativas e políticas públicas <i>The Legal Treatment of Refugees in Brazil: legislative innovations and public policies</i> Bráulio Lisboa Lopes.....	37
O Reenvio Prejudicial como Instrumento de Efetivação do Direito Comunitário na União Europeia <i>The Preliminary Ruling as an Instrument for the Effectiveness of Community Law in the European Union</i> Camila Lorena Lordelo Santana Medrado Emmanuel Felipe Borges Pereira Santos.....	57
Os Desastres Ambientais como Condição para Aquisição do Status de Refugiado. Uma Análise sob o Enfoque da Lacuna Protetiva na Regulamentação Internacional <i>Environmental disasters as a condition for acquiring refugee status. An analysis from the standpoint of the protection gap in the international legal framework</i> Carlos Henrique Araújo da Silva	69
O Papel da Advocacia-Geral da União no Reconhecimento Judicial dos Direitos Sociais Fundamentais a Partir do Liberalismo de Princípios <i>The Role of the Advocacy General of the Union - AGU in the Judicial Recognition of Fundamental Social Rights from Liberalism of Principles</i> Carolina Bastos Lima Paes Virgínia Araújo de Oliveira.....	79

A Crise Migratória da Venezuela, o Panorama Legislativo e a Atuação da Advocacia Geral da União <i>The migratory crisis in Venezuela and the brazilian legislation</i> Carolina Garcia Pacheco.....	97
A Eficiência do Controle Preventivo no Combate à Corrupção, o Papel da Advocacia Pública e a Experiência Internacional <i>The Efficiency of Preventive Control Measures in Combating Corruption, the Role of Public Advocacy and International Experience</i> Danielle Derenlanyj Vianna.....	107
Da Capacitação à Transformação: contribuição do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços e da Advocacia-Geral da União na questão dos refugiados venezuelanos <i>From Training to Transformation: contribution of the Ministry of Industry, Foreign Trade and Services (MDIC) and Union's Advocacy General (AGU) on the issue of Venezuelan refugees</i> Henrique Tróccoli Júnior.....	119
A Comunicação Obrigatória de Mecanismos de Planejamento Tributário Potencialmente Agressivos na União Europeia e a Experiência Brasileira <i>The Mandatory Disclosure of Potentially Aggressive Tax Planning Arrangements in The European Union and the Brazilian Experience</i> João Gabriel R. Colleta de Almeida.....	133
A Imigração no Brasil e a Efetivação do Direito à Previdência Social <i>The Immigration in Brazil and the Effectiveness of the Right to Social Security</i> Luciana Cristina Pereira Cardoso Zandonadi	149
Os novos Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos e a participação da Advocacia-Geral da União <i>The new Investment Cooperation and Facilitation Agreements and the participation of the Federal Attorney General</i> Marcela Silva Bezerra Raquel Frota Fontenelle Sousa.....	161
Fluxos de Deslocamento em Massa na Europa e no Brasil: uma breve abordagem jurídico-sociológica <i>Flores of Human Displacement in Europe and Brazil: a brief legal-sociological approach</i> Mariana Clara Stefenoni	175

Corrupção Sistêmica e as Consequências nos Direitos Humanos <i>Systemic Corruption and Consequences on Human Rights</i> Priscila Martinho da Costa	191
O papel da Organização Mundial da Propriedade Intelectual na Proteção do Equilíbrio Ambiental: perspectivas para o Estado brasileiro <i>The role of the world intellectual property organization in the protection of the environmental balance: perspectives for the brazilian State</i> Paulo Roberto Azevedo Mayer Ramalho Rachel Nogueira de Souza	207
Fake News: a crise migratória Européia e a disseminação de notícias falsas pela internet e redes sociais <i>Fake News: the European migratory crisis and the dissemination of fake news in the internet and social networks</i> Raquel da Silva Freire Assunção.....	223
Limite ao Direito à Liberdade de Expressão Individual na Era Global <i>Limits to Free Speech Rights in the Global Era</i> Renata d'Avila Lins Lemos.....	237
Conquistas e Desafios da Advocacia-Geral da União na defesa do Humanismo e proteção dos Direitos das minorias (homossexuais) perante o Supremo Tribunal Federal <i>Achievements and Challenges of the Federal Advocacy to defend the Humanism and protection of the minorities rights (homosexuals) beside of the Supreme Court</i> Rodrigo Araújo Ribeiro.....	247
A Governança Tributária Global e o Novo Poder de Polícia Fiscal <i>Global Tax Governance and the New Fiscal Police Power</i> Tiago da Silva Fonseca.....	265
Gestão Pública e Compliance: possibilidades de contribuição da Advocacia Pública na construção dos valores de probidade e contra a corrupção <i>Public Management and Compliance: possibilities of contribution of the Public Advocacy in the construction of values of probity and against corruption</i> Vania Mendes Ramos da Silva	279

EDITORIAL

Foi-me conferida a generosa missão de manifestar algumas glosas reflexivas e introdutórias acerca da organização dos trabalhos apresentados na presente Revista. Certifico, portanto, que acolho a tarefa com honra e reconhecimento.

Nessas breves notas entendo ser imprescindível ressaltar a verdadeira essência e relevância do termo “experiência comparada”, a que me refiro a um processo intelectual que não deve ser examinado de maneira superficial, mas sim, de forma substancial, em que se lança mão de um valioso instrumento, qual seja, a genuína comparação, ocasião em que se possibilita justamente esse grande descortinar de perspectivas, viabilizando a propagação de diferentes raciocínios sobre os mais diversos Ordenamentos Jurídicos existentes, sendo, ao nosso ver, sempre engrandecedor e transformador.

Devo expressar, outrossim, que é com satisfação e entusiasmo que constatamos, a cada ano, uma contínua expansão destes refinados expedientes acadêmico-profissionais, nos quais se evidenciam um arrojado nível técnico-doutrinário de temáticas comparadas, baseadas em fecunda experiência adquirida durante a participação dos nossos cursos consolidados, frutos das edições concebidas e executadas em parceria mútua, por meio dos Acordos de Cooperação entre a EAGU e a Università Degli Studi di Roma Tor Vergata.

O alto valor e o límpido estilo dos trabalhos apresentados nos fazem acreditar que valem à pena todos os esforços envidados, por todos os partícipes dessa grande obra. O sentimento é de satisfação e missão cumprida, mas, sobretudo, de que se deve dar continuidade a atividade tão fecunda e significativa.

Em linhas conclusivas, diante de nosso compromisso, é gratificante e revigorante atestar, como consequência, a superação das expectativas dos participantes, bem como as nossas, em cada nova edição.

Que essa obra seja merecidamente desfrutada de maneira genuína e difusa. Desejo um bom trabalho à todos.

Federico Penna
Professor e Coordenador

A TEMÁTICA DOS MIGRANTES E DOS
REFUGIADOS SOB O ENFOQUE DAS
MEDIDAS ADOTADAS PELÀ UNIÃO
EUROPEIA E PELO ALTO COMISSARIADO
DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS
REFUGIADOS

*THE THEME OF MIGRANTS AND REFUGEES UNDER THE
FOCUS OF THE MEASURES ADOPTED BY THE EUROPEAN
UNION AND THE HIGH COMMISSION OF THE UNITED
NATIONS FOR REFUGEES*

Andrea Paula Andreassa

*Especialista em Direito Administrativo. Procuradora Federal atuante na área de
Consultoria Jurídica, lotada na Procuradoria Federal Especializada junto à Fundação
Nacional de Saúde – FUNASA no Paraná.*

Cristina Mara Gudín dos Santos Tassini

*Procuradora Federal, atuante na área de Contencioso Judicial, lotada na Procuradoria
Federal no Estado do Paraná.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A crise da migração e a Europa como principal destino dos refugiados; 2 A guerra e a repressão como razões de aumento da migração; 3 Medidas adotadas pela União Europeia para fazer face à crise da migração; 4 O papel do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados - ACNUR - na proteção às pessoas refugiadas; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: A crise de migração e dos refugiados na Europa é uma das maiores crises humanitárias da atualidade. Como o continente europeu sempre conseguiu garantir à sua população o acesso aos bens fundamentais, todos os anos milhares de migrantes e refugiados, muitas vezes colocando em risco a própria vida, tentam chegar à Europa, na maioria dos casos fugindo da repressão política, da guerra, da violência, da pobreza e da perseguição. Considerando a definição e a proteção pelo direito internacional aos refugiados, bem como os números alarmantes de pessoas forçadas a deixar suas casas, diversas medidas estão sendo adotadas pelos países-membros da União Europeia, cabendo também salientar o papel do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados - ACNUR – cuja missão principal é buscar soluções adequadas para estas pessoas. Os Estados componentes da União Europeia precisam buscar soluções para os diversos problemas envolvendo os migrantes e refugiados, os quais englobam a recolocação dos requerentes de asilo que já se encontram na Europa, a reinstalação de pessoas necessitadas de países vizinhos, e o regresso das pessoas que não reúnem as condições para receber o benefício do asilo, dentre outros. O grande desafio é buscar um consenso, a fim de que seja instituída uma política de migração efetivamente coerente, visando lidar com essa tão relevante questão humanitária.

PALAVRAS-CHAVE: Refugiados. Migrantes. Crise da Migração. União Europeia. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados. ACNUR. Proteção às Pessoas Refugiadas.

ABSTRACT: The crisis of migration and refugees in Europe is one of the greatest humanitarian crises of today. As the European continent has always been able to guarantee its people access to basic goods such, thousands of migrants and refugees often putting their own lives at risk, try to reach Europe, in most cases escaping from political repression, war, violence, poverty and persecution. Considering the definition and protection by international law of refugees, as well as the alarming number of people forced to leave their homes, a number of measures are being taken by the EU Member

States, and the role of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), whose main mission is to find suitable solutions for these people. The Member States of the European Union need to find solutions to the several problems involving migrants and refugees, which include the replacement of asylum seekers already in Europe, the resettlement of people in need from neighboring countries, and the return of the people who do not qualify for asylum benefits, among others. The great challenge is to seek a consensus so that an effectively coherent migration politics is put into place in order to deal with this very important humanitarian issue.

KEYWORDS: Refugees. Migrants. Migration Crisis. European Union. United Nations High Commissioner for Refugees. UNHCR. Protection of Refugees.

INTRODUÇÃO

Ao longo da história, os povos sempre migraram de um local para outro. As pessoas que tentam chegar à Europa fazem-no por variados motivos. Algumas adentram o continente pelas vias legais, enquanto outras estão dispostas a arriscar a vida para fugir da repressão política, da guerra, da violência, da pobreza e da perseguição, buscando acesso a melhores condições de vida, de trabalho e de educação.

Todos os anos, milhares de migrantes e refugiados tentam chegar à Europa, na maioria dos casos, fugindo da guerra e do terror.

Refugiados são especificamente definidos e protegidos no direito internacional. A Convenção da ONU de 1951 e seu Protocolo de 1967, assim como instrumentos legais regionais, são os pilares do regime moderno de proteção de refugiados. Tais instrumentos além de estabelecer uma definição universal de refugiado, incorporam os direitos e deveres básicos dos refugiados.

O artigo 1º da Convenção, emendado pelo Protocolo de 1967, dá a definição de refugiado como sendo *toda a pessoa que, em razão de fundados temores de perseguição devido à sua raça, religião, nacionalidade, associação a determinado grupo social ou opinião política, encontra-se fora de seu país de origem e que, por causa dos ditos temores, não pode ou não quer fazer uso da proteção desse país ou, não tendo uma nacionalidade e estando fora do país em que residia como resultado daqueles eventos, não pode ou, em razão daqueles temores, não quer regressar ao mesmo.*¹

1 A person who owing to a well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it.

O direito internacional dos refugiados é também guiado por uma gama de princípios, os quais alicerçam a tutela destes migrantes forçados, quais sejam, *non-refoulement* ou não-devolução, não discriminação, cooperação internacional, solidariedade internacional e unidade familiar.

Todavia, o maior desafio à proteção de refugiados certamente não se encontra no texto da Convenção de 1951, que sofreu adaptações e resistiu a mais de seis décadas de grandes mudanças, nem tampouco nos princípios que regem o direito internacional dos refugiados, mas em garantir que os Estados venham a cumprir tais normas. O mais importante é encontrar maneiras mais práticas e eficazes de implementá-las em um espírito de cooperação internacional e responsabilidade compartilhada entre os países.

O presente estudo visa traçar linhas gerais sobre uma das maiores crises humanitárias da atualidade, qual seja, a crise dos refugiados na Europa, e as medidas adotadas pelos países-membros da União Europeia em relação a tal problemática, bem como destacar o papel do Alto Comissariado das Nações Unidas para os refugiados - ACNUR - na proteção às pessoas refugiadas e migrantes que adentram à Europa.

1 A CRISE DA MIGRAÇÃO E A EUROPA COMO PRINCIPAL DESTINO DOS REFUGIADOS

O principal destino dos refugiados que saem da África e Oriente Médio fugindo de guerras e de situações de perigo tem sido a Europa. O primeiro aspecto que torna esse continente atrativo para os refugiados é a localização geográfica. Os países europeus, como Grécia e Itália, constituem os refúgios mais próximos, por exemplo, para quem sai da Síria e de algumas regiões do Oriente Médio. O segundo atrativo é a economia europeia e o desenvolvimento tecnológico.

O continente europeu sempre foi visto como estado do bem-estar social por ter conseguido garantir à sua população o acesso aos bens fundamentais como educação, saúde, segurança.

Diversas pessoas chegam à Europa em busca de proteção internacional e asilo. Os Estados-Membros são responsáveis pela análise dos pedidos de asilo e por decidir quem receberá proteção.

O fato é que nem todas as pessoas que chegam à Europa necessitam desta proteção. Muitos deixam seu lar na tentativa de melhorar suas condições de vida. São os chamados migrantes econômicos, que não possuem razões legítimas para pedir proteção.

O mundo acompanhou notícias de milhares de pessoas que morreram no mar na tentativa de alcançar a Europa. Também o colapso do sistema de

justiça e impunidade levaram muitos grupos armados, bandos criminosos e indivíduos a participar da exploração e abuso de refugiados e migrantes.

O fluxo de migrantes e refugiados levou alguns países da União Europeia a reintroduzir controles temporários nas suas fronteiras. Essa dinâmica vem criando profundas divisões na União Europeia, sendo que parte das tensões internas advém das dificuldades enfrentadas nessa crise humanitária.

2 A GUERRA E A REPRESSÃO COMO RAZÕES DE AUMENTO DA MIGRAÇÃO

As guerras na Síria e Iraque são importantes catalisadores de migração para a Europa. Os vizinhos da Síria no Oriente Médio receberam cerca de três milhões de refugiados, enquanto milhões de pessoas foram deslocadas dentro do próprio território sírio.

Muitos migrantes continuam a fazer viagens perigosas a partir da África, sendo expostos à violência dos traficantes e ao conflito na Líbia, país que se tornou o principal ponto de partida para a travessia do Mediterrâneo.

A guerra também afetou a Somália, e as autoridades italianas acreditam que muitos dos que pedem asilo têm razões genuínas para isso, vez que fogem de perseguição. A Eritreia também enfrenta a repressão política, de acordo com relatórios de organizações de defesa dos direitos humanos. Muitos afegãos continuam a fugir da pobreza e da perseguição no seu país, na medida em que se generalizaram os ataques do Talibã e de grupos criminosos.

O número de pessoas deslocadas por guerras, violência e perseguições bateu um novo recorde em 2017, pelo quinto ano consecutivo, sendo que do total de indivíduos forçados a se deslocar, 25,4 milhões haviam cruzado fronteiras, tornando-se refugiados. Os números são do relatório anual Tendências Globais, divulgado em 19/06/2018 pela Agência da ONU para Refugiados, a ACNUR.

De acordo com o organismo internacional, o motivo do aumento teria sido ocasionado especialmente em razão da crise na República Democrática do Congo, pela guerra do Sudão do Sul e pela ida de milhares de refugiados rohingya de Mianmar para Bangladesh. A análise indicou que os países em desenvolvimento são desproporcionalmente os mais afetados.

Os dados obtidos revelaram que entre os quase 70 milhões de indivíduos, 16,2 milhões foram deslocados pela primeira vez em 2017 ou já viviam em situação de deslocamento forçado e foram forçados a se deslocar novamente, o que equivaleria a 44,5 mil pessoas sendo deslocadas a cada dia, ou seja, uma pessoa se deslocando a cada dois segundos.

Mediante a obtenção de tais dados foi possível constatar que nunca na história da civilização foi tão alto o número de pessoas forçadas a deixar suas casas, motivadas pela guerra, violência ou perseguição.

3 MEDIDAS ADOTADAS PELA UNIÃO EUROPEIA PARA FAZER FACE À CRISE DA MIGRAÇÃO

Durante anos a União Europeia teve problemas para harmonizar sua política de asilo. É realmente algo complicado considerando que há 28 países membros, cada um com sua própria polícia e sistema de justiça.

O direito internacional dá proteção a refugiados genuínos, quais sejam, aqueles que estão fugindo de perseguição e poderiam enfrentar perigo ou morte se voltassem ao país de origem.

A União Europeia adotou diversas medidas para fazer face à crise da migração. Algumas consistem em tentar resolver suas causas mais profundas, aumentando a ajuda à assistência humanitária. Tais medidas englobam a recolocação dos requerentes de asilo que já se encontram na Europa, a reinstalação de pessoas necessitadas de países vizinhos, e o regresso das pessoas que não reúnem as condições para receber o benefício do asilo. Outras medidas são a tentativa de melhorar a segurança nas fronteiras, combatendo o tráfico de imigrantes e proporcionando formas seguras de entrada legal nos países componentes da União Europeia.

Observa-se que estão sendo adotadas medidas fora da União Europeia, medidas de fronteiras da União Europeia e medidas no interior da União Europeia.

Fora da União Europeia tais medidas consistem em prestar assistência aos refugiados nos locais onde se encontram e a realização de abordagem das causas profundas da migração irregular junto aos países de origem e de trânsito. A União Europeia tem trabalhado com cinco principais países de origem e de trânsito na África, quais sejam, Etiópia, Mali, Níger, Nigéria e Senegal. Também presta ajuda humanitária aos refugiados e migrantes em países fora da Comunidade, tais como, Iraque, Jordânia, Líbano e Turquia, além de ser um dos principais financiadores da resposta internacional à crise síria.

Nas fronteiras da União Europeia a presença no mar foi triplicada, a fim de salvar vidas e dismantelar as redes de tráfico. Ao aumentar sua capacidade de realização de operações de busca e salvamento no Mediterrâneo e de combate às redes criminosas, a União Europeia ajudou a salvar mais de 400.000 vidas em 2015 e 2016, além de capturar mais de 2000 traficantes. A nova guarda europeia de fronteiras e de costeira foi lançada em 2016, a fim de proteger fronteiras externas comuns e enfrentar os novos desafios em matéria de migração e segurança. Adotou-se uma melhor gestão de fronteiras externas, a criação de centros de registro na

Grécia e Itália, e a identificação e registro de cada chegada através de procedimentos de asilo e de regresso e readmissão.

Além de tais providências, a União Europeia tem aumentado a taxa de regresso ao país de origem dos migrantes em situação irregular e sem direito a permanecer na União, o que resultou da concordância dos Estados-Membros. A União Europeia também presta apoio aos os Estados-Membros mediante a celebração de acordos em matéria de regresso com países terceiros.

Por fim, no interior da União Europeia estão sendo recolocados refugiados em outros Estados-Membros, além da tentativa de simplificar os sistemas de registos.

Os líderes dos Estados ainda têm grandes discordâncias sobre quem deve assumir a responsabilidade pelos recém-chegados: se são os países fronteiriços, como a Grécia e a Itália, pelos quais a maioria dos imigrantes entra na Europa; ou, por outro lado, os mais ricos, como a Alemanha, que muitos migrantes tentam alcançar.

A Europa segue dividida em dois blocos principais, os que defendem as fronteiras e os que realmente estão dispostos a fazer algo sobre a situação.

Mas há que ser visto como grande avanço o recente acordo acerca do tema relativo aos refugiados a que chegou o Conselho Europeu, reunido em Bruxelas na data de 29 de junho de 2018, encontro que teve por base o crescente atrito entre os países-membros sobre como lidar com a chegada dos refugiados aos seus portos.

Entre os principais pontos de consenso a que chegaram os dirigentes dos países componentes da União Europeia estão os seguintes: reforçar o controle das fronteiras externas da União Europeia, além de criar plataformas de desembarque para migrantes resgatados do mar; a criação de centros de controle em países voluntários, de onde os migrantes serão acolhidos e redistribuídos e o aumento do financiamento a países do Norte da África e para a Turquia, buscando impedir a saída de migrantes desses países.

Tal acordo decorre da superação de algumas diferenças entre os países da União Europeia visando encontrar uma solução de forma cooperada para o tema.

4 O PAPEL DO ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS - ACNUR - NA PROTEÇÃO ÀS PESSOAS REFUGIADAS E MIGRANTES QUE CHEGAM À EUROPA

O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados - ACNUR foi criado em 1950, no contexto pós Segunda Guerra Mundial, como forma de combater as violações contra a pessoa humana. Iniciou suas atividades em 1951, e após sucessivas crises humanitárias percebeu-se a necessidade

de ampliar o projeto inicial. Hoje, cerca de 63,9 milhões de pessoas estão sob seu mandato, entre elas solicitantes de asilo, refugiados, apátridas e deslocados internos.

A proteção de refugiados e das populações deslocadas por guerras, conflitos e perseguições é a principal missão do ACNUR, a Agência da ONU para Refugiados, que busca soluções adequadas para estas pessoas.

Segundo dados da Agência cerca de 362.000 refugiados e migrantes arriscaram suas vidas cruzando o Mar Mediterrâneo em 2016, dos quais 181.400 pessoas chegaram na Itália e 173.450 na Grécia. No primeiro semestre de 2017, mais de 105.000 refugiados e migrantes entraram na Europa.

Tal movimento em direção ao continente europeu apresenta um impacto devastador sobre muitas vidas, já que desde o começo de 2017 as estatísticas dão conta de que em torno de 2.700 pessoas tenham morrido ou desaparecido durante a travessia do Mar Mediterrâneo rumo à Europa.

E quando chegam ao seu destino, aqueles que viajam irregularmente pelo continente continuam sofrendo diversos tipos de abusos, inclusive sendo impedidos de cruzar fronteiras.

Diante de tal situação, cada vez mais fazem-se necessários esforços para aumentar e consolidar os caminhos legais existentes, nos quais se inclui, exemplificativamente, a reunião familiar. A ACNUR também pede que os países europeus e outros países ofereçam mais de 40.000 lugares para reassentamento para refugiados que se encontram em 15 países prioritários ao longo da rota do Mediterrâneo Central, tudo a fim de complementar os compromissos já existentes.

A fim de possibilitar a implementação de tais políticas, faz-se necessária mais solidariedade por parte da União Europeia visando a recepção, assistência e proteção em especial daqueles que apresentem necessidades específicas, tais como menores separados e desacompanhados, mediante acesso a procedimentos de refúgio justos e eficientes visando reunião familiar e alocação.

Indispensável para tanto um plano de ação abrangente que envolva a cooperação entre os países envolvidos e que esteja de pleno acordo com o direito internacional, a fim de que se chegue a soluções inclusive a longo prazo para essa problemática tão complexa.

As atividades do ACNUR visando promover a proteção de pessoas refugiadas engloba o auxílio aos países com vistas a promulgar ou revisar a legislação nacional de refugiados, incluindo instruções administrativas e diretrizes operacionais, e o implemento dos procedimentos nacionais de determinação do status de refugiados.

Como organização humanitária, apolítica e social, o ACNUR tem dois objetivos básicos: proteger homens, mulheres e crianças refugiadas e buscar soluções duradouras para que possam reconstruir suas vidas.

O ACNUR, em conjunto com parceiros situados em todo o mundo, presta na Europa apoio e assistência para refugiados e solicitantes de refúgio, os quais compreendem assistência humanitária e financeira, fornecimento de alojamento, apoio visando melhorar as condições de acolhimento, intervenções de proteção e monitoramento constantes com encaminhamento para serviços adequados, envolvimento com as comunidades de refugiados, dentre outras.

Visando atender às necessidades de proteção dos refugiados e migrantes que chegam à Europa, o ACNUR lançou recentemente diversas medidas específicas, dentre as quais o Plano de Resposta aos Refugiados e Migrantes (RRMP, em inglês), que conta com 60 parceiros. Em conjunto com a UNICEF e o Comitê Internacional de Resgate, o ACNUR também emitiu recomendações de como proceder para melhorar a situação dos refugiados e das crianças migrantes que adentram e permanecem na Europa sem a companhia dos pais ou responsáveis. Por fim, o ACNUR trouxe uma visão mais prática visando o envolvimento global da União Europeia com os refugiados para a reforma do seu sistema de refúgio no documento “Proteger melhor os refugiados na EU e a nível global”.

O princípio da não-discriminação está no centro da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que proclama que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, sendo que a discriminação e a xenofobia estão entre os maiores desafios de proteção aos refugiados.

Este órgão específico para tratar e lidar com questões ligadas aos refugiados, apátridas e asilados tem como função facilitar o assentamento e proteção desses indivíduos, garantindo-lhes o mínimo de dignidade humana, possuindo papel primordial na temática envolvendo refugiados e migrantes de todo o mundo.

5 CONCLUSÃO

A União Europeia se encontra em um profundo debate sobre a questão da migração e dos refugiados.

Como visto, o ACNUR também está multiplicando esforços para oferecer alternativas confiáveis, encontrar soluções duradouras e estabelecer caminhos legais para refugiados e solicitantes de refúgio.

Desde que as ondas de imigrantes começaram a chegar à costa da Europa, os países deram respostas muito diferentes, variando de recusa a aceitá-los a críticas a países que não faziam a sua parte.

Embora a União Europeia e seus membros continuem a declarar seus compromissos com os direitos humanos, as iniciativas em política externa são muitas vezes prejudicadas por interesses nacionais, incluindo a segurança, o comércio e o acesso aos recursos naturais, e o desejo de impedir que refugiados e outros imigrantes cheguem à Europa.

O fato é que todos os países da União Europeia precisam fazer concessões sobre o número de pessoas que estão dispostas a aceitar e as formas como se dará essa aceitação em seus territórios nacionais. E por essa razão, todas as questões relacionadas ao tema precisam ser discutidas honestamente, a fim de se chegar a um consenso. Há que se buscar políticas reais que afetem as pessoas necessitadas de proteção no agora.

A tendência é que sigam lidando com o fluxo de migrantes e refugiados em busca de segurança. Essa dinâmica vem criando profundas divisões na União Europeia, sendo que parte das tensões internas advém das dificuldades enfrentadas nessa crise humanitária.

Enquanto alguns países do bloco estão no limite de suas capacidades de recepção de refugiados, outros se cercam com muros.

Em meio à fragmentação interna, a União Europeia parece ter esquecido alguns mecanismos que podem ajudá-la a enfrentar a crise dos refugiados. A situação atual exige maior colaboração. Alerta-se para a necessidade de os países do bloco manterem os padrões mínimos de recepção previstos nos regulamentos, pois sem eles as novas entradas de refugiados tendem a não ser registradas corretamente, prejudicando a confiança e a solidariedade entre os membros.

Administrar os sistemas de recepção é um grande desafio, mas garantir que os países optem por manter suas capacidades de acomodação estáveis pode ser uma saída para aliviar o peso de Estados em dificuldade.

No atual momento, o desafio da Europa é, em grande parte, o processo. Os Estados precisam buscar soluções para diversos problemas que vão desde como abrigar requerentes de asilo que aguardam decisões sobre seus casos até como integrá-los na economia e na sociedade, caso seus pedidos venham a ser aprovados e a forma como deportá-los se não forem. Esses desafios continuam, e as autoridades ainda não resolveram entraves como os acampamentos de migrantes da Grécia ou da economia clandestina da Itália.

Mas em última análise, o grande desafio à União Europeia é entrar em consenso a fim de montar uma política de migração efetivamente coerente e lidar com a crise sem fechar as portas a pessoas fugindo de conflitos e perseguições, o que exige confiança, concessões mútuas e aceitação.

REFERÊNCIAS

ACNUR. *Deslocando-se através das fronteiras*. 2014. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/quem-ajudamos/refugiados/>>.

ACNUR. *Emergências. Europa*. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/europa/>>. Dados atualizados em: 12 jan. 2018.

ACNUR. *Global Trends 2017 – Media*. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/global-trends-2017-media>>.

ACNUR. *Encontro em Brasília debate desafios da integração de migrantes, refugiados, retornados e apátridas*. 2013. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/encontro-em-brasiliadebate-desafios-da-integracao-de-migrantes-refugiados-retornados-e-apatridas/>>

BITTENCOURT NETO, Eurico. *O Direito ao Mínimo para uma Existência Digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BONIS, Gabriel. *Crise de refugiados gera batalha interna na União Europeia - CartaCapital*. Disponível em: <www.cartaeducacao.com.br/aulas/crise-de-refugiados-gera-batalha-interna-na-uniao-eurpeia/>.

CAZARRÉ, Marieta. Agência Brasil. *Líderes europeus chegam a um acordo sobre refugiados*. Publicado em 28 de junho de 2018. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2018-06/lideres-europeus-chegam-um-acordo-sobre-refugiados/>>.

COMISSÃO EUROPEIA. Direção-Geral da Comunicação. *A UE e a Crise da Migração*. Julho de 2017. Disponível em: <publications.europa.eu/webpub/com/factsheets/migration-crisis/pt/>.

CONSELHO EUROPEU. CONSELHO DA UNIAO EUROPEIA. *Resposta à questão da migração*. Disponível em: <www.consilium.europa.eu/pt/policies/migratory-pressures/>.

DUROSELLE, Jean Baptiste. *A Europa de 1815 aos nossos dias: vida política e relações internacionais*. São Paulo: Pioneira, 1976.

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

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PÉREZ, Jesús González. *La dignidad de la persona*. Madri: Civitas, 1986.

**CRISE HUMANITÁRIA MIGRATÓRIA E
O DIREITO DE REFÚGIO NO SISTEMA
JURÍDICO BRASILEIRO**
*MIGRATORY HUMANITARIAN CRISIS AND THE RIGHT OF
REFUGE IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM*

Benila Corrêa Lima

*Procuradora Federal em exercício na Procuradora Federal no Estado do Paraná.
Graduada em Direito pela UFMG.*

João Pedro Piva

*Procurador Federal em exercício na Procuradora Federal no Estado do Paraná.
Graduado em Direito pela UFPR.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A crise do fluxo migratório; 2 Direito de Refúgio no Ordenamento Jurídico Brasileiro; 3 Decisão do STF – Ação Cível Originária 3.121 RORAIMA; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente estudo parte da constatação da crise mundial do fluxo migratório e, a partir desta, faz uma análise da evolução do direito de refúgio, como direito humanitário universal, para acolhimento e proteção dos imigrantes que estejam sofrendo, ou na iminência de sofrerem violações de seus direitos humanos básicos. Além disso visa, especificamente, analisar a evolução deste instituto de direito internacional no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, diante da crise mundial do fluxo migratório que já atingiu as fronteiras do Brasil. Demonstrando-se, inclusive, que esta questão já vem sendo objeto de questionamentos judiciais, pretendendo confrontar assim a real necessidade de evolução da questão jurídica diante da realidade próxima da crise migratória, em razão da fronteira do país com a Venezuela.

PALAVRAS-CHAVE: Fluxo Migratório. Crise Humanitária. Direito de Refúgio. Evolução Normativa.

ABSTRACT: the present study is based on the global crisis of the migratory flow and, from this, analyzes the evolution of the right of refuge, as a universal humanitarian law, for the reception and protection of immigrants who are suffering, or on the verge of suffering violations of human rights. Likewise, it also aims specifically to analyze the evolution of this right within the Brazilian legal system, in the face of the global crisis of the migratory flow that has already reached the borders of Brazil. It also demonstrates that this issue has already been the subject of judicial inquiries, intending to confront the real need for the evolution of the juridical question in the face of the reality of the migratory crisis, due to the country's border with Venezuela.

KEYWORDS: Migratory Flow. Humanitarian Crisis. Right of Refuge. Normative Evolution.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa demonstrar a evolução do direito de refúgio no mundo e no Brasil especificamente, pois, em que pese outrora esta crise ter sido considerada um problema quase que restrito ao continente europeu, o que agora se constata é a ocorrência de uma crise migratória mundial.

Assim, por razões diversas, não mais apenas as razões originariamente consideradas no período pós-guerras mundiais, como as relacionadas a perseguições por motivos de raça, religião, nacionalidades, opiniões políticas, mas também por questões socioeconômicas, culturais, ambientais, entre outras, fez-se necessário a evolução jurídica do tratamento dado ao refugiado *lato sensu*, ou seja, todos aqueles indivíduos que, por estarem sofrendo, ou prestes a sofrer, violações de seus direitos humanos, necessitam abandonar seu país natal para se refugiar em pátrias alheias.

A questão é assim atual e relevante sobretudo para o Brasil, no momento atual, em que a crise migratória da Venezuela, país nosso vizinho, passa-nos a atingir diretamente.

1 A CRISE DO FLUXO MIGRATÓRIO

Movimentos migratórios são inerentes à condição humana. O deslocamento territorial na busca por melhores condições de vida e por segurança acompanham a história da humanidade.

Na sociedade contemporânea fatores como crises econômicas, guerras, conflitos internos (religiosos, políticos e étnicos), regimes autoritários, crescimento demográfico descontrolado e mudanças climáticas são apontados como os principais fatores que fizeram aumentar, desde o último século, o fluxo migratório no mundo.

A crescente preocupação com o fluxo migratório e o acolhimento dos refugiados após a Segunda Guerra Mundial levou a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU a criar o Alto Comissariado da Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), Agência a quem compete zelar pela garantia da proteção internacional aos refugiados.

Nas últimas décadas, alerta o ACNUR (*A guide to international refugee protection and building state asylum systems: handbook for parliamentarians* n° 27, 2017, p. 10), os deslocamentos forçados atingiram níveis sem precedência:

À medida que este manual é publicado, há mais refugiados no mundo do que em qualquer outro momento desde o final da Segunda Guerra Mundial. As causas do deslocamento contemporâneo tornaram-se

cada vez mais complexas, na medida que os conflitos, a violência e os abusos dos direitos humanos estão cada vez mais interligados com animosidades étnicas e religiosas, privação e pobreza aguda e fatores ambientais ligados à mudança climática. Um número alarmante de refugiados vive no limbo devido a conflitos que duram anos ou mesmo décadas, sem soluções à vista. Mais da metade dos refugiados do mundo são crianças e, se nada mudar, seus filhos também serão refugiados.¹

Dados daquela Agência (ACNUR. Dados sobre Refúgio), atualizados até junho de 2018, dão a dimensão da crise migratória mundial deste começo de século:

Estamos testemunhando os maiores níveis de deslocamento já registrados. Cerca de 68,5 milhões de pessoas em todo o mundo foram forçadas a sair de casa. Entre elas estão quase 25,4 milhões de refugiados, mais de metade dos quais são menores de 18 anos.

Há também 10 milhões de pessoas apátridas às quais foram negadas a nacionalidade e o acesso a direitos básicos como educação, saúde, emprego e liberdade de circulação.

Em um mundo onde quase 20 pessoas são deslocadas a força a cada minuto em decorrência de conflitos ou perseguições, o trabalho do ACNUR é mais importante do que nunca. (<http://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/>)

Destaca ainda o ACNUR que a grande massa de refugiados, mais de oitenta por cento, concentra-se nos países fronteiriços às zonas de conflito, normalmente áreas com baixo grau de desenvolvimento econômico, sendo um quarto dos refugiados do mundo acolhidos pelas nações com mais baixo grau de desenvolvimento. Adverte, todavia, que no século XXI não há continente imune ao problema.²

Neste contexto é possível verificar o crescente número de pessoas submetidas ao deslocamento forçado na América do Sul, com notável

1 "As this Handbook goes to press, there are more refugees in the world than at any time since the end of the Second World War. The causes of contemporary displacement have become ever more complex, as conflict, violence and human rights abuses are increasingly intertwined with ethnic and religious animosities, acute poverty and deprivation, and environmental factors linked to climate change. An alarming number of refugees are living in limbo because of conflicts that have gone on for years or even decades, with no solutions in sight. More than half of the world's refugees are children and, if nothing changes, their children will be refugees, too."

2 Inter-Parliamentary Union and the United Nations High Commissioner for Refugees. A guide to international refugee protection and building state asylum systems: handbook for parliamentarians n° 27, 2017

impacto no Brasil, principalmente no Estado de Roraima, em decorrência da grave crise político, social e econômica que assola a Venezuela.

Neste cenário, até então inédito, milhares de Venezuelanos foram forçados a deixar seu país em busca de refúgio nos países vizinhos. Dados do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), referidos em decisão proferida pela Excelentíssima Ministra Rosa Weber, por ocasião da Análise de Pedido de Tutela Provisória na Ação Cível Originária nº 3.121, proposta pelo Estado de Roraima, dão a dimensão do problema continental:

Segundo os dados divulgados pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), desde 2014, mais de 1,5 milhão de venezuelanos, incluindo centenas de indígenas, deixaram o seu país, em virtude da situação sócio-econômica ali vivenciada. Em novembro de 2017, indicam que o número de total de venezuelanos na Colômbia, o país mais impactado, atingiu 660.000 indivíduos, mais do que o dobro verificado apenas seis meses antes, quando a população de migrantes venezuelanos naquele país não passava de 300.000 indivíduos. Apenas nos três primeiros meses de 2018, 180.000 venezuelanos entraram no Equador, comparados com 230.000 em todo o ano de 2017. Entre janeiro e outubro de 2017, pelo menos 100.000 nacionais da Venezuela ingressaram no território do Peru. Estima-se em 60.000 o número de venezuelanos nas ilhas do sul do Caribe, sendo 40.000 apenas na República de Trindade e Tobago, Estado insular cuja área total é de pouco mais de 5.000 km². Ainda segundo o ACNUR, em novembro de 2017, a população estimada de venezuelanos vivendo no Brasil era de 30.000 pessoas, número que em abril de 2018 já alcançava mais de 52.000 indivíduos, dos quais 40.000 teriam atravessado a fronteira com o Brasil no Estado de Roraima (chegando a 800 ingressos diários), 25.000 são solicitantes de refúgio e 10.000 receberam visto de residência temporária.³

Dados atualizados da Agência Regional do ACNUR para os refugiados e Migrantes da Venezuela indicam o agravamento da crise Venezuelana em 2018. Estima-se que mais de 2,6 milhões de Venezuelanos vivam fora de seu país. Foram solicitados mais de 186,800 mil pedidos de asilo neste ano de 2018, o que já supera o número total do ano de 2017.

3 ACO 3121 TP, Relator(a): Min. ROSA WEBER, julgado em 06/08/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-160 DIVULG 07/08/2018 PUBLIC 08/08/2018.

Destaca, ainda, que o Peru se tornou o principal país de acolhimento para os Venezuelanos (<https://data2.unhcr.org/en/situations/vensit>).⁴

Portanto, premente que se faça uma análise do tratamento jurídico dispensado pela legislação brasileira.

2 DIREITO DE REFÚGIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Partindo-se de um retrospecto, verifica-se que, desde 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, exsurge o direito de refúgio, quando se estabelece em seu artigo 14:

Artigo 14

1 Todo ser humano, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países.

2 Esse direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

Isto é, consagra-se entre os direitos humanitários, o direito do indivíduo de se ver livre de qualquer tipo de perseguição, podendo buscar asilo em outro país, ou seja, semanticamente analisando, refugiar-se em outro país, retirar-se para lugar em que haja segurança.

Posteriormente, em Genebra, em 28 de julho de 1951, a Convenção das Nações Unidas adotou formalmente o Estatuto dos Refugiados com o intuito de solucionar a situação dos refugiados na Europa após a Segunda Guerra Mundial.

Através dessa convenção global pretendeu-se definir exatamente quem seria o refugiado, especificando-se as hipóteses de uma perseguição ilegítima, que lhe conferiria direitos e estabeleceria deveres entre os refugiados e os países que viessem a acolhê-los, pelo que se dispôs em seu art. 1º:

Para os fins da presente Convenção, o termo “refugiado” se aplicará a qualquer pessoa:

[...]

4 Regional Response: Situational update No 1. September, 2018, acesso em 15 de outubro de 2018.

2) Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e *temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas*, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele. (destaquei).

Esta Convenção também foi assinada pelo Brasil, que a ratificou no ano de 1960.

Todavia, em que pese esta Convenção Internacional ter representado um avanço na proteção do direito humanitário de refúgio, é certo que ela estabeleceu uma definição bastante restrita a respeito do conceito de refugiado, pois o limitou temporalmente às consequências dos acontecimentos ocorridos antes de 1951, e geograficamente em virtude destes acontecimentos serem decorrente da Segunda Guerra Mundial, que envolveu em sua maioria os países da Europa.

Felizmente, esta limitação temporal “*acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951*” veio a ser abolida do regramento internacional com o advento do Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967, que a exclui do texto da Convenção e que também foi ratificado pelo Brasil em 1972 (Decreto nº 70.946, de 07.08.1972).

Contudo, diante de inúmeras crises migratórias que se alastram pelo mundo, em decorrência de razões várias, como guerras, questões políticas, sociais, econômicas, o conceito de refugiado vem sendo ampliado cada vez mais, tendo sido firmado diversas outras convenções internacionais (como a Convenção sobre Refugiados da Organização da Unidade Africana-1969, a Declaração de Cartagena-1984, a Declaração de São José sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas-1994) visando a uma proteção mais ampla e irrestrita destas pessoas que se encontram sendo ou na iminência de serem violadas em seus direitos humanos básicos, como o direito à liberdade, à segurança e à uma vida digna.

Assim, em 22 de julho de 1997, o Brasil aprovou a Lei nº 9.474, que define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados, dispondo expressamente em seu artigo 48 que:

Art. 48. Os preceitos desta Lei deverão ser interpretados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, com a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, com o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967 e com todo dispositivo

pertinente de instrumento internacional de proteção de direitos humanos com o qual o Governo brasileiro estiver comprometido.

Isto é, o ordenamento jurídico brasileiro expressamente consagrou a ampliação da definição de refugiado, como indivíduo que necessita de proteção “*devido a grave e generalizada violação de direitos humanos*” (artigo 1º, III, Lei nº 9.474/97), que assim é obrigado a deixar seu país.

Esta lei também implementou um procedimento específico em âmbito nacional para o reconhecimento da condição de refugiado, instituindo o Comitê Nacional para os Refugiados - CONARE, como órgão responsável pela análise dos casos individuais de solicitações de refúgio, com o objetivo de elaborar políticas públicas para a inserção local dos refugiados (como se extrai dos artigos 11 e 12 da lei acima citada).

Em suma, esta lei representou um grande avanço no tratamento conferido ao direito de refúgio no ordenamento jurídico brasileiro, o qual, no entanto, continua em constante evolução, já tendo sido aprovada posteriormente a Lei de Migração (Lei nº 13.445, de 24-05-2017) que consagra também a acolhida humanitária, ou seja, visa resguardar a situação daqueles indivíduos que não se enquadram dentro da definição legal de migrantes, como vítimas de crises econômicas e ambientais - não contempladas no conceito restrito de refúgio.

Esta Lei 13.445/2017, que veio substituir o vetusto Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.964/81), foi considerada um grande avanço legislativo, não só por ampliar o leque de imigrantes que podem ser favorecidos (estendo a outros imigrantes que não se enquadrem na definição legal de refugiados a proteção humanitária), mas também por deixar expresso que não mais se considera o imigrante como uma ameaça à segurança nacional (característica da legislação revogada, condizente com a época de sua edição, a da ditadura militar), bem como repudiando a xenofobia, entre outras situações discriminatórias, pautando-se assim nitidamente pela consagração do respeito aos direitos humanos.

Assim, a concessão de vistos temporários para acolhida humanitária foi institucionalizada com esta nova lei em seu artigo 14, §3, *in verbis*:

Art. 14. O visto temporário poderá ser concedido ao imigrante que venha ao Brasil com o intuito de estabelecer residência por tempo determinado e que se enquadre em pelo menos uma das seguintes hipóteses:

[...]

§ 3º O visto temporário para acolhida humanitária poderá ser concedido ao apátrida ou ao nacional de qualquer país em situação de grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de desastre ambiental ou de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário, ou em outras hipóteses, na forma de regulamento.

Desta forma, o visto temporário humanitário que foi utilizado por refugiados haitianos desde o ano de 2010, por exemplo, foi de fato regularizado.

Esta lei também garante que o estrangeiro não pode ser deportado ou repatriado se correr risco de morrer ou de sofrer ameaças à sua integridade pessoal ao retornar ao país de origem, em seu artigo 49, §4, *in verbis*:

Art. 49. A repatriação consiste em medida administrativa de devolução de pessoa em situação de impedimento ao país de procedência ou de nacionalidade.

§ 4º Não será aplicada medida de repatriação à pessoa em situação de refúgio ou de apatridia, de fato ou de direito, ao menor de 18 (dezoito) anos desacompanhado ou separado de sua família, exceto nos casos em que se demonstrar favorável para a garantia de seus direitos ou para a reintegração a sua família de origem, ou a quem necessite de acolhimento humanitário, nem, em qualquer caso, medida de devolução para país ou região que possa apresentar risco à vida, à integridade pessoal ou à liberdade da pessoa.

Isto é, esta lei consagrou também um princípio geral do direito internacional de proteção dos refugiados e dos direitos humanos, denominado princípio do *non-refoulement* (não devolução), que já era previsto no artigo. 33, número 1, da Convenção da ONU de 1951.

Afora isto, é certo que nossa própria Constituição Federal consagra como princípio fundamental de nosso Estado Democrático de Direito o respeito à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), bem como a prevalência dos direitos humanos no trato das relações internacionais (artigo 4º, II).

Assim, como define José Afonso da Silva, citando Gomes Canotilho e Vital Moreira:

'princípios fundamentais visam essencialmente definir e caracterizar a coletividade política e o Estado e enumerar as principais opções político-constitucionais'. Relevam a sua importância capital no contexto da constituição

e observam que os artigos que os consagram 'constituem por assim dizer a síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais, que àquelas podem ser directa ou indirectamente reconduzidas'.⁵

E, nesta mesma obra, o autor enumera como um dos princípios fundamentais relativos à comunidade internacional: o do respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana. Este exatamente o fulcro do direito de refúgio, o que demonstra que este direito está bem consolidado em nosso ordenamento jurídico, bem como está acompanhando a evolução internacional do tema diante das tentativas de solucionar as complexas crises migratórias atuais por todo o mundo.

Afinal, segundo afirmado pelo próprio ACNUR – Alto Comissariado das Nações Unidas:

O Brasil sempre teve um papel pioneiro e de liderança na proteção internacional dos refugiados. Foi o primeiro país do Cone Sul a ratificar a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, no ano de 1960.

Foi ainda um dos primeiros países integrantes do Comitê Executivo do ACNUR, responsável pela aprovação dos programas e orçamentos anuais da agência. (<http://www.acnur.org/portugues/acnur-no-brasil/>)

Assim, efetuada uma breve exposição sobre a evolução do direito de refúgio no ordenamento jurídico brasileiro, bem como diante da já exposta crise mundial no fluxo migratório, passa-se a analisar as questões jurídicas relacionadas que já vem surgindo em nosso país.

3 –DECISÃO DO STF – AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 3.121 RORAIMA

Diante do agravamento da crise migratória Venezuelana, o Estado de Roraima, que já havia decretado, desde o final do ano de 2017, estado de emergência social⁶, ingressou em abril deste ano com ação cível originária o perante o Supremo Tribunal Federal.

Noticiando a explosão do ingresso desordenado de venezuelanos pelas suas fronteiras – através da cidade de Pacaraima/RR, teria recebido cerca de 50.000 venezuelanos – e apontando como causa omissão da União

⁵ SILVA, José Antônio da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. revista, São Paulo: Malheiros, 1998. p. 198.

⁶ Decreto nº 24.469-E, de 04 de dezembro 2017.

no controle fronteiriço, bem como inúmeras consequências negativas que estaria sofrendo, tais como aumento da criminalidade e de gastos com serviços públicos fundamentais, além de outras despesas extraordinárias, requereu o Estado de Roraima a condenação da União a:

- a) promover medidas administrativas nas áreas de controle policial, saúde e vigilância sanitária na região da fronteira entre o Brasil e a Venezuela;
- b) determinar a imediata transferência de recursos adicionais da União para suprir custos que vem suportando com a prestação de serviços públicos aos imigrantes oriundos da Venezuela estabelecidos em território roraimense; e
- c) compelir a União a fechar temporariamente a fronteira entre o Brasil e a Venezuela ou limitar o ingresso de imigrantes venezuelanos no Brasil.

Sobreveio, em 06/08/2018, decisão indeferindo o pedido de tutela antecipada referente ao fechamento temporário das fronteiras do Brasil com a Venezuela.

Ainda que em juízo de cognição sumária, a decisão proferida pela Exma. Juíza Rosa Weber trouxe um tratamento moderno e avançado ao tema do refúgio, reconhecendo sua evolução histórica e normativa.

Com efeito, se num primeiro momento a proteção do ordenamento jurídico internacional e nacional se destinava àquelas pessoas que eram forçadas a deixar sua pátria por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, “o alargamento histórico do conceito foi-se moldando às múltiplas facetas em que se desdobrava o fenômeno do deslocamento de pessoas, mormente no que concerne a suas causas.”

A partir da constatação da complexidade das causas que impulsionam, nos tempos atuais, “as movimentações transfronteiriças de refugiados e de pessoas em busca de asilo”, adotou-se o termo *movimentos mistos* para qualificar o fenômeno de movimentação grupo de pessoas compostas não apenas por refugiados, mas também por migrantes econômicos:

Migrações irregulares ou extralegais são, hoje, um fenômeno global, sendo cada vez mais frequentes os fluxos transfronteiriços de pessoas envolvendo tanto refugiados quanto migrantes econômicos – os chamados movimentos mistos – que ocorrem notadamente quando “um país de

origem é simultaneamente afetado por violações de direitos humanos, declínio econômico e ausência de oportunidades de subsistência”.

O que distingue o migrante do refugiado, como reconhecido na decisão do STF, é o estado de necessidade. O ACNUR (*A guide to international refugee protection and building state asylum systems: handbook for parliamentarians* nº 27, 2017) também reconhece a distinção e alerta sobre o tratamento jurídico diferenciado:

Os refugiados são pessoas que escaparam de conflitos armados ou perseguições. Com frequência, sua situação é tão perigosa e intolerável que devem cruzar fronteiras internacionais para buscar segurança nos países mais próximos, onde passam a ser consideradas um “refugiado”, reconhecido internacionalmente, com acesso à assistência dos Estados, do ACNUR e de outras organizações.

Para esses indivíduos, é muito perigoso voltar ao seu país de origem, de modo que precisam de refúgio em algum outro lugar. Nesses casos, a negação de asilo pode ter consequências fatais.

A proteção dos refugiados envolve a garantia contra a devolução às ameaças das quais eles já fugiram e o acesso a procedimentos justos de asilo, além de medidas que garantam que seus direitos humanos básicos sejam respeitados a fim de permitir-lhes viver com segurança e dignidade e encontrar uma solução a longo prazo. São os Estados que possuem a responsabilidade primordial desta proteção.

Já os migrantes escolhem se deslocar não por causa de uma ameaça direta de perseguição ou morte, mas, principalmente, para melhorar sua vida, buscando melhores oportunidades de trabalho e educação ou procurando viver com parentes que moram fora do país de origem. Diferentemente dos refugiados, que não podem voltar ao seu país, os migrantes continuam recebendo a proteção do seu governo.

Para os governos, estas distinções são importantes. As nações tratam os migrantes de acordo com sua própria legislação e procedimentos em matéria de imigração, enquanto lidam com os refugiados segundo normas definidas a nível nacional e internacional.

Contudo, ainda que esses “refugiados de fato” não se enquadrem nos critérios de elegibilidade da proteção ao refugiado, são eles destinatários de proteção sob a ótica dos direitos humanos:

Mesmo que a maioria daqueles que atravessam a fronteira entre a Venezuela e o Brasil não venham a se enquadrar em hipótese juridicamente ensejadora de refúgio ou asilo, eventual ordem de fechamento da fronteira entre os dois países tem o potencial de impactar a situação de indivíduos que, dentro de um fluxo migratório misto, podem fazer jus à proteção qualificada prevista no direito internacional e acolhida na legislação pátria. A utilização indiscriminada de medidas voltadas a restringir migrações irregulares pode acabar privando indivíduos não apenas do acesso ao território, mas do acesso ao próprio procedimento de obtenção de refúgio no Estado de destino, o que poderia, a depender da situação, configurar, além de descumprimento do dever de proteção assumido internacionalmente, ofensa à cláusula constitucional asseguradora do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF). Presente, pois, situação de fluxo migratório irregular, as medidas de gerenciamento de migrações que vierem a ser adotadas não podem contrariar os compromissos assumidos nos tratados internacionais de que o Brasil é parte, no sentido de permanecer disponível à efetiva proteção dos refugiados, caso a situação o exija. *De outro lado, mesmo quando não enquadrados em hipótese válida de incidência das normas internacionais de proteção de refugiados, imigrantes irregulares com frequência são pessoas em situação de vulnerabilidade que fazem jus à proteção geral conferida pelos instrumentos basilares de proteção dos direitos humanos, aplicáveis a toda e qualquer situação de fluxo migratório irregular. É o que insta a Declaração de San José sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas, de 1994:*

“Décima. Reafirmar que tanto os refugiados como as pessoas que migram por outras razões, incluindo razões econômicas, são titulares de direitos humanos que devem ser respeitados em qualquer momento, circunstância ou lugar. Esses direitos inalienáveis devem ser respeitados antes, durante e depois do seu êxodo ou do regresso aos seus lares, devendo ser-lhes proporcionado o necessário para garantir o seu bemestar e dignidade humana.”

No marco do Estado democrático de direito, as soluções disponíveis à solução de crises restringem-se àquelas compatíveis com os padrões constitucionais e internacionais de garantia da prevalência dos direitos

humanos fundamentais, sob pena de violação do art. 4º, II e IX, da Constituição da República.⁷ (grifamos).

4 CONCLUSÃO

Após analisarmos a evolução do direito de refúgio, tanto na ordem jurídica internacional, quanto no ordenamento jurídico brasileiro, o que se constata é que esta foi uma necessidade decorrente da crise do fluxo migratório que se alastrou mundialmente.

Isto é, tenta se estabelecer um aparato jurídico que socorra a todos os indivíduos que, involuntariamente, necessitam abandonar seus lares, muitas vezes até seus familiares, para refugiarem-se em outro país.

Tendo sido constatado, assim, que, nos casos concretos, como no específico do nosso país, que faz fronteira com a Venezuela, a qual se encontra em ululante crise migratória, em que pese o Brasil possuir uma legislação que é considerada moderna sobre a questão migratória, foi necessária a intervenção do Judiciário para assegurar o direito de refúgio *lato sensu*, como demonstrado no tópico anterior.

Destarte, o que se pode concluir é que o que se faz necessário é garantir de fato que esta proteção jurídica já consolidada, em tese, quanto ao respeito aos direitos humanos, direito à uma vida digna, seja de fato assegurada pelos Estados acolhedores dos refugiados.

REFERÊNCIAS

ACNUR - Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. *Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania*, v. 8, n. 8 (2013). Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos. v.1, n.1, 2006.

_____. *Dados sobre Refúgio*. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/>>. Acesso em: 13 out. 2018.

_____. *ACNUR explica significado de status de refugiado e migrante*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/entenda-as-diferencas-entre-refugio-e-asilo>>. Acesso em: 15 out. 2018.

BRASIL. *Lei n. 9.474 de 22 de julho de 1997*. Define Mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm>. Acesso em: 13 out. 2018.

⁷ ACO 3121 TP/RR, p. 29.

_____. *Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017*. Institui a Lei de Migração. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso em: 13 out. 2018.

_____. *Decreto nº 50.215, de 28 de janeiro de 1961*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-50215-28-janeiro-1961-389887-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 15 out. 2018.

_____. *Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017*. Regulamenta a Lei no 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9199.htm>. Acesso em: 13 out. 2018.

_____. Ministério da Justiça. *Entenda as diferenças entre refúgio e asilo*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/entenda-as-diferencas-entre-refugio-e-asilo>>. Acesso em: 15 out. 2018.

BARROSO, Luiz Roberto. Aqui, lá e em todo lugar: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais: RT*, v. 101, n. 919, p. 127-196, maio 2012. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/79297>>.

CARTAGENA DAS INDIAS. DECLARAÇÃO DE CARTAGENA. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf>. Acesso em: 13 out. 2018.

GENÈBRA. *Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 28 de julho de 1951*. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em: 13 out. 2018.

Inter-Parliamentary Union and the United Nations High Commissioner for Refugees. A guide to international refugee protection and building state asylum systems: Handbook for Parliamentarians N° 27, 2017.

JUBILUT, Liliana Lyra. *O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007.

_____; GODOY, Gabriel Gualano de (Orgs.) *Refúgio no Brasil: Comentários à Lei 9.474/97*. São Paulo: Quartier Latin/ACNUR, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Cível Originária (ACO) nº 3121 TP, Relator(a): Min. Rosa Weber, julgado em 06/08/2018, publicado em Processo Eletrônico DJe-160. Divulgado em 07/08/2018 e publicado 08/08/2018.

O TRATAMENTO JURÍDICO DOS REFUGIADOS NO BRASIL: INOVAÇÕES LEGISLATIVAS E POLÍTICAS PÚBLICAS

*THE LEGAL TREATMENT OF REFUGEES IN BRAZIL:
LEGISLATIVE INNOVATIONS AND PUBLIC POLICIES*

Bráulio Lisboa Lopes
Doutorando em Direito Público. Mestre em Direito.
Advogado da União (AGU)

SUMÁRIO: Introdução; 1 Contexto histórico na América do Sul e Brasil; 2 A Lei de migração e proteção aos refugiados no Brasil; 3 Políticas Públicas para acolhimento dos refugiados; 4 A judicialização das políticas públicas para refugiados: seria esse o caminho a seguir?; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: A crise de migração mundial enseja uma nova reflexão sobre o tema. A temática extrapola os limites de uma solução a ser encontrada no campo eminentemente jurídico, perpassando necessariamente pelo campo político e social. O presente artigo busca analisar a evolução migratória no Brasil e efetuar uma comparação com as recentes alterações legislativas sobre a temática, enfrentando o tema da judicialização das políticas públicas para refugiados.

PALAVRAS-CHAVE: Imigração. Refugiados. Políticas Públicas.

ABSTRACT: The crisis of world migration provokes a new reflection on the subject. The thematic extrapolates the limits of a solution to be found in the eminently legal field, necessarily going through the political and social field. This article seeks to analyze the evolution of migration in Brazil and to make a comparison with the recent legislative changes on the subject, dealing with the issue of judicialization of public policies for refugees.

KEYWORDS: Immigration. Refugees. Public Policies.

INTRODUÇÃO

O tema do refúgio não é assunto que surgiu no mundo contemporâneo. Pesquisas históricas identificam que suas origens remontam a Grécia antiga, Roma, Egito e Mesopotâmia, onde tinha caráter religioso e era concedido pelos templos, os quais eram invioláveis, não obstante não ser perquirido o real motivo daqueles que se refugiavam nos templos, fazendo com que criminosos comuns pudessem se beneficiar do instituto. Hodiernamente, com a instituição do sistema diplomático, o conceito de refúgio perde o caráter religioso em ganha caráter político, beneficiando não mais os criminosos comuns, mas apenas pessoas que sofram perseguição, seja de caráter religioso ou político.¹

Na América Latina o instituto encontra suas origens com nomenclatura própria, denominado asilo diplomático, instituto típico que surge em decorrência da instabilidade política da região. Encontra fundamento no direito a vida e no respeito a integridade física e mental do ser humano. Tecnicamente, o asilo diplomático consiste na proteção dada por um Estado a um indivíduo cuja vida, liberdade ou dignidade estejam

¹ Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas. Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto, organizador. 1. ed. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010.

ameaçados pelas autoridades de outro Estado. Pode estar associado a delitos de opinião, dissidência política ou por outros fatos que não constituam violação do direito penal comum. Francisco Rezek afirma que o fundamento do asilo é o que se denomina de “criminalidade política”, onde o objeto da afronta não é um bem jurídico universalmente reconhecido, mas uma forma de autoridade assentada sobre ideologia ou metodologia capaz de suscitar confronto além dos limites da oposição regular de um Estado Democrático.²

As diretrizes básicas do asilo constam da Resolução 3212 da Assembléia – Geral da ONU, a qual afirma que os Estados tem o direito, e não o dever, de conceder asilo, o qual será concedido a pessoas que sofram perseguição, devendo sua concessão ser respeitada pelos demais Estados soberanos, podendo, entretanto, ser negado por motivo de segurança nacional, sendo da competência do Estado ao qual se pleiteia o asilo a qualificação do delito que justifica a perseguição. Importante salientar que as pessoas que tem direito ao asilo não podem ser impedidas de adentrar no país ao qual solicitam asilo, nem mesmo ser retiradas do Estado onde podem estar sujeitas a perseguição (direito de *non refoulement*).³

A Constituição da República de 1988 ressalta que nosso país rege-se nas relações internacionais pelos princípios da prevalência dos direitos humanos e concessão do asilo político, o qual também é tratado pela Lei nº 13.445/2017 (Lei da Migração). Além do asilo diplomático, o qual caracteriza-se pelo acolhimento do indivíduo pelas missões diplomáticas, navios de guerra, aeronaves e acampamentos militares, o qual é reconhecido como instituto de Direito Internacional apenas nos países latino-americanos, temos o asilo territorial, onde o beneficiário é acolhido no território de um Estado Soberano, acarretando a permanência do asilado em território estrangeiro.

No caso do asilo, diferentemente do refúgio, as garantias são dadas apenas após a concessão. Antes disso, a pessoa que estiver em território nacional estará em situação de ilegalidade. O asilo pode ser de dois tipos: diplomático – quando o requerente está em país estrangeiro e pede asilo à embaixada brasileira – ou territorial – quando o requerente está em território nacional. Se concedido, o requerente estará ao abrigo do Estado brasileiro, com as garantias devidas.⁴

No Brasil, a condição jurídica do asilado é regulada pelos artigos 27 e 28 da Lei de Migração, sendo sua concessão um princípio das relações

2 REZEK, Francisco. *Direito Internacional público*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.214-215.

3 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. Editora: JusPodivm, 2010. p. 276.

4 Vide BRASIL. Ministério da Justiça. *Diferença entre asilo e refúgio*. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/entenda-as-diferencas-entre-refugio-e-asilo>. Acesso em: 24 ago. 2018.

internacionais previsto no artigo 4º, inciso X, da Constituição da República de 1988. Importante salientar que não se concederá asilo a quem tenha cometido crime de genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra ou crime de agressão, nos termos do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 1998, consoante dispõe a Lei brasileira de Migração.

Já o refúgio, apesar da mesma origem histórica do asilo, desenvolve-se em vertente diferente, o que faz com que a doutrina identifique certas diferenças com o instituto do asilo. Ao passo que a concessão de asilo caracteriza-se como ato discricionário do Estado, a concessão de refúgio é ato obrigatório, uma vez atendidas as exigências definidas nos tratados internacionais. O controle da aplicação das normas de refúgio fica a cargo de órgãos internacionais, a exemplo do Alto Comissariado das Nações Unidas para os refugiados (ACNUR). Enquanto o asilo é ato fundamentado em critérios políticos, o refúgio fundamenta-se em perseguições por motivo de raça, grupo social, religião ou penúria, não obstante tanto o asilo quanto o refúgio tenham como estruturação normativa de fundo os Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Segundo PORTELA⁵, “o refúgio é uma instituição convencional de caráter universal, que se aplica de maneira apolítica” e institui-se em necessidade de proteção de um número elevado de pessoas, em hipóteses de perseguição de cunho generalizada, contrapondo-se ao asilo.

Consoante informações extraídas do Ministério da Justiça⁶ “o refúgio é concedido ao imigrante por fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas”. Enquanto tramita um processo de refúgio, pedidos de expulsão ou extradição ficam em suspensos. A matéria é regulada pela Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, que criou o Comitê Nacional para os Refugiados – Conare, e pela Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados, de 28 de julho de 1951.

1 CONTEXTO HISTÓRICO NA AMÉRICA DO SUL E BRASIL

Com fim da primeira guerra mundial, a revolução russa e a ruína do império Otomano colocaram o mundo diante do movimento massivo de pessoas, situação agravada com a segunda guerra mundial, levando a Assembléia Geral das Nações Unidas a estabelecer princípios próprios da condição de refugiado, propondo a instituição de um órgão internacional para cuidar do assunto de forma a auxiliar no retorno dos refugiados

5 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. Editora: JusPodivm, 2010. p. 278.

6 BRASIL. Ministério da Justiça. *Diferença entre asilo e refúgio*. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/entenda-as-diferencas-entre-refugio-e-asilo>. Acesso em: 24 ago. 2018.

aos seus países de origem auxiliando-os com os meios necessários, não devendo, entretanto, obrigar o regresso do refugiado ao seu país de origem quando expressarem objeções válidas a este retorno. Este foi o embrião do princípio consagrado hoje como “non refoulement” segundo o qual um país não pode obrigar um refugiado ao retorno ao seu Estado de origem se houver receio fundado.⁷

No Brasil, após a recepção da Convenção do Estatuto dos Refugiados, foi criado o Comitê Nacional para Refugiados (CONARE), órgão responsável pelo julgamento e concessão do refúgio. No ato da solicitação do refúgio, o solicitante já recebe a proteção imediata como se refugiado fosse, ficando a concessão definitiva do refúgio vinculada a aprovação do pedido pelo CONARE.

Segundo o relatório Refúgio em Números⁸ e as informações do Alto Comissariado das Nações Unidas, ao final de 2016, cerca de 65,6 milhões de pessoas, 1 em cada 113 pessoas em todo mundo, foram forçadas a deixar seus locais de origem por diferentes tipos de conflitos. Desses, cerca de 22,5 milhões são refugiados e 2,8 milhões são solicitantes de reconhecimento da condição de refugiado. Ainda, de acordo com o relatório, 55% dos refugiados no mundo vieram de três países: Síria (5,5 milhões), Afeganistão (2,5 milhões) e Sudão do Sul (1,4 milhões). Os países que mais possuem refugiados são a Turquia (2,9 milhões), o Paquistão (1,4 milhões) e o Líbano (1 milhão).

Segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas⁹, o continente americano abrigava (em 2016) cerca de 692.700 mil refugiados. As situações mais relevantes são: 1) Colômbia: desde de 1985 cerca de 7,6 milhões de deslocamentos internos (conflito com as FARC). Entre janeiro e agosto/2017, mais 8.700 novos deslocamentos internos. 2) Norte da América Central: cerca de 215 mil solicitaram refúgio nos últimos 5 anos devido à violência e à insegurança em seus países de origem. 3) Venezuela: entre janeiro e setembro/2017, cerca de 48.500 venezuelanos solicitaram refúgio no mundo, quase o dobro do ano anterior. Até julho de 2017, estimava-se que havia cerca de 300.000 venezuelanos na Colômbia, 40.000 em Trinidad e Tobago, e 30.000 no Brasil em situações migratórias diversas ou em situação irregular.

7 Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas / Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto, organizador. – 1. ed. – Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010.

8 BRASIL. Ministério da Justiça. *Refúgio em Números*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br>>. Acesso em: 24 ago. 2018.

9 UNHCR. *Global Trends, Forced Displacement 2016* (UNHCR, 19 de junho de 2017). Disponível em: <<http://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/5943e8a34/global-trends-forced-displacement-2016>>. Acesso em: 24 ago. 2018.

De acordo com o relatório Refúgio em Números¹⁰ existe no Brasil (2017) um acumulado de 10.145 refugiados reconhecidos, sendo 39 % da nacionalidade Síria e 86.007 solicitações de reconhecimento de refugio em trâmite, da qual 17.865 solicitações são oriundas de Venezuelanos, que em sua maioria foram realizados no estado de Roraima, totalizando cerca de 15.955 solicitações de refúgio.

2 A LEI DE MIGRAÇÃO E PROTEÇÃO AOS REFUGIADOS NO BRASIL

Conforme salienta a professora do Instituto de Relações Internacionais da Universidade de Brasília (Irel/UnB), Carolina de Abreu, a nova legislação de migração representa uma mudança de paradigma no que diz respeito ao tratamento de cidadãos de outros países. “O Estatuto do Estrangeiro foi elaborado sob a perspectiva de segurança nacional e via o imigrante como potencial ameaça aos interesses do País. Já a nova lei de migração o enxerga sob a ótica dos direitos humanos”.¹¹

O texto da lei nº 13.445/2017, que substituiu o Estatuto do Estrangeiro, criado em 1980, estabelece novos princípios sobre não discriminação e igualdade de direitos, estando em sintonia com as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil. A nova legislação organiza a cooperação jurídica com Estados estrangeiros para a proteção ao apátrida e aos asilados brasileiros no exterior. Instituiu-se o visto temporário específico para o migrante em situação de acolhida humanitária e para as pessoas que necessitam fugir do país de origem e não se enquadram na lei do refúgio, inclusive pessoas que adentram no Brasil objetivando tratamento de saúde e menores desacompanhados.

A novel legislação inova ao assegurar ao migrante o direito de associar a reuniões políticas e a sindicatos. Esta disposição compatibiliza-se com o disposto na Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, que em seu artigo 15 preceitua que “os Estados Contratantes concederão aos refugiados que residem regularmente em seu território, no que concerne às associações sem fins políticos nem lucrativos e aos sindicatos profissionais, o tratamento mais favorável concedido aos nacionais de um país estrangeiro, nas mesmas circunstâncias”.

10 BRASIL. Ministério da Justiça. *Refúgio em Números*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br>>. Acesso em: 24 ago. 2018.

11 BRASIL. *Sítio Oficial do Governo do Brasil*. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2017/05/confira-as-principais-mudancas-trazidas-pela-lei-de-migracao>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

Conforme salienta Rodrigo Borges Delfim¹², a nova legislação “reconhece a contribuição histórica e contemporânea dos migrantes para o desenvolvimento econômico e cultural do Brasil, tanto no passado como no presente. E com esse reconhecimento, dá condições para que tal contribuição tenha continuidade no futuro”. A atividade laboral exercida pelo migrante sujeita-se, assim como a atividade laboral exercida pelos demais brasileiros, a incidência tributária, contribuindo com os recursos necessários a execução das políticas públicas delineadas pelo texto Constitucional.

A lei nº 13.445/2017, em seu artigo 3º, enumera como princípios, dentre outros, o respeito à universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos (inc. I), o repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e outras formas de discriminação (inc. II), a acolhida humanitária (inc. VI) e a não criminalização da migração (inc. III).

Inovação importante trazida pela nova legislação que segue as diretrizes internacionais de proteção aos refugiados se verifica na redação do art. 82, inciso IX, da lei de migração, a qual preceitua que não se concederá extradição quando o extraditando for beneficiário de refúgio, nos termos da Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, ou de asilo territorial. Um dos princípios mais importantes que fundamentam a proteção internacional dos refugiados é o princípio da não devolução (*non-refoulement*) o qual encontra-se previsto no artigo 33 da Convenção de 1951, a saber:

Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou repelirá um refugiado, seja de que maneira for, para as fronteiras dos territórios onde a sua vida ou a sua liberdade sejam ameaçadas em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas.

O referido princípio é de extrema importância, visto que “surge diante da insegurança humanitária que ameaça a vida dos refugiados, como um instrumento de garantia e proteção contra a devolução dessas pessoas para o país onde sofrem a perseguição que originou a sua condição de refugiado ou a qualquer outro país onde sua vida ou liberdade estejam sendo ameaçadas”.¹³

A proteção aos refugiados no ordenamento jurídico brasileiro encontra amparo infraconstitucional na Lei nº 9.474/97, que em seu artigo 1º preceitua que será reconhecido como refugiado todo indivíduo que (I)

12 Disponível em: <<http://migramundo.com/veja-12-perguntas-e-respostas-sobre-a-nova-lei-de-migracao-que-aguarda-sancao-presidencial/>>.

13 SOARES, Carina de Oliveira. *A extradição e o princípio de não-devolução (non-refoulement) no direito internacional dos refugiados*. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9429>. Acesso em 25/08/2018.

devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; (II) não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior; (III) devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Inicialmente é importante ressaltar que a condição de refugiado ocorre no exato momento em que a pessoa preenche as condições de refugiado na vida real, independentemente de qualquer reconhecimento formal prévio por parte de um Estado parte em uma convenção internacional sobre o tema, e mesmo da edição de subsunção ao sistema legal interno de um Estado. Destarte, a disposição prevista no artigo 1º da Lei nº 9474/97 tem caráter nitidamente declaratório, e não constitutivo, afastando, portanto, eventual sanção ao refugiado por entrada “irregular” em determinado Estado, visto tratar-se de pessoa em estado de necessidade que objetiva salvar a sua própria vida.

A definição de refugiado enseja a análise a partir do ponto de vista subjetivo e objetivo. O elemento subjetivo pode ser aferido pela análise da situação pessoal do indivíduo na sociedade em que estava inserido, a partir de suas experiências no país de origem do qual resulta a situação de temor. O termo perseguição tem relação com a probabilidade de violação dos direitos humanos e/ou fundamentais do refugiado, ou mesmo a tentativa de violação desses direitos.

A proteção conferida ao refugiado deve estender-se à sua família, visto que a proteção do estrangeiro encontra-se prevista no artigo 5º da Constituição da República de 1988, o qual lhe assegura a proteção dos direitos fundamentais, dentre eles a proteção à família, consoante artigo 226 da Constituição da República de 1988. Nesse sentido, o artigo 2º da Lei nº 9474/97 preceitua que “os efeitos da condição dos refugiados serão extensivos ao cônjuge, aos ascendentes e descendentes, assim como aos demais membros do grupo familiar que do refugiado dependerem economicamente, desde que se encontrem em território nacional.

Ademais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma que a família é elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado. Nesse sentido, a ata final da Conferência que aprovou a Convenção de 1951, relativa ao Estatuto dos Refugiados, recomenda assegurar que a unidade da família do refugiado seja mantida, especialmente nos casos em que o chefe de família tenha preenchido as condições necessárias para a sua admissão em um determinado país.

Por fim, consoante adverte o Alto Comissariado das Nações Unidas para refugiados¹⁴, importante ressaltar a diferença entre refugiado e migrante. Enquanto as pessoas refugiadas estão em uma situação muito vulnerável, pois não têm proteção de seus respectivos países e sofrem ameaças e perseguições, os migrantes internacionais escolheram viver no exterior principalmente por motivações econômicas, podendo voltar com segurança a seu país de origem se assim desejarem. Refugiados e migrantes são cada vez mais confundidos entre si e tratados com desconfiança, preconceito e intolerância. Os sistemas de proteção internacional estão sob intensa pressão. Em muitos países, os controles de fronteiras estão cada vez mais rigorosos por questões de segurança interna, impedindo a entrada de migrantes em situação irregular. Como muitas situações atuais se referem ao contexto de fluxos mistos, é necessário garantir que pessoas refugiadas sejam devidamente identificadas e protegidas de acordo com os protocolos internacionais.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS PARA ACOLHIMENTO DOS REFUGIADOS

Ao se falar em políticas públicas necessariamente fazemos remissão ao Estado presencial e prestacional. A noção de política pública revela uma noção de auto-sujeição em que o Estado, por vontade própria (emanada do próprio estado legislador), é alçado à condição de garantidor de certas atividades materiais de cunho prestacional (geralmente serviços públicos) que são elaboradas através de planos de governo pautados na lei, mediante uma escolha discricionária do administrador público (no que tange a forma de atuação) que deve ser realizada observando-se o caráter universal e seletivo das políticas públicas disponibilizadas à coletividade.

A escolha das prioridades deve ser fruto de uma escolha racional efetuada pelo administrador público, sempre pautado pelo interesse público. Não obstante, a implementação das políticas públicas impõe a utilização de certa margem de discricionariedade e hierarquização dos objetivos a serem alcançados. É fruto, pois, de um processo político de escolha de prioridades a serem implementadas a partir de um conjunto de ações dos governantes e da sociedade civil, em verdadeira simbiose.

A Constituição Federal implementa tratamento igualitário aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, consoante se extrai de seu artigo 5º, assegurando a estes a possibilidade de acesso às políticas públicas existentes no Brasil. Lado outro, a Lei 9.474/97, a qual se caracteriza pelo

14 ACNUR: *Protegendo refugiados no Brasil e no mundo*. Disponível em: <http://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Protegendo-Refugiados-no-Brasil-e-no-mundo_ACNUR-2018.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2018.

compromisso do Brasil com a causa humanitária do refúgio, impõe a nossa república a necessidade de efetivar esses direitos, impondo a implementação de políticas públicas para a integração dos refugiados.

A elaboração de políticas públicas voltadas a assistência e integração dos refugiados são imprescindíveis para assegurar-lhes o acesso aos direitos fundamentais, sociais e culturais, em especial no que se refere ao direito ao trabalho, saúde e educação. Neste contexto torna-se de suma importância o amparo constitucional proporcionado pelo artigo 203 da Constituição da República de 1988, que afirma que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição, tendo como objetivo a proteção da família, a promoção da integração à vida comunitária e ao mercado de trabalho. Nesse contexto, importante frisar que o Supremo Tribunal Federal em recente decisão (2017)¹⁵ definiu que os imigrantes residentes no país poderão ter concedido em seu favor o Benefício de Prestação Continuada previsto no artigo 203, inciso V, da Constituição da República de 1988, preenchidos os requisitos do artigo 20 da Lei 8742/93.

Nesse contexto, salienta-se a importância de dar concretude ao comando normativo dos artigos 43 e 44 da Lei 9474/97, os quais no intuito de promover a integração local dos refugiados, impõe que se considere a situação desfavorável vivenciada por estas pessoas, a fim de mitigar os procedimentos burocráticos no acesso a documentos necessários ao exercício de seus direitos em território nacional.

Consoante afirma Raimundo Seixas, fica evidente o descompasso entre a prática vivenciada pelos refugiados e o discurso político em torno da questão¹⁶. Ao utilizar a idéia hobbesiana de soberania e contrapô-la à visão da hospitalidade em Derrida, “o autor demonstra que as contradições

15 STF. RE 587.970

16 SEIXAS, Raimundo J.S. *Soberania hobbesiana e hospitalidade em Derrida: estudo ao caso da política migratória federal para o fluxo de haitianos pelo Acre*. Dissertação de mestrado. UNIEURO. Brasília, 2014. [...] Segundo o autor “essa dimensão política derivada dessa relação ontológica carrega diálogo importante com a soberania. Ela aponta as possibilidades de o Estado, como ente soberano, relacionar-se com o estrangeiro sob o prisma da hospitalidade. Indica possíveis caminhos de superação da soberania hobbesiana”. [...] “Derrida também estabelece a ligação dessa experiência de alteridade do outro com a hospitalidade: “A essência do que é, ou antes, do que se abre assim para além do ser, é a hospitalidade” (Derrida, 2013: 65). Afinal, para o autor, hospitalidade aparece como materialidade da ética primeira no momento desse encontro de rostos. Parece ser o acolhimento instantâneo, a marca do outro indelével na ipseidade do sujeito que o acolhe positivamente”. [...] “Em síntese, Derrida (2013) substituiu o medo hobbesiano do estrangeiro pelo acolhimento do rosto, como próximo, “enquanto homem e irmão”. De besta, lobo ou coioote, o estrangeiro, no âmbito da hospitalidade primeira, passa a ser o amigo, o irmão, o familiar. Então, o assassinio e a violência são afastados do momento do encontro com o estrangeiro pela hipótese derridariana. Essa conduta ética é o que deve pautar a posição do Estado soberano em relação ao estrangeiro na visão de Derrida. O autor avança esse debate sobre a hospitalidade que o Estado deve conferir ao estrangeiro. Ele coloca a hospitalidade como parâmetro ético, mas que deve dialogar com o direito e com a política”.

entre o que chama de hospitalidade primeira e hospitalidade documental, levam a situações de vulnerabilidade dos imigrantes que, mesmo quando atendidos, não conseguem obter o acolhimento adequado, pois lhes é negado ou dificultado por longo período de tempo, o acesso à documentação e ao acolhimento esperado.¹⁷

Destarte, a legislação já existente objetivando a dinamização do acesso a documentos e direitos sociais tem de ser observada, a fim de evitar ambiguidades. Para tanto, faz-se necessário melhor estipular e definir as ações governamentais em sede de políticas públicas voltadas para o atendimento dos refugiados, pois do ponto de vista jurídico já temos normas que possibilitam as ações governamentais necessárias.

Além de maior agilidade na concessão e regularização dos documentos dos refugiados e da implementação de benefícios assistenciais em seu favor, torna-se de extrema importância a eliminação de barreiras instaladas pela língua, sendo de todo necessário um processo de integração local, de cunho educacional e profissional, a fim de possibilitar sua inserção no mercado de trabalho com a consequente independência para prover a manutenção própria e de sua família.

Assim, entendemos que a assistência humanitária reserva-se a proporcionar um alívio temporário ao refugiado, que deve ser aliada a políticas públicas de reintegração e absorção social, através de programas educacionais e de qualificação técnica. A dependência indefinida de assistência humanitária não é desejada, seja por fatores emocionais e psicológicos do refugiado, seja por questões financeiras ligadas a escassez de recursos financeiros por parte do Estado.

No Distrito Federal, São Paulo, Rio de Janeiro e Porto Alegre, o Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (PRONATEC), em 2016, começou a oferecer o curso de língua portuguesa e cultura brasileira. O curso é resultado do pacto firmado pelo Ministério da Justiça e Cidadania por meio do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) com o Ministério da Educação. No primeiro ano de 2016, foram ofertadas 40 vagas pelo Instituto Federal de Brasília (IFB), 200 vagas em São Paulo, 70 vagas no Rio de Janeiro e 50 em Porto Alegre. As aulas têm por finalidade proporcionar o aprendizado da língua e da cultura brasileira, aos solicitantes de refúgio e refugiados. O PRONATEC fornece, além

17 FERNANDES, Durval; GOMES DE CASTRO, Maria da Consolação; MILESI, Rosita. *O fluxo de imigração recente para o Brasil e a política governamental: os sinais de ambiguidade*. Notas preliminares. Disponível em: <http://www.migrante.org.br/components/com_booklibrary/ebooks/caderno-debates-9.pdf>. Acesso em: 04 set. 2018.

das aulas gratuitas, um auxílio ao estudante para custear alimentação e transporte, de acordo com os critérios e valores da unidade ofertante.¹⁸

O Instituto Federal no Rio Grande do Sul - IFRS oferece o curso: “Português como Língua Adicional”, voltado aos refugiados e imigrantes. Com três módulos de 30 horas, sem custos, e totalmente EAD, via sua estrutura Moodle, o curso apresenta básico da língua portuguesa para aqueles que não podem se deslocar, mas tem acesso a um computador.

Em nível de educação superior, a Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) lançou, por meio de edital, um programa de acesso à formação técnica, tecnológica e superior voltado para esse público, em que 5% das vagas serão direcionadas para estudantes imigrantes e refugiados a partir do primeiro semestre letivo de 2017. Serão admitidos imigrantes ou refugiados que tenham concluído o ensino médio ou equivalente no país onde residiam, tenham sido impossibilitados de dar continuidade ao ensino técnico ou superior pelo motivo de imigração ou que já tenham concluído os estudos equivalentes e não tenham interesse na revalidação do diploma.¹⁹

Conforme artigo publicado no sítio eletrônico da Organização das Nações Unidas no Brasil²⁰, a estruturação de soluções duradouras por meio políticas públicas é a garantia da implementação de medidas que garantam uma inserção efetiva do refugiado no seu novo local de moradia. De acordo com a Chefe de gabinete do Estado, Juliana Armede, praticamente todos os refugiados que chegam a São Paulo vieram de outras áreas urbanas, e buscam na cidade o ambiente para reconstruir suas vidas. São Paulo é a cidade brasileira onde vive a maior parte da população migrante e refugiada no país. São cerca de 385 mil pessoas, segundo dados da Secretaria de Direitos Humanos e Cidadania do município.

“A cidade de São Paulo tem cada vez mais se consolidado como uma cidade solidária à acolhida de pessoas migrantes e refugiadas, demonstrando através de diversas ações seu compromisso e solidariedade com a proteção dos refugiados e os direitos humanos das pessoas imigrantes”, afirma a representante da Agência da ONU para Refugiados (ACNUR) no Brasil, Isabel Marquez.

O Plano de Ação do Brasil, adotado em 2014 por todos os países da América Latina e do Caribe em comemoração ao 30º Aniversário da

18 BUSKO, D. Políticas públicas educacionais para imigrantes e refugiados no Rio Grande do Sul. *Jornal de Políticas Educacionais*. V. 11, n. 22. Dezembro de 2017.

19 Idem.

20 ONU. *Prefeitura de SP apresenta políticas de inclusão e integração de migrantes e refugiados*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/prefeitura-de-sp-apresenta-politicas-de-inclusao-e-integracao-de-migrantes-e-refugiados>. Acesso em: 04 set. 2018.

Declaração de Cartagena sobre Refugiados, ressalta o papel fundamental das autoridades municipais na adoção de políticas públicas que promovam a integração local dos refugiados.

4 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA REFUGIADOS: SERIA ESSE O CAMINHO A SEGUIR?

Sob a ótica neo-institucionalista²¹ as possibilidades da escolha estratégica são determinadas de forma decisiva pelas estruturas político-institucionais, inclusive a capacidade dos atores políticos de modificar essas estruturas de acordo com suas estratégias, devendo estas abordagens ser efetuadas de acordo com três pilares básicos²²: o primeiro diz respeito ao sistema político clássico no qual se questiona sobre a ordem política real e verdadeira, sobre o que é um bom governo e qual o melhor estado para se garantir as maiores virtudes da comunidade;²³ o segundo refere-se ao questionamento político propriamente dito, que se refere à análise das

21 "É mister lembrar que instituições servem não apenas para a satisfação de necessidades humanas e para a estruturação de interações sociais, mas ao mesmo tempo determinam posições de poder, eliminam possibilidades de ação, abrem chances sociais de liberdade e erguem barreiras para a liberdade individual. [Waschkuhn, 1994, p. 188 f]. A institucionalização implica, portanto, custos graves, porque ela não representa somente a exclusão de muitas vozes, mas também o pesadelo da burocratização e das contrariedades que essa acarreta consigo [O'Donnell, 1991, p. 30]. Instituições não são somente um reflexo de necessidades individuais ou sociais. Instituições políticas são padrões regularizados de interação, conhecidos, praticados e em geral reconhecidos e aceitos pelos atores sociais, se bem que não necessariamente por eles aprovados. Logo, são produto de processos políticos de negociação antecedente, refletem as relações de poder existentes e podem ter efeitos decisivos para o processo político e seus resultados materiais [Prittwitz, 1994, p. 239]. É esse o ponto de partida do neo-institucionalismo que tematiza os pressupostos político-institucionais dos processos de decisão política. Entretanto, o neo-institucionalismo não desenvolve uma macroteoria de instituições políticas - como pretendem Parsons ou Luhmann com sua teoria dos sistemas - mas salienta apenas a importância do fator institucional para a explicação de acontecimentos políticos concretos. O neo-institucionalismo remete não somente às limitações de racionalidade do processo de decisão como consequência de uma falta ou de um excesso de informações, mas salienta a existência de regras gerais e entendimentos fundamentais que prevalecem em cada sociedade e que exerceriam uma influência decisiva sobre as interpretações e o próprio agir das pessoas. De acordo com March/Olson (1995, p. 7), a perspectiva institucional é criada em torno de idéias de identidades e de concepções do comportamento apropriado, contrapondo-se à perspectiva de troca que é constituída em torno de idéias de formação de coalizões e de uma troca voluntária entre atores políticos impulsionados pelo interesse próprio." APUD FREY, Klaus. *Políticas Públicas*: Um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. Extraído do segundo capítulo da tese de doutorado (Frey, 1997) sobre as políticas ambientais dos municípios de Santos e Curitiba. UFSC. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/89/158>>.

22 FREY, Klaus. *Políticas Públicas*: Um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. Extraído do segundo capítulo da tese de doutorado (Frey, 1997) sobre as políticas ambientais dos municípios de Santos e Curitiba. UFSC. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/89/158>>.

23 Eram as preocupações principais dos teóricos clássicos, como Platão e Aristóteles.

forças cruciais no processo decisório e o terceiro refere-se ao resultado que um sistema decisório vem produzindo.²⁴

Ao se tratar do tema políticas públicas no cenário político institucional brasileiro, verifica-se uma crescente tendência à judicialização das referidas questões, ora por haver omissão total do Estado em relação a comandos constitucionais asseguradores de direitos fundamentais, ora pela omissão parcial na observância dos referidos comandos e, por fim, pela própria ineficácia das estruturas/instituições designadas pela lei como responsáveis pela implementação das referidas políticas públicas.²⁵

Em face da discricionariedade outorgada ao administrador público para estabelecer as premissas e as diretrizes dos programas sociais de promoção do bem estar da população, acaba-se por segregar os beneficiários de acordo com o caráter seletivo e universal que se deve atribuir à execução destas políticas públicas, fato que também ocasionará o aumento da litigiosidade dos referidos programas sociais, objetivando a inclusão de cidadãos que, em face da objetivação dos critérios de seleção adotados por esses programas, ficaram excluídos de seu alcance e alegam injustiça na forma de execução da atuação estatal.²⁶

Verifica-se, pois, um problema relacionado com a implementação e a eficácia desses direitos à obtenção de prestações positivas por parte do Estado, visto que a referida prestação decorre de direitos que não são referenciados em recursos finitos e, na maioria das vezes, sua disposição exige

24 Esses pilares irão trazer a sustentação necessária para a correta compreensão da "policy analysis," através da empiria e da prática política, segundo Klaus Frey. Para o referido autor, "A concepção da "policy analysis" parece, em princípio, apropriada para a análise de políticas públicas no contexto da realidade brasileira, porém é imprescindível uma adaptação da abordagem às particularidades da situação política e institucional do País, além de mostrar as próprias limitações da proposta em questão. A "policy analysis" tradicional pressupõe, na verdade, que a variável sistema político, isto é, a estrutura institucional do sistema político-administrativo, deve ser constante e conhecida nas suas características e princípios básicos. Como bem lembra Couto, em um estudo sobre o processo de reforma do Estado no contexto da transição democrática no Brasil, torna-se difícil aplicar ao processo político transicional os mesmos modelos de análise utilizados para a compreensão de estruturas já consolidadas. [Couto, 1998, p. 55]. Além disso, a realização de estudos sobre a dimensão material de políticas públicas pressupõe um conhecimento geral dos processos de resolução de problemas, porque só no caso de um conhecimento suficiente tanto das instituições quanto dos processos político-administrativos é que estes podem servir como quadro de referência para a análise de cada campo de política." C.f. FREY, Klaus. *Políticas Públicas: Um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil*. Extraído do segundo capítulo da tese de doutorado (Frey, 1997) sobre as políticas ambientais dos municípios de Santos e Curitiba. UFSC. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/89/158>>.

25 É inegável a gravidade, sob o ponto de vista jurídico e político, desta omissão estatal violadora de direitos fundamentais assegurados constitucionalmente. A não concretização dos referidos preceitos constitucionais leva o Estado a incidir em inconstitucionalidade por omissão, conforme será abordado com maior profundidade nas páginas seguintes.

26 É freqüente a utilização das vias judiciais por parte de determinados cidadãos com o fito de conseguir o custeio por parte do estado de determinado medicamento ou mesmo tratamento cirúrgico no exterior que não é ofertado pelos programas sociais já devidamente implementados a título de políticas públicas na área da saúde.

uma tomada de decisão e escolha de quais valores e bens serão distribuídos e quais serão sacrificados.²⁷ Nessa seara a doutrina constitucionalista passou a reafirmar como critério fundamental na solução desses casos difíceis a doutrina da reserva do possível²⁸ (*Vorbehalt des Möglichen*), de modo a atuar como limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais a prestações positivas. Importante mencionar as considerações de Ana Paula de Barcelos²⁹ sobre o tema, ao afirmar que “a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar [...] não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública.”

Surge, então, a tormentosa questão de saber se é possível exigir do Estado, diante do cenário cada vez maior de ingresso de refugiados no Brasil, algumas espécies de direitos fundamentais como se fossem verdadeiros direitos subjetivos, passíveis de suportar uma demanda judicial capaz de atuar em concreto realizando o direito pretendido em face da omissão estatal em relação aos problemas sociais decorrentes do fluxo migratório.³⁰

Consoante se infere da Ação Cível Originária nº 3121/RR em trâmite no Supremo Tribunal Federal, o Estado de Roraima ajuizou ação em face da União objetivando, dentre outras providências, a atuação em áreas de fronteira objetivando o fechamento temporário da fronteira do Brasil com a Venezuela, limitando o tráfego de imigrantes. Na referida ação, que teve a antecipação de tutela dos pedidos indeferida pelo STF, o Ministério da Defesa informou que a União tem realizado ações de interiorização dos refugiados juntamente com a Força-Tarefa Logística Humanitária Roraima, já tendo adotado ações de interiorização dos refugiados, já tendo sido efetuado o transporte de imigrantes para outros Estados da Federação, nas seguintes datas: 5 de abril de 2018, 104 imigrantes para São Paulo; 6 de abril de 2018, 161 imigrantes (66 para Cuiabá e 95 para São Paulo);

27 C.f. CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito. Uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 170.

28 Limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais a prestações, tendo por origem a doutrina constitucionalista alemã. Pode ser de ordem fática (falta de recursos) ou jurídica (orçamentária).

29 BARCELOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

30 Cite-se, a título de exemplo, o decreto 25.861 do Estado de Roraima que, sob a justificativa de que o fluxo migratório de venezuelanos tem causado impactos no Estado, restringiu o atendimento aos refugiados a serviços públicos de saúde, segurança, trabalho e bem estar social. Em resposta ao referido decreto e a ações judiciais intentadas em face da referida situação, a Justiça Federal do Estado de Roraima expediu liminar suspendendo o ingresso e admissão de imigrantes venezuelanos no Brasil. Decisão que foi cassada pelos Supremo Tribunal Federal, a pedido da Advocacia-Geral da União.

4 de maio de 2018, 233 imigrantes (68 São Paulo e 165 Manaus); e 15 de maio de 2018, 29 migrantes para Cuiabá.

Sob o aspecto normativo, o procedimento de interiorização é reconhecido pelo Estado brasileiro como medida de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente do fluxo migratório provocado por crise humanitária, conforme o art. 5º, X, da Lei nº 13.684/2018. Consoante o referido dispositivo legal objetivava-se a ampliação das políticas públicas de mobilidade, contempladas pela distribuição e a interiorização no território nacional das pessoas em estado de vulnerabilidade.

Veja-se que o tema da judicialização de políticas públicas está envolvendo ações relacionadas a questões migratórias. Na questão em tela, decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF) pelo indeferimento do pedido de fechamento temporário da fronteira do Estado de Roraima com a Venezuela, sob o fundamento de que a União, no exercício de sua competência privativa para legislar sobre emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros, prevista no art. 22, inciso XV da CR/88, editou a Lei nº 13.445/2017 (Lei de Migração), que “afirma, entre os princípios e diretrizes da política migratória brasileira, a universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos (art. 3º, I), a acolhida humanitária (art. 3º, VI), o fortalecimento da integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, mediante constituição de espaços de cidadania e de livre circulação de pessoas (art. 3º, XIV) e a cooperação internacional com Estados de origem, de trânsito e de destino de movimentos migratórios, a fim de garantir efetiva proteção aos direitos humanos do migrante (art. 3º, XV).

Consoante voto proferido pelo Relator da ACO 3121 em trâmite no STF, o art. 45, parágrafo único, da Lei nº 13.445/2017 é categórico, ainda, ao assegurar que “ninguém será impedido de ingressar no País por motivo de raça, religião, nacionalidade, pertinência a grupo social ou opinião política”. Como se vê, ao delinear a feição da política migratória brasileira, o marco legal vigente confere densidade à prevalência dos direitos humanos e à cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, princípios segundo os quais a Constituição determina expressamente, no art. 4º, II e IX, devem ser regidas as relações internacionais da República Federativa do Brasil.³¹

Verifica-se, a priori, que a implementação das políticas públicas para refugiados da Venezuela amolda-se àquelas situações em que o comando constitucional instituidor de determinada política pública foi efetivamente cumprido pelo legislador e executado de forma plena pelo administrador

31 ACO 3121 TP / RR – RORAIMA – Relatora Min. Rosa Weber. DJe-160 DIVULG 07/08/2018

público. Neste cenário cremos que não haverá espaço para a judicialização da questão, como acertadamente deliberou o STF na ACO 3121, até mesmo porque não se vislumbrou omissão ou ineficiência do Estado, mas, ao contrário, o ente público adotou as medidas executivas necessárias ao acolhimento e interiorização dos refugiados, restando atendido os pressupostos para a regular fruição do serviço público³²

Para se admitir a atuação judicial, necessário a verificação de situações em que o comando constitucional instituidor de determinada política pública não foi atendido pelo legislador e pelo administrador público, bem como àquelas situações em que, apesar de formalmente atendido, materialmente verifica-se incompatibilidade com o texto constitucional. Aqui resta diferenciar a espécie do comando normativo constitucional que assegura o referido direito prestacional positivo, ou seja, se trata-se de norma constitucional de eficácia plena ou de norma constitucional de eficácia limitada. A primeira, como adverte a doutrina, não necessita de lei infraconstitucional para ser aplicada, ao contrário da segunda, que exige uma ação do Poder Legislativo no intuito de se implementar o disposto na constituição, através da edição de legislação infraconstitucional.

Quando se tratar de norma de eficácia plena e se verificar a omissão estatal em implementá-la, entendemos estar justificada a atuação jurisdicional ao determinar sua implementação, isto porque, nessa hipótese, não haverá substituição das funções legislativas pelo magistrado, eis que o texto constitucional já contém comando normativo suficiente para permitir a sua implementação. Deveras, nesta hipótese, o magistrado não estará atuando como legislador, mas sim como garantidor da força normativa da Constituição, conforme preconiza Konrad Hesse.³³ Estará o magistrado emitindo comando para que se implemente determinado direito cuja discricionariedade na elaboração da norma já foi objeto de avaliação pelo próprio Constituinte. Quando se tratar de norma de eficácia limitada e se verificar a omissão estatal em implementá-la, entendemos que a atuação do Poder Judiciário se justificará apenas nas hipóteses em que restar caracterizado o denominado mínimo existencial³⁴.

32 O Ministério da Defesa informou que a União tem realizado ações de interiorização dos refugiados juntamente com a Força-Tarefa Logística Humanitária Roraima, já tendo adotado ações de interiorização dos refugiados, já tendo sido efetuado o transporte de imigrantes para outros Estados da Federação, nas seguintes datas: 5 de abril de 2018, 104 imigrantes para São Paulo; 6 de abril de 2018, 161 imigrantes (66 para Cuiabá e 95 para São Paulo); 4 de maio de 2018, 233 imigrantes (68 São Paulo e 165 Manaus); e 15 de maio de 2018, 29 migrantes para Cuiabá

33 HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991.

34 C.f. FACHIN, Luiz Édson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.232. Em certa medida, a elevação protetiva conferida pela Constituição à propriedade privada pode, também, comportar tutela do patrimônio mínimo, vale dizer, sendo regra de base desse sistema a garantia ao direito

Destarte, podemos concluir, sob o prisma legal, que para além desse mínimo existencial fundamental à dignidade da pessoa humana não há o dever do Estado em realizar prestações positivas e envolver recursos coletivos, mesmo em se tratando de implementação de políticas públicas para refugiados.

Isso porque as normas de eficácia limitada seriam aquelas nas quais o constituinte traçou apenas um desenho geral de competências, atribuições e poderes para que o legislador infraconstitucional determine o preenchimento de sentido conforme as condições de seu contexto histórico. Nesse diapasão, a eficácia positiva deve ser determinada em função da discricionariedade administrativa e da reserva do possível.

Não se afigura legítimo, pois, a atuação judicial substituindo o Poder Legislativo quando se tratar de normas programáticas que não envolvam o mínimo existencial, devendo o judiciário adotar uma postura de *self restraint* (autocontenção) em sua forma de atuação.

5 CONCLUSÃO

Como visto no decorrer dos tópicos anteriores, é evidente a situação de vulnerabilidade dos refugiados. A temática extrapola os limites de uma solução a ser encontrada no campo eminentemente jurídico, perpassando necessariamente pelo campo político e social. Os problemas vivenciados pela comunidade internacional impõe-nos uma reflexão que extravasa os limites geográficos e jurisdicionais existentes *a priori*.

Juridicamente verificamos no texto constitucional brasileiro um dever do ente federado em acolher aqueles que atravessam nossas fronteiras buscando o refúgio, adotando as medidas administrativas necessárias para melhor solucionar sua situação nos termos da legislação infraconstitucional, a qual estabelece certos parâmetros objetivos que fundamentarão o pedido formulado aos órgãos brasileiros competentes.

Não obstante a conclusão de que em sede legislativa os diplomas normativos brasileiros que cuidam do tema estejam em consonância com as melhores práticas internacionais a serem adotadas nas referidas situações de refúgio, as medidas executivas que serão implementadas para a reintegração dos refugiados devem estar em consonância com os planos de gestão da Administração Pública, de forma a materializar todo rol de garantias legais atribuídas aos refugiados.

de propriedade não é incoerente, pois, que nele se garanta um mínimo patrimonial. Sob o estatuto da propriedade agasalha-se, também, a defesa dos bens indispensáveis à subsistência. No mesmo sentido vide TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro:Renovar, 2009. Segundo o autor, "há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas."

A escolha dos projetos de materialização das referidas políticas públicas caberá ao Poder Executivo, que dispõe originariamente de competência constitucional e legitimidade jurídica para, sob critérios técnicos e econômicos, viabilizar os modelos que entende mais adequados ao tratamento da situação. A escolha das prioridades deve ser fruto de uma escolha racional efetuada pelo administrador público, sempre pautado pelo interesse público.

A discussão judicial das políticas públicas implementadas só torna legítima quando se verificar a sua incompatibilidade com o texto constitucional, visto que, nas demais hipóteses, haveria ilegítima substituição pelo magistrado das competências constitucionais outorgadas ao legislador e ao administrador público. Essa noção de política pública revela uma hipótese de auto-sujeição em que o Estado, por vontade própria (emanada do próprio estado legislador), é alçado à condição de garantidor de certas atividades materiais de cunho prestacional (geralmente serviços públicos) que são elaboradas através de planos de governo pautados na lei, mediante uma escolha discricionária do administrador público (no que tange a forma de atuação) que deve ser realizada observando-se o caráter universal e seletivo das políticas públicas disponibilizadas à coletividade.

REFERÊNCIAS

ACNUR: *Protegendo refugiados no Brasil e no mundo*. Disponível em: <http://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Protegendo-Refugiados-no-Brasil-e-no-mundo_ACNUR-2018.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2018

BARCELOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. *Sítio Oficial do Governo do Brasil*. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2017/05/confira-as-principais-mudancas-trazidas-pela-lei-de-migracao>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Diferença entre asilo e refúgio*. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/entenda-as-diferencas-entre-refugio-e-asilo>. Acesso em: 24 ago. 2018.

CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito. Uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

FACHIN, Luiz Édson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

FREY, Klaus. *Políticas Públicas: Um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil*. Extraído do segundo capítulo da tese de doutorado (Frey, 1997) sobre as políticas ambientais dos municípios de Santos e Curitiba. UFSC. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/89/158>>.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. Ed. JusPodivm.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional público*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOARES, Carina de Oliveira. *A extradição e o princípio de não-devolução (non-refoulement) no direito internacional dos refugiados*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9429>. Acesso em 25 ago. 2018.

TELES. Luiz Paulo Ferreira Barreto. *Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas*. 1. ed. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010.

UNHCR. *Global Trends, Forced Displacement 2016* (UNHCR, 19 de junho de 2017). Disponível em: <<http://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/5943e8a34/global-trends-forced-displacement-2016> >. Acesso em: 24 ago. 2018.

O REENVIO PREJUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO COMUNITÁRIO NA UNIÃO EUROPEIA

THE PRELIMINARY RULING AS AN INSTRUMENT FOR THE EFFECTIVENESS OF COMMUNITY LAW IN THE EUROPEAN UNION

Camila Lorena Lordelo Santana Medrado

*Advogada da União, Especialista em Direito Processual pela UNISUL,
Coordenadora-Geral para Assuntos Administrativos da Consultoria Jurídica do
Ministério da Educação*

Emmanuel Felipe Borges Pereira Santos

*Advogado da União, Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto
Brasiliense de Direito Público – IDP, Consultor Jurídico do Ministério da Educação*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Sobre o reenvio prejudicial – características e particularidades; 2 O processo de criação de princípios próprios do direito comunitário; 3 O emblemático o Acórdão Eugen Schmidberger; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo analisa as principais características do “reenvio prejudicial” e a atuação do Tribunal de Justiça da União Europeia como órgão impulsionador e criador dos princípios norteadores do direito comunitário e o seu importante papel na uniformização da aplicação das normas comunitárias pelos Estados-Membros. Algumas decisões proferidas em sede de reenvio prejudicial tornaram-se paradigmas para a interpretação e aplicação do direito comunitário, tal como o Acórdão Eugen Schmidberger, proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, em 12 de junho de 2003, no âmbito do processo C-112/00, ao aplicar o princípio da proporcionalidade para conciliação das exigências de proteção às liberdades de expressão e de reunião, garantidas pelos artigos 10º e 11º da CEDH, com as exigências de proteção à livre circulação de mercadorias consagrada pelo TCE.

PALAVRAS-CHAVE: Reenvio Prejudicial. Tribunal de Justiça da União Europeia. Princípios do Direito Comunitário. Paradigmas. Acórdão Eugen Schmidberger.

ABSTRACT: This article examines the main features of the “preliminary ruling” and the role of the Court of Justice of the European Union as the driving force and as the creator of the guiding principles of Community law and its important role in standardizing the application of Community rules beneath the Member States. Some of the decisions taken on instance of preliminary ruling have become paradigms for the interpretation and application of Community law, such as the Eugen Schmidberger judgment delivered on 12 June 2003 by the Court of Justice of the European Union in Case C- 112/00 by applying the principle of proportionality in order to reconcile the protection requirements to the freedoms of expression and assembly guaranteed by Articles 10 and 11 of the ECHR with the requirements of the protection of the free movement of goods enshrined in the EC Treaty.

KEYWORDS: Preliminary Ruling. Court of Justice of the European Union. Principles of Community Law. Paradigms. Eugen Schmidberger Judgement.

INTRODUÇÃO

O Direito comunitário nasceu com o Segunda Guerra Mundial, como um consectário da necessidade de reconstrução da Europa, ocasião histórica em que se propuseram os Estados a deixarem a segundo plano os revanchismos e antagonismos políticos até então presentes entre eles mediante a adesão a uma ideologia de cooperação mútua.

O processo de comunitarização do direito europeu veio da assinatura de instrumentos denominados tratados comunitários, os quais não se confundem com os tradicionais tratados internacionais do Direito Internacional Público. O objetivo daqueles primeiros consiste na efetiva construção de um ordenamento jurídico internacional.

Muito embora permaneçam titulares de sua respectiva soberania, os Estados-Membros sujeitam-se às normas do direito comunitário na condição de ordenamento jurídico supranacional, o qual, inclusive, não depende de prévia aprovação pelos mecanismos internos para sua plena eficácia e aplicabilidade.

Nesse sentido, pode-se considerar que o ordenamento jurídico da União Europeia é formado pelo sistema de normas de cada Estado-Membro, denominado direito nacional, e pelo sistema de normas da União, denominado direito comunitário, o qual possui princípios próprios, tais como o princípio da aplicabilidade direta, o princípio do primado e o efeito direto das normas comunitárias, os quais serão mais adiante abordados com melhor detalhamento.

Em sua atuação, os tribunais nacionais possuem competência para aplicar tanto o direito nacional quanto o direito comunitário, devendo, neste último caso, respeitar os seus princípios basilares e aplicar as suas normas, ainda que em detrimento das normas nacionais.

Diante deste panorama, o Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE possui a importante função de harmonização do direito comunitário, impedindo divergências jurisprudenciais entre os tribunais nacionais de cada Estado-Membro ao aplicar as normas de direito comunitário no caso concreto.

1 SOBRE O REENVIO PREJUDICIAL – CARACTERÍSTICAS E PARTICULARIDADES

Um dos mecanismos que possibilitam esta atuação do Tribunal de Justiça da União Europeia é o reenvio prejudicial, previsto no artigo 267º do Tratado de Funcionamento da União Europeia – TFUE, nos seguintes termos:

Artigo 267º

O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial:

- a) Sobre a interpretação dos Tratados
- b) Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos e organismos da União.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre esta questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal.

Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível.

Em síntese, o tribunal nacional, ao julgar uma lide que envolva norma de direito comunitário cuja resolução se torne necessária para o julgamento do caso, possui a faculdade de suspender o processo e submeter a questão prejudicial à apreciação do Tribunal de Justiça da União Europeia, para que este se pronuncie acerca da interpretação ou validade da referida norma para a sua aplicação no caso concreto.

Por outro lado, tratando-se de lide cuja solução exija a aplicação de norma de direito comunitário e que tramite perante um tribunal nacional cujas decisões são irrecorríveis, por se tratar de última instância judiciária, a submissão da questão prejudicial ao Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia é imperativa.

Note-se que não se trata de dupla instância de julgamento, pois não há hierarquia entre estes órgãos, mas sim um sistema de cooperação para assegurar a uniformização na aplicação do direito comunitário. Deste modo, a decisão acerca da questão prejudicial vincula o tribunal nacional de reenvio e os demais órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros, competindo-lhes

aplicar o direito comunitário no caso concreto de acordo com as diretrizes dispostas no acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia.

2 O PROCESSO DE CRIAÇÃO DE PRINCÍPIOS PRÓPRIOS DO DIREITO COMUNITÁRIO

O Tribunal de Justiça da União Europeia é impulsionador e criador de diversos princípios do direito comunitário. Em sua primordial função, algumas decisões proferidas em sede de reenvio prejudicial tornaram-se paradigmas para a interpretação e aplicação do direito comunitário.

No Acórdão Van Gend en Loos, de 05 de fevereiro de 1963, cuja lide consistia no conflito entre o ordenamento jurídico dos Países Baixos e o Tratado de Roma em matéria aduaneira, o TJUE estabeleceu o princípio do efeito direto do Direito da União Europeia nos sistemas jurídicos nacionais. Segundo esse princípio, o direito comunitário é norma cogente não apenas para os Estados-Membros nas relações entre si, mas também para os cidadãos, aos quais é conferido valerem-se tanto das regras do direito nacional quanto daquelas do direito comunitário em face do Estado e dos demais particulares. Portanto, com fundamento no princípio do efeito direto, os particulares podem invocar diretamente normas comunitárias perante jurisdições nacionais.

O princípio da primazia do direito comunitário foi instituído pelo TJUE no Acórdão Costa/ENEL de 15 de Julho de 1964, na análise da aplicação da lei italiana de nacionalização da energia elétrica, denunciada como incompatível com o Tratado da Comunidade Europeia, ao concluir que a ordem jurídica própria instituída pelo Tratado da Comunidade Europeia se impõe às jurisdições nacionais. Portanto, pelo princípio do primado do direito da União Europeia, se uma norma interna de um Estado-Membro estiver em conflito com uma norma comunitária, esta última deve prevalecer, em abono à necessidade de uniformização e harmonização do direito comunitário.

Há de se destacar, ainda, que a responsabilidade civil dos Estados-Membros em relação aos particulares pela violação do direito comunitário foi inaugurada pelo Acórdão Francovich E O., de 19 de novembro de 1991.

3 O EMBLEMÁTICO O ACÓRDÃO EUGEN SCHMIDBERGER

Nessa seara, o Acórdão Eugen Schmidberger, proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, em 12 de junho de 2003, no âmbito do processo C-112/00, configura notável orientação jurisprudencial ao aplicar o princípio da proporcionalidade para conciliação das exigências da proteção

dos direitos fundamentais e reconhecer que a proteção destes direitos constitui um interesse legítimo que justifica em princípio, a restrição de uma liberdade fundamental garantida pela Tratado da Comunidade Europeia, como a livre circulação de mercadorias.

No caso em questão, a empresa Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge, estabelecida na Alemanha, possuía como atividade econômica principal o transporte de madeira e aço entre a Alemanha e a Itália e, para tanto, os seus caminhões utilizavam a auto-estrada de Brenner, na Áustria.

Em razão da manifestação organizada pela associação de proteção ambiental Transitforum Austria Tirol, que teve como objetivo sensibilizar a opinião pública para o aumento da poluição resultante do aumento do tráfego rodoviário na auto-estrada de Brenner e apelar às autoridades austríacas que adotassem medidas de proteção ambiental, a referida estrada ficou bloqueada para a circulação de veículos por cerca de 30 horas, entre os dias 12 e 13 de junho de 1998.

Alegando prejuízos decorrentes da referida manifestação, uma vez que cinco dos seus caminhões ficaram impossibilitados de utilizar a auto-estrada de Brenner durante quatro dias consecutivos (dias da manifestação, dia anterior e dois dias posteriores), a Schmidberger propôs ação perante o tribunal austríaco visando a condenação da República da Áustria ao pagamento de uma indenização de 140.000 Schillings austríacos (ATS) a título de perdas e danos.

Argumentou a empresa que a não proibição da manifestação e a não intervenção das autoridades austríacas para impedir o corte deste eixo rodoviário constituíram um entrave à livre circulação de mercadorias que, não podendo ser justificado pelos direitos à liberdade de expressão e à liberdade de reunião das manifestantes, violou o direito comunitário, suscetível de desencadear a responsabilidade do Estado-Membro.

O Tribunal Landesgericht innsbruck julgou a ação improcedente, por não ter a empresa se desincumbido do ônus de provar o prejuízo financeiro invocado, exigência imposta pelo direito material austríaco, e por não ter cumprido o dever imposto pelo direito processual austríaco, de apresentar todos os fatos que constituem a causa de pedir e que são necessários para a solução do litígio.

Em sede recursal, o Tribunal Oberlandesgericht Innsbruck considerou que a solução do litígio necessitava da interpretação do direito comunitário e submeteu reenvio prejudicial à análise do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre a interpretação dos artigos 30.º, 34.º e 36.º do Tratado da Comunidade Europeia (atuais artigos 28.º, 29.º e 30.º do TCE), conjugados com o artigo 5.º do Tratado da Comunidade Europeia (atual artigo 10.º TCE), bem

como sobre as condições de responsabilidade de um Estado-Membro pelos prejuízos causados aos particulares pelas violações do direito comunitário.

O tribunal de reenvio encaminhou ao TJUE as seguintes questões prejudiciais:

- 1) Devem os princípios relativos à liberdade de circulação das mercadorias, na aceção dos artigos 28^o CE e seguintes (ex-artigo 30^o), ou outras disposições do direito comunitário ser interpretados no sentido de que um Estado-Membro está obrigado a manter, ilimitadamente ou pelo menos tanto quanto possível, em estado de circulação as estradas principais, isentando-as adequadamente de todas as limitações e impedimentos, em termos, nomeadamente, de não poder permitir uma manifestação de carácter político convocada para uma estrada ou, pelo menos, no sentido de esta manifestação dever ser posteriormente dissolvida, quando ou desde que tal manifestação pudesse ter sido efetuada, com publicidade comparável, fora da referida estrada?
- 2) O fato de as disposições legais de um Estado-Membro relativas ao direito de manifestação e à liberdade de manifestação não imporem, na ponderação entre a liberdade de manifestação e o interesse público, a consideração dos princípios do direito comunitário, em especial as liberdades fundamentais e, muito especialmente neste caso, as disposições sobre a livre circulação de mercadorias, representa — quando, em resultado de tal fato, uma manifestação de carácter político com a duração de 28 horas foi autorizada e efetuada e, em consequência, também por causa de uma proibição geral de circulação nos feriados já existente no país, foi impedida a circulação numa importante estrada da rede intracomunitária de transportes de mercadorias por quatro dias, com uma curta interrupção de poucas horas, em especial para a maior parte do trânsito de caminhões — uma violação do direito comunitário suficientemente grave para, na presença dos demais pressupostos, fundamentar a responsabilidade do Estado-Membro, de acordo com os princípios do direito comunitário?
- 3) A decisão de uma autoridade nacional, segundo a qual as disposições do direito comunitário, em especial as relativas à livre circulação de mercadorias e ao dever geral de colaboração e lealdade previsto no artigo 10^o CE (ex-artigo 5^o), não se opõem a

uma manifestação de natureza política com a duração de 28 horas — em razão da qual, também por causa de uma proibição geral de circulação nos feriados já existente no país, uma importante estrada da rede intracomunitária de transporte de mercadorias foi interrompida ao trânsito por quatro dias, com uma curta interrupção de poucas horas, em especial para a maior parte do trânsito de caminhões — de modo que tal manifestação não tinha que ser proibida, representa uma violação do direito comunitário suficientemente grave para, na presença dos demais pressupostos, fundamentar a responsabilidade do Estado-Membro, de acordo com os princípios do direito comunitário?

- 4) Deve a finalidade de uma manifestação de caráter político, autorizada pelas autoridades e destinada a obter um espaço vital saudável e a chamar a atenção para o perigo para a saúde da população que um trânsito permanente de caminhões representa, ser considerada mais importante do que as disposições do direito comunitário relativas à livre circulação de mercadorias na aceção do artigo 28º CE?
- 5) Existe um prejuízo que acarrete o direito a obter reparação do Estado quando o lesado, embora possa comprovar todos os pressupostos relativos à aquisição de um lucro — no presente caso, portanto, a possibilidade de efetuar transportes transfronteiriços de mercadorias por meio dos caminhões com que opera, os quais, porém, estiveram quatro dias parados em razão da manifestação que durou 28 horas — não pode comprovar a perda de qualquer transporte em concreto?
- 6) Para o caso de resposta negativa à questão 4):

Devem o dever de colaboração e lealdade que incide sobre as autoridades nacionais, em especial sobre os tribunais, na aceção do artigo 10º CE (ex-artigo 5º), e o princípio da eficácia ser tidos em conta no sentido de as normas do direito material ou processual que limitam a invocação de direitos fundados no direito comunitário, como, no caso, o direito a obter reparação do Estado, não deverem ser aplicadas até que se adquira uma clareza total sobre o conteúdo do direito baseado no direito comunitário, se necessário através de decisão do Tribunal de Justiça com base num pedido prejudicial?

Na análise destas questões, o Tribunal consignou, preliminarmente, que a livre circulação de mercadorias constitui um dos princípios fundamentais da Comunidade Europeia, concretizado pelos artigos 30º e 34º do Tratado da Comunidade Europeia. Ademais, o dever geral de colaboração de lealdade previsto no art. 5º do mencionado Tratado impõe que os Estados-Membros adotem todas as medidas gerais ou especiais capazes de assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes do Tratado e abstenha-se de tomar quaisquer medidas suscetíveis de pôr em perigo a realização dos seus objetivos.

Citando o Acórdão de 9 de dezembro de 1997, Comissão/França, C-265/95, ratificou que o artigo 30º do Tratado proíbe não apenas as medidas de origem estatal que, em si mesmas, criem restrições ao comércio entre os Estados-Membros, mas pode igualmente ser aplicado quando um Estado-Membro se abstém de tomar as medidas requeridas para fazer face a entraves à livre circulação de mercadorias devido a causas que não tenham origem estatal.

Ao analisar o caso concreto, considerou que o fato de as autoridades competentes da Áustria não terem proibido uma manifestação que levou ao corte total, durante cerca de 30 horas sem interrupção, da autoestrada de Brenner, é suscetível de restringir o comércio intracomunitário de mercadorias, constituindo uma medida de efeito equivalente a restrições quantitativas, em princípio incompatível com as obrigações do direito comunitário, a menos que a não proibição possa ser objetivamente justificada.

Ocorre que a referida manifestação obedeceu as normas nacionais e foi autorizada pelas autoridades austríacas em observância aos direitos fundamentais de liberdade de expressão e de liberdade de reunião, consagrados e garantidos pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem - CEDH e pela Constituição austríaca.

Assim, para a solução do litígio, entendeu que deveriam ser conciliadas as exigências de proteção às liberdades de expressão e de reunião, garantidas pelos artigos 10º e 11º da CEDH, com as exigências de proteção à livre circulação de mercadorias consagrada pelo TCE.

Nesse sentido, esclareceu que o princípio da livre circulação de mercadorias pode ser objeto de restrições por razões de moralidade pública, ordem pública e segurança pública, de proteção da saúde e da vida das pessoas e animais ou de preservação das plantas, de proteção do património nacional de valor artístico, histórico ou arqueológico, ou de proteção da propriedade industrial e comercial, tal como previsto no artigo 36º Tratado, ou por exigências imperativas, que dizem respeito à eficácia do controle fiscal, à proteção da saúde pública, à lealdade das transações comerciais e à defesa dos consumidores, conforme já decidido no Acórdão de 20 de fevereiro de 1979, Cassis de Dijon, Processo 120/78.

Do mesmo modo, o exercício dos direitos de liberdades de expressão e de reunião podem sofrer restrições justificadas por objetivos de interesse geral e proporcionais ao objetivo a ser alcançado, que não atente contra a própria substância dos direitos protegidos, conforme literalidade dos artigos 10º e 11º da CEDH.

Assim, entendeu que incumbe às autoridades nacionais do Estado-Membro ponderar, à luz da necessidade e da proporcionalidade, a liberdade de circulação e o interesse dos manifestantes, tendo obrigação de optar pela alternativa menos restritiva ao direito comunitário, o que foi feito no caso em tela, uma vez que foram tomadas várias medidas de enquadramento e acompanhamento pelas autoridades austríacas para limitar tanto quanto possível as perturbações da circulação rodoviária, prevendo, inclusive, diversos itinerários alternativos, pelo que todos estavam bem informados das restrições à circulação aplicáveis na data e no local da manifestação prevista e podiam adotar, antecipadamente, todas as disposições úteis para evitar estas restrições.

Por fim, o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu que a não proibição da manifestação pelas autoridades nacionais competentes da Áustria não é incompatível com os artigos 30º e 34º, conjugados com o artigo 5º, todos do Tratado da Comunidade Europeia, não podendo ser imputada às autoridades nacionais competentes uma violação do direito comunitário suscetível de desencadear a responsabilidade do Estado-Membro em causa.

4 CONCLUSÃO

Assentadas tais premissas e circunstâncias, percebe-se que o Tribunal de Justiça da União Europeia possui importante papel na harmonização do Direito Comunitário, imprimindo coerência em sua aplicação entre os Estados-membros e nas esferas internas de cada instituição comunitária em si considerada.

Apresenta-se, outrossim, que, ao interpretar os tratados e decidir sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelos integrantes da União Europeia, o TJUE não atua como uma segunda ou terceira instância de julgamento, mas funciona como instância única, responsável pela uniformização na aplicação do direito comunitário, tal como o fez no Acórdão de 12 de junho de 2003, processo C-112/00 Eugen Schidberger, aqui analisado, ocasião em que, para concluir no sentido da não responsabilização do Estado da Áustria no caso concreto, estabeleceu parâmetros interpretativos e de aplicabilidade do direito comunitário aplicáveis não apenas à situação posta, mas aos demais casos em que

houvesse a necessidade de ponderar a aplicabilidade de importantes princípios do direito comunitário e dos ordenamentos jurídicos internos dos respectivos Estados-Membros.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Elizabeth. *Mercosul e União Européia*. Estrutura Jurídico-institucional. Curitiba: Juruá, 1996.

FONTOURA, Jorge. A Construção Jurisprudencial do Direito Comunitário Europeu. *Revista de Ciência Jurídica e Social*, Unipar, v. 2, n. 1: jan./jul. 1999.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *Direito comunitário*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

LOBO, Maria Teresa Cárcamo. *Manual de Direito Comunitário – 50 anos de integração*. A Ordem Jurídica - O Ordenamento Econômico - As Políticas Comunitárias - O Tratado Constituc. 3 ed. revisada e atualizada, Curitiba: Juruá, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOARES, Mario Lúcio Quintão. *Direitos fundamentais e direito comunitário*. Belo Horizonte, 2000.

OS DESASTRES AMBIENTAIS COMO CONDIÇÃO PARA AQUISIÇÃO DO STATUS DE REFUGIADO. UMA ANÁLISE SOB O ENFOQUE DA LACUNA PROTETIVA NA REGULAMENTAÇÃO INTERNACIONAL

*ENVIRONMENTAL DISASTERS AS A CONDITION FOR
ACQUIRING REFUGEE STATUS. AN ANALYSIS FROM
THE STANDPOINT OF THE PROTECTION GAP IN THE
INTERNATIONAL LEGAL FRAMEWORK*

*Carlos Henrique Araújo da Silva
Procurador da Fazenda Nacional em Brasília*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O conceito atual de refugiado e afins no âmbito do direito internacional; 2 Análise das possibilidades jurídicas que poderiam ser aplicadas para a superação da problemática; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: Os desastres ambientais, os eventos naturais catalisados pelo aquecimento global e outras tragédias causadas em decorrência desse fenômeno produzido indiretamente pelo homem vêm causando mudanças nos ecossistemas espalhados por todo o globo. Tais mudanças têm forçado as populações dos lugares atingidos a se deslocarem dentro de seus próprios países ou procurar proteção e abrigo em países estrangeiros. Diante desta nova situação fática, que vem se agravando com mais intensidade a partir da segunda metade do século XX, a resposta da comunidade internacional vem sendo moderada e a proteção inadequada, mormente em face do vácuo legal em relação a estas pessoas, uma vez que os mesmos não podem ser enquadrados como refugiados, nos termos da Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados, e nem há uma legislação internacional específica que abranja a situação destes ‘refugiados climáticos’. Em razão disso, faz-se necessário uma reflexão sobre uma estrutura legal que possa garantir proteção efetiva às pessoas forçadas a deixar o lugar em que vivem, de maneira temporária ou permanente, em virtude de eventos climáticos e ambientais, de origem natural ou humana, que colocam em perigo a sua existência ou afetam seriamente a sua condição de vida.

PALAVRAS-CHAVE: Mudanças Climáticas. Desastres Ambientais. Justiça Ambiental. Refugiados do Clima.

ABSTRACT: Environmental disasters, natural events catalyzed by global warming, and other tragedies caused by this phenomenon indirectly produced by man have caused changes in ecosystems scattered across the globe. Such changes have forced the populations of the affected places to move within their own countries or seek protection and shelter in foreign countries. Faced with this new factual situation, which has intensified since the second half of the twentieth century, the response of the international community has been moderate and protection has been inadequate, especially considering the legal vacuum in relation to these people, since they can not be classified as refugees under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and there is no specific international law covering the situation of these ‘climate refugees’. For this reason, it is necessary to reflect on a legal framework that can guarantee effective protection for people forced to leave the place in which they live, temporarily or permanently, due to climatic and environmental events of natural or human origin, which endanger their existence or seriously affect their living conditions.

KEYWORDS: Climate Change. Environmental Disasters. Environmental Justice. Climate Refugees.

INTRODUÇÃO

Todas as manhãs, quando as ondas recuam, os habitantes das Ilhas Marshall¹ verificam as barreiras que protegem suas casas do avanço do mar. O nível do mar nesta parte do Pacífico está subindo 12mm por ano, quatro vezes mais que a média global. Oito ilhas da vizinha Micronésia já foram cobertas pelo mar nas últimas décadas, e a maior parte das Ilhas Marshall devem ter o mesmo destino até o final deste século. De fato, as consequências apocalípticas causadas pelo aquecimento global já são uma realidade em diversas partes do globo, forçando as populações atingidas a deixar seus espaços e encontrar novos lugares onde possam se restabelecer. As previsões variam, mas um estudo realizado pela Refugee Studies Centre² indica que existirão cerca de duzentos milhões de refugiados do clima até 2050. Percebe-se que tanto os migrantes que fogem de desastres ambientais causados pelo aquecimento global quanto aqueles que escapam das guerras são igualmente forçados a deixar seus lugares de origem em busca de segurança. No entanto, atualmente somente os últimos podem aplicar para o status de refugiado, e assim obter o direito de asilo. Neste contexto, a pergunta que se impõe é saber por que os que se deslocam em decorrência dos desastres ecológicos causados pelo fenômeno do aquecimento global não podem gozar do mesmo status de refugiado?

Embora o termo refugiado climático seja cada vez mais utilizado, a Convenção das Nações Unidas para os Refugiados não considera como tal a pessoa deslocada por razões ambientais. Sem esse reconhecimento jurídico, as vítimas de deslocamentos forçados – resultantes de desastres naturais – não tem nenhum marco legal que lhes ampare. É um vazio jurídico que precisa ser tratado.

1 O CONCEITO ATUAL DE REFUGIADO E AFINS NO ÂMBITO DO DIREITO INTERNACIONAL

Para uma melhor compreensão dos termos utilizados e do tratamento dado pela Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados, passe-se a uma breve análise dos que são albergados pelo acordo.

Refugiados são pessoas que estão fora de seu país de origem devido a fundados temores de perseguição relacionados a questões de raça, religião,

1 A República das Ilhas Marshall é um país independente formado por 29 atóis e cinco ilhas organizadas em dois conjuntos paralelos, o "Ratak" (sol nascente) e o "Ralik" (sol poente), localizado no oeste da Oceania. Com capital em Majuro, situada no atol de mesmo nome, o país tem uma área total de 181 km², (um pouco maior que a do município de Santo André, em São Paulo), constituindo uma das menores nações do mundo.

2 COUDREY, Marion. *Climate Change and displacement*. Oxford. 2008

nacionalidade, pertencimento a um determinado grupo social ou opinião política, como também devido à grave e generalizada violação de direitos humanos e conflitos armados.

Deslocados internos são pessoas deslocadas dentro de seu próprio país, pelos mesmos motivos de um refugiado, mas que não atravessaram uma fronteira internacional para buscar proteção. Mesmo tendo sido forçadas a deixar seus lares por razões similares às dos refugiados (perseguições, conflito armado, violência generalizada, grave e generalizada violação dos direitos humanos), os deslocados internos permanecem legalmente sob proteção de seu próprio Estado – mesmo que esse Estado seja a causa de sua fuga.

Apátridas são pessoas que não têm sua nacionalidade reconhecida por nenhum país. A apatridia ocorre por várias razões, como discriminação contra minorias na legislação nacional, falha em reconhecer todos os residentes do país como cidadãos quando este país se torna independente (secessão de Estados) e conflitos de leis entre países. A apatridia, às vezes, é considerada um problema invisível, porque as pessoas apátridas muitas vezes permanecem invisíveis e desconhecidas. Elas podem não ser capazes de ir à escola, consultar um médico, conseguir um emprego, abrir uma conta bancária, comprar uma casa ou até se casar.

Segundo a ACNUR³, no final de 2016, a população global de refugiados atingiu a marca de 22,5 milhões de pessoas, nível mais alto registrado em duas décadas.

Diante dos conceitos acima apresentados, percebe-se a origem da controvérsia que existe atualmente acerca da denominação a ser empregada em relação àqueles que deixam seu território em decorrência das mudanças climáticas, dentre elas: condições meteorológicas extremas, escassez das reservas de água, deterioração das terras reservados à agricultura e outros eventos ligados ao aquecimento global. Isto porque refugiado, segundo a normativa aplicável, é a pessoa que recebe perseguição em razão sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do fato de pertencer a um determinado grupo social ou em função de suas opiniões políticas; situações que, à

3 O ACNUR, a Agência da ONU para Refugiados, foi criado em dezembro de 1950 por resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas. Iniciou suas atividades em janeiro de 1951, com um mandato inicial de três anos para reassentar refugiados europeus que estavam sem lar após a Segunda Guerra Mundial. Seu trabalho tem como base a Convenção de 1951 da ONU sobre Refugiados.

O Protocolo de 1967 reformou a Convenção de 1951 e expandiu o mandato do ACNUR para além das fronteiras europeias e das pessoas afetadas pela Segunda Guerra Mundial. Em 1995, a Assembleia Geral designou o ACNUR como responsável pela proteção e assistência dos apátridas em todo o mundo. Em 2003, foi abolida a cláusula que obrigava a renovação do mandato do ACNUR a cada três anos.

evidência, não abrangem os refugiados climáticos e ambientais. Por esse motivo, se originou o termo “deslocados” climáticos e ambientais.⁴

O termo “refugiados ambientais” foi originalmente utilizado em 1985, no bojo de uma publicação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente por Essam El- Hinnawi, individualizando-os como “Aqueles pessoas que foram forçadas a deixar seu habitat tradicional, temporária ou permanentemente, por causa de uma perturbação ambiental acentuada (natural e / ou desencadeada por pessoas) que comprometeu sua existência e / ou afetou seriamente a qualidade de vida.

O termo adequado a ser utilizado sempre gerou controvérsia e parece variar de acordo com os propósitos dos organismos internacionais que o empregam. Por exemplo, as Organizações Não Governamentais (ONGs) preferem utilizar o termo ‘refugiados ambientais’, considerando o apelo da locução em relação à comunidade internacional e àqueles que detém o poder de alavancar a conscientização e iniciativas no que concerne ao aquecimento global. Já a Organização Internacional para as Migrações (OIM)⁵ optou pelo vocábulo ‘migrantes ambientais’, devido às dificuldades em identificar e classificar os fatores que levaram o deslocamento destas populações (migrações voluntárias ou forçadas).

Nos meios acadêmicos, por sua vez, formula-se construções teóricas em torno da expressão ‘deslocados ambientais’ ou ‘refugiados do clima’, normalmente com o objetivo de gerar a reflexão sobre a alteração na legislação internacional vigente ou construção de um novo arcabouço legal, o que será discutido mais adiante.

Aprofundando-se mais no conceito de refugiados climáticos ou ambientais, o autor Jodi Jacobson⁶ os categorizou em três grupos, sendo o primeiro àquele deslocado em razão de um desastre natural, como um ciclone, por exemplo. Por sua vez, o segundo está ligado ao fato de uma destruição ambiental ter devastado seus meios de vida e colocado em risco sua saúde. E por fim, o terceiro tipo de refugiado ambiental refere-se àquele que se mudou permanentemente e se estabeleceu em outro local devido a mudanças insustentáveis em seu local de moradia.

Tendo em vista que o conceito de refugiado estabelecido no art. 1º da Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951, parece não abranger a situação dos deslocados em razão do clima, o

4 COURNIL, Christel, op. cit., p. 347-350; PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement, droit durable*. Bruxelles: Bruylant, 2014. p. 998-1000.

5 Disponível em: <<https://www.iom.int/>>.

6 JACOBSON, Jodi (1988). *Environmental Refugees: a Yardstick of Habitability*. World Watch Paper, no. 86, Washington, DC: World Watch Institute.

questionamento que emerge é como acolher, proteger, amparar e direcionar tais pessoas, especialmente sob a ótica do direito internacional.

2 ANÁLISE DAS POSSIBILIDADES JURÍDICAS QUE PODERIAM SER APLICADAS PARA A SUPERAÇÃO DA PROBLEMÁTICA

Muito se tem discutido, especialmente entre doutrinadores e aplicadores do direito internacional, a respeito das eventuais estratégias para tratar da problemática oriunda da lacuna legislativa existente.

No Brasil, em artigo denominado “A questão dos ‘refugiados’ climáticos e ambientais no Direito Ambiental, recentemente publicado no sítio eletrônico “Consultor Jurídico”⁷, o juiz de direito em São Paulo Álvaro Luiz Valery Mirra, citando a obra de Christel Cournil⁸, propõe duas técnicas para tratar a questão.

Segundo o magistrado, a primeira estratégia seria a modificação dos instrumentos convencionais internacionais já existentes, como a aludida Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados ou a própria Convenção-Quadro sobre as Mudanças Climáticas, para incluir, em seus textos respectivos ou em protocolos adicionais, a proteção dos refugiados ou deslocados climáticos e ambientais.

Percebe-se então que a primeira técnica estaria mais ligada à legislação vigente, valendo-se das normas já existentes e alterando-as para incluir e albergar o direito daqueles que se deslocam em razão de desastres naturais/ambientais. Nesse sentido, a jurista americana Jessie Cooper sugeriu a reinterpretação do Art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo teor sustenta que:

Artigo 25

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

7 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-22/ambiente-juridico-questao-refugiados-climaticos-ambientais-direito-ambiental>.

8 Cournil Ch. et C. Colard-Fabregoule (sous la direction de), (2010) *Les changements climatiques et les défis du droit*, édition Bruylant, Bruxelles, (450 p.) (Préface de Brice Lalonde)

2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

A jurista norte-americana sustentava que a definição de refugiado poderia ser alargada através do acréscimo, no Art. 1º, A, da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, dos termos “condições ambientais degradantes que ameacem a vida, a saúde, os meios de subsistência e o uso de recursos de recursos naturais.

Em resumo, a primeira estratégia estaria ligada ao desenvolvimento de alternativas como:

1 proteção no bojo da própria Convenção de Genebra;

2 ao fortalecimento dos direitos dos deslocados internos com a inclusão dos deslocados do clima;

3 ou ainda, a ênfase na “proteção aos direitos humanos das pessoas afetadas por desastre”, seja com base nos princípios do “common law” que se referem à prestação de ajuda ou assistência dos Estados ou organizações internacionais competentes, confrontando-os com as condições sob as quais um Estado afetado aceitaria tal oferta, seja pela consolidação das regras existentes a fim de propiciar a cooperação internacional, segundo os princípios de humanidade, neutralidade, imparcialidade e soberania.

No tocante à segunda estratégia, a proposta seria de elaboração de uma nova normativa específica sobre o assunto. Nesse sentido, existe inclusive um texto regional, elaborado pela União Africana, que adotou uma convenção sobre a proteção e a assistência às pessoas deslocadas, embora apenas no plano interno dos países.⁹ Isto sem dúvida é uma solução regional, mas que já reflete a urgência de uma solução para a problemática apontada.

Em artigo denominado “A questão da proteção dos ‘refugiados climáticos’ sob a ótica do direito internacional”¹⁰, Christel Cournil apresenta

9 Convenção da União Africana sobre a Proteção e a Assistência às Pessoas Deslocadas na África (Convenção de Kampala, de 2009 - www.peaceau.org/uploads/convention-on-idps-fr.pdf)

10 COUNIL, Christel. *The Question of the Protection of ‘Environmental Refugees’ from the Standpoint of International Law* (November 28, 2009). MIGRATION AND CLIMATE CHANGE, pp. 359-386, d’Etienne Piguet, Antoine Pécoud & Paul de Guchteneire, eds., UNESCO Publishing/Cambridge University Press, August 2011. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1994357>

três possíveis soluções relacionadas ao surgimento de uma novel legislação no plano global.

A primeira diz respeito à elaboração de um novo tratado tendo como sujeito os refugiados climáticos e deslocados ambientais. O segundo seria um protocolo ou convenção específica no que concerne aos refugiados do clima. E por fim, acordos especiais ou bilaterais com o objetivo de proteger as populações de Estados ameaçados.

Percebe-se a complexidade da questão ora sob análise, tendo em vista que cada proposta apontada como eventual solução gera acaloradas discussões, com fortes argumentos favoráveis ou contrários, como já é de esperar em relação a um assunto controverso.

Assim, vê-se que o caminho para o deslinde da questão não parece estar próximo, necessitando ainda de aprimoramento de técnicas legislativas que adequem a legislação internacional ao caso concreto, comprometimento do maior número possível de signatários que favoreça a efetividade das medidas a serem tomadas em favor das populações deslocadas em razão de desastres ambientais, ou ainda, a elaboração de um novel regramento que abranja a hodierna realidade ambiental que vem se arquitetando a partir da segunda metade do século XX.

3 CONCLUSÃO

Dentre as inúmeras consequências que o aquecimento global vem ocasionando, destaca-se a alteração no funcionamento dos mais variados ecossistemas ao redor do planeta. Em alguns lugares, tais alterações chegam a atingir um nível de degradação tão elevado que faz com que as populações locais, muitas vezes ali estabelecidas por séculos, sejam forçadas a se deslocar para outras regiões, tendo em vista a escassez ou esgotamento de seus meios de subsistência.

Dado isso, percebe-se que o primeiro ponto a merecer destaque perante à comunidade mundial refere-se à mitigação das causas do aquecimento global, uma vez que tal problemática reverbera em inúmeras outras questões, como o degelo, aumento dos oceanos, a desertificação, alteração nas estações chuvosas com consequentes inundações, redução da biodiversidade, etc.

No plano humanitário, urge superar o empasse legislativo que existe atualmente, onde a proteção legal dos 'refugiados climáticos' aguarda um desenlace por parte dos atores internacionais, seja por meio de uma emenda nos tratados atuais, seja pela criação de um novo arcabouço legal que confira tratamento específico aos que fogem de desastres ambientais e afins.

A questão é complexa e demanda ampla discussão no âmbito internacional e um consenso é sempre um ponto difícil de atingir, isso não impede que se trace meios alternativos com o intuito de salvaguardar e fornecer proteção a milhões de pessoas que se deslocam de um país a outro, ou entre regiões dentro de um mesmo Estado, ao tempo em que se conjectura uma solução sob a ótica do direito internacional.

REFERÊNCIAS

COUDREY, Marion. *Climate Change and displacement*. Oxford. 2008

COURNIL, Christel, op. cit., p. 347-350; PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement, droit durable*. Bruxelles: Bruylant, 2014, p. 998-1000.

COURNIL, Christel. *The Question of the Protection of 'Environmental Refugees' from the Standpoint of International Law* (November 28, 2009). MIGRATION AND CLIMATE CHANGE, p. 359-386, d'Etienne Piguet, Antoine Pécoud & Paul de Guchteneire, eds., UNESCO Publishing/Cambridge University Press, August 2011. Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=1994357>>

JACOBSON, Jodi. *Environmental Refugees: a Yardstick of Habitability*. World Watch Paper, n. 86, Washington, DC: World Watch Institute. 1988.

PEACEAU.ORG. *Convenção da União Africana sobre a Proteção e a Assistência às Pessoas Deslocadas na África* (Convenção de Kampala, de 2009 - www.peaceau.org/uploads/convention-on-idps-fr.pdf).

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *A questão dos "refugiados" climáticos e ambientais no Direito Ambiental*. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-22/ambiente-juridico-questao-refugiados-climaticos-ambientais-direito-ambiental>>.

O PAPEL DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NO RECONHECIMENTO JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS A PARTIR DO LIBERALISMO DE PRINCÍPIOS

*THE ROLE OF THE ADVOCACY GENERAL OF THE UNION -
AGU IN THE JUDICIAL RECOGNITION OF FUNDAMENTAL
SOCIAL RIGHTS FROM LIBERALISM OF PRINCIPLES*

Carolina Bastos Lima Paes

*Procuradora Federal, no exercício do cargo de Procurador-chefe da Procuradoria no
Estado do Pará. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará - UFPA, na
linha de pesquisas de Direitos Humanos e Inclusão social.*

Virgínia Araújo de Oliveira

*Procuradora Federal, no exercício do cargo de Coordenadora Nacional de Matéria
Finalística da Procuradoria Federal Especializada junto ao Instituto Chico Mendes de
Conservação da Biodiversidade. Especialista em Direito Público pela Universidade de
Brasília, com foco em Direito Previdenciário.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O liberalismo de princípios; 2 A dignidade da pessoa humana e a fundamentalidade dos direitos sociais; 3 O papel da Advocacia-Geral da União no reconhecimento judicial dos direitos sociais a partir do liberalismo de princípios; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo busca o respaldo teórico do liberalismo de princípios para conformar a competência da Advocacia-Geral da União – AGU, especialmente em sua atuação judicial, no exercício da tarefa do Estado de garantir concretude às normas constitucionais definidoras dos direitos sociais fundamentais. Intenta-se dirigir o foco de atenção para o indivíduo, para que, ao menos nesta instância extraordinária, que é a judicial, possam ser reconhecidas e garantidas, em níveis adequados, as necessidades básicas de todos os indivíduos, em fiel cumprimento aos deveres constitucionais do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Liberalismo de Princípios. Direitos Sociais Fundamentais. Advocacia-Geral da União.

ABSTRACT: This article founds theoretical support in the liberalism of principles to conform the competence of the Advocacy General of the Union – AGU, especially in its judicial performance, in the exercise of the State’s task of guaranteeing concreteness to the constitutional norms that define fundamental social rights. The goal is to turn the focus of attention on the individual, for then, at least in this extraordinary instance, which is the judicial one, the basic needs of all individuals can be recognized and guaranteed, in adequate levels, in faithful compliance with the constitutional duties of the State.

KEYWORDS: Liberalism of Principles. Fundamental Social Rights. Advocacy General of the Union.

INTRODUÇÃO

O texto constitucional pátrio, desde o seu preâmbulo, deixa evidente a opção política por um Estado cujas responsabilidades vão muito além do mero respeito pelas liberdades negativas dos seus cidadãos. O Estado brasileiro, nos termos da Constituição Federal de 1988, não pode se limitar à omissão quanto à elaboração e à realização dos objetivos próprios de cada pessoa. É-lhe constitucionalmente imposto, também, que forneça a todos as condições materiais básicas para a colocação em prática dos seus planos individuais de vida.

São evidências do que Cittadino (2004, p. 11) denomina de “constitucionalismo comunitário”, e são encontradas, repita-se, já no preâmbulo da Constituição, e também no seu artigo 1º, inciso III, que elege a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e no artigo 3º, em que, dentre os objetivos fundamentais da República, são mencionados a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, e a promoção do bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação.

Segue-se a tais dispositivos iniciais um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, que compreendem direitos de defesa clássicos, e também direitos prestacionais. E o constituinte não se conteve na previsão de tais direitos, reservando aos poderes políticos competentes a tarefa de implementá-los. Instituiu, também, a Advocacia-Geral da União - AGU, que é órgão que representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo. E, no exercício desse mister, deve a AGU ser capaz de proteger os direitos e garantias fundamentais de todos os indivíduos contra eventuais excessos da vontade da maioria, em quaisquer esferas de sua atuação.

O problema é que, a despeito da zelosa e constitucionalmente comprometida atuação da AGU na consultoria e no assessoramento jurídicos dos mais variados órgãos estatais, a concretização dos direitos fundamentais, em especial, dos direitos sociais, na prática, não vem se mostrando satisfatória, o que abre espaço para o ajuizamento de muitas demandas questionando as, por vezes reiteradas, negativas de gozo, em níveis adequados, do direito reclamado pelo demandante.

Nesta conjuntura, a análise do papel da AGU, no reconhecimento judicial dos direitos sociais constitucionalmente previstos, de forma que possa assegurar a todos, indistintamente, condições materiais essenciais à existência com dignidade, deve se iniciar com a apresentação da ideia de justiça que será adotada para as finalidades do estudo.

O primeiro item da análise propriamente dita tem por escopo, justamente, a apresentação da resposta que se considera adequada para tal pergunta, consubstanciada na teoria de John Rawls.

Em seguida, tratar-se-á da dignidade da pessoa humana, enquanto ideia que empresta unidade de sentido para todo o catálogo de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, bem como à demonstração da fundamentalidade dos direitos sociais, cujo conteúdo viabiliza as condições materiais imprescindíveis para o exercício e o aperfeiçoamento das liberdades básicas.

E, por fim, será retomada a teoria exposta no item inaugural, consubstanciando o embasamento teórico para o papel a ser desempenhado pela AGU, na importante tarefa de reconhecer, na esfera judicial, a concretude dos dispositivos constitucionais que impõem ao Estado o dever de fornecer um pacote básico de bens materiais a todos os indivíduos, sem que nenhum deles reste excluído da proteção estatal.

1 O LIBERALISMO DE PRINCÍPIOS

John Rawls empreendeu os seus esforços para elaborar uma teoria da justiça que servisse de alternativa viável para o utilitarismo¹, ou seja, que tivesse as virtudes deste, porém, que levasse em consideração, acima de tudo, o indivíduo. Para Rawls (2008, p. 4), “[c]ada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar de toda a sociedade pode desconsiderar”.

Um segundo traço distintivo da teoria da justiça como equidade é que, para o teórico, o Estado deve se manter neutro quanto à determinação do bem de cada membro da sociedade, não lhe sendo lícito influenciar na escolha dos objetivos a serem perseguidos pelos indivíduos. Desta forma, a teoria da justiça de Rawls, embora igualitária, não rompe com a tradição liberal, mostrando-se, também por esse motivo, perfeitamente aplicável à realidade das sociedades liberais contemporâneas, tal como a brasileira.

A justiça como equidade é, ainda, uma teoria contratualista, que concebe os princípios fundamentais de justiça, que regerão a estrutura básica da sociedade, como resultado de um acordo, firmado em uma situação inicial, por pessoas racionais e mutuamente desinteressadas, ou interessadas em si mesmas.

1 O utilitarismo é a doutrina ética que prega, como ideal de justiça, a maximização do bem-estar geral da coletividade. Significa dizer que, sob a égide deste ideal, a ação estatal, bem como a de todos os indivíduos, deve estar sempre voltada para o incremento da utilidade média, ainda que, para tanto, interesses individuais precisem ser sacrificados. Não há base, pois, na doutrina utilitarista, para a defesa de direitos fundamentais dos indivíduos (nem mesmo os clássicos direitos de defesa), que funcionem como limitação do poder estatal, haja vista que, se for por um benefício geral maior, o utilitarismo admite a desconsideração de direitos individuais.

Rawls denomina a situação inicial, em que são escolhidos os princípios de justiça, de *posição original*, que é uma situação hipotética, em que as pessoas agem com racionalidade e movidas pelo seu interesse em si próprias. Cada parte no acordo tem o seu próprio plano de vida, e a escolha dos princípios de justiça é orientada para que dela resulte a “melhor maneira de cada pessoa garantir seus objetivos, à luz das opções disponíveis” (RAWLS, 2008, p. 144).

Fator determinante de quais são os princípios de justiça escolhidos na posição original é o fato de as partes, àquela ocasião, estarem cobertas por um véu de ignorância, permeável, apenas, para os fatos genéricos relativos à sociedade, impedindo o acesso das pessoas ao conhecimento sobre o seu lugar na sociedade, sobre os seus talentos e as suas capacidades naturais e, inclusive, sobre a sua própria concepção de bem.

O raciocínio conduz a uma escolha orientada pela prudência, uma vez que, retirado o véu de ignorância, as partes podem vir a se encontrar na pior situação dentro da sociedade, possibilidade esta que as leva a optar pelos princípios cujo pior resultado seja superior aos piores resultados que possam decorrer das demais alternativas.

A formulação final dos dois princípios de justiça que, segundo Rawls, seriam escolhidos na posição original, por pessoas racionais e mutuamente desinteressadas, ou interessadas em si mesmas, sob o véu de ignorância, seria a seguinte:

Primeiro princípio

Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para todos.

Segundo princípio

As desigualdades econômicas e sociais devem ser dispostas de modo a que tanto:

- (a) se estabeleçam para o máximo benefício possível dos menos favorecidos que seja compatível com as restrições do princípio de poupança justa, como
- (b) estejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades. (RAWLS, 2008, p. 376)

“Esses princípios devem ser dispostos em uma ordem serial, o primeiro sendo prioritário do segundo” (RAWLS, 2008, p. 74). Significa que, na prática, eventuais restrições das liberdades fundamentais, objeto do primeiro princípio, não podem ser compensadas por maiores vantagens sociais e econômicas, de que trata o segundo princípio. As liberdades básicas só podem ser compensadas por outras liberdades básicas e, ainda, “qualquer que seja a forma pela qual se ajustam em um sistema único, esse sistema deve ser igual para todos” (RAWLS, 2008, p. 75).

A prioridade da liberdade se justifica em razão do véu de ignorância presente na posição original. Quando da escolha dos princípios de justiça, as partes não conhecem a sua posição na sociedade, nem seus talentos e suas capacidades, tampouco a sua própria concepção de bem. Não sabem, portanto, que outro princípio melhor se adequaria aos seus planos individuais de vida, quando estes se tornassem conhecidos. Esse raciocínio conduz à preservação das liberdades básicas, com prioridade, para que, após a remoção do véu de ignorância, as pessoas tenham a liberdade de realizar os seus planos individuais de vida, sejam eles quais forem, e tenham também a liberdade de alterar a sua própria concepção de bem.

O segundo princípio de justiça trata da distribuição de renda e riqueza, e de cargos de autoridade e responsabilidade, comportando dois subprincípios, quais sejam: a igualdade equitativa de oportunidades e o princípio da diferença.

O primeiro subprincípio, assim como o primeiro princípio de justiça, é orientado pelo valor da igualdade. Impõe que os cargos e as posições de autoridade da sociedade estejam abertos a todos, em igualdade equitativa de oportunidades, garantindo, assim, que a cooperação social seja um sistema de justiça procedimental pura, em que “existe um procedimento correto ou justo que leva a um resultado também correto ou justo, seja qual for, contanto que se tenha aplicado corretamente o procedimento” (RAWLS, 2008, p. 104).

O segundo subprincípio é o princípio da diferença, que, a seu turno, admite uma distribuição desigual de renda e riqueza, desde que a desigualdade seja benéfica para todos, em especial, para os menos favorecidos. As maiores vantagens de uns só se legitimam se forem usufruídas de forma que implique alguma melhoria à situação dos menos favorecidos. Trata-se, pois, de uma concepção igualitária, uma vez que, “se não houver uma distribuição que melhore a situação de ambas as pessoas [...], deve-se preferir a distribuição igualitária” (RAWLS, 2008, p. 91).

Finalmente, os princípios de justiça devem se preocupar, também, com a justiça entre gerações. Então, quando da escolha dos princípios de justiça, na posição original, as partes “devem concordar com um princípio

de poupança que assegure que cada geração receba de seus predecessores o que lhe é devido e faça a sua parte justa em favor daqueles que virão depois” (RAWLS, 2008, p. 359).

O princípio da poupança justa impõe uma limitação às expectativas dos indivíduos representativos das posições sociais relevantes. As gerações precedentes poupam, para que as gerações futuras possam desfrutar de um mínimo social a ser distribuído de acordo com o princípio da diferença. E o *quantum* de poupança, que se reflete no montante de expectativas das partes, deve ser definido sob o ponto de vista dos menos favorecidos de cada geração. “São os indivíduos representativos desse grupo ao longo do tempo que, por meio de ajustes virtuais, devem especificar a taxa de acumulação” (RAWLS, 2008, p. 364).

Desta forma, completa-se a enunciação dos princípios de justiça que, segundo a teoria da justiça como equidade, de John Rawls, seriam escolhidos pelas partes na posição original, sendo que “o enunciado completo do princípio de diferença contém o princípio de poupança como restrição” (RAWLS, 2008, p. 364).

Ressai facilmente, desta breve análise dos dois princípios de justiça, a preocupação de Rawls com a igualdade. Em primeiro lugar, com uma igualdade formal, no que atine às liberdades fundamentais. Em segundo lugar, com a igualdade material na distribuição de renda e riqueza, e no acesso a cargos e posições de autoridade.

O segundo princípio de justiça tem como nítido intento propiciar a todos, singularmente considerados, as condições materiais necessárias à realização dos seus planos individuais de vida, sejam eles quais forem, bem como à participação na condução das instituições básicas da sociedade.

Assim, Rawls “introduz, de forma vigorosa, a igualdade como ideal político, rompendo com a visão liberal clássica, concentrada até então no binômio liberdade – propriedade privada” (BRITO FILHO, 2014, p. 45). Tal inovação da teoria, aliada à preocupação de Rawls com o indivíduo, justifica a sua utilização, enquanto marco da moderna concepção de justiça distributiva, como base para a construção do referencial teórico do papel a ser desempenhado pela AGU, especificamente na esfera judicial, na importante tarefa de reconhecer e garantir concretude aos direitos sociais fundamentais, ao contrário das políticas públicas sociais engendradas, com efeitos amplos, pelos poderes políticos competentes.

A realização dos direitos sociais fundamentais em sede judicial, com a atuação da AGU, que será posteriormente descrita, admite uma análise mais individualizada, tendente à identificação de circunstâncias pessoais diferenciadas, que tornam necessária a distribuição de um pacote de bens específico desde o primeiro momento, para que se possa promover, na

prática, a liberdade real para a perseguição dos vários planos individuais de vida. Então, a ideia de justiça que norteará a análise da atuação da AGU no reconhecimento judicial dos direitos sociais fundamentais, objeto do item de encerramento, consubstancia-se na justiça como equidade, de John Rawls, nos termos aqui estabelecidos.

2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

O primeiro artigo do texto constitucional de 1988, ao elencar os fundamentos da República Federativa do Brasil, evidencia os valores que foram eleitos como sendo aqueles mais relevantes para o Estado brasileiro.

Dentre os valores fundamentais eleitos pelo constituinte, está a dignidade da pessoa humana. E a relevância deste valor é tamanha que o constituinte optou por se referir a ele em várias outras passagens do texto constitucional, reafirmando-o, assim, como norte das ações do Estado e de toda a sociedade².

Desta forma, o Estado instituído no Brasil, com a Constituição Federal de 1988, representa “a superação de uma ideia de Estado enquanto fim em si próprio” (BARCELLOS, 2011, p. 31). O Estado constitucional moderno, ao contrário, é uma instituição que existe para a realização de finalidades outras, dentre as quais, consoante a opção feita pelo constituinte brasileiro, está, principalmente, a promoção da dignidade da pessoa humana.

Significa dizer que, desde 1988, a dignidade da pessoa humana é o valor fundamental da ordem jurídica brasileira, razão pela qual, pode-se afirmar, “é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal” (SARLET, 2012b, p. 80).

Ao mesmo tempo em que impôs ao Estado a responsabilidade pelo bem-estar humano, trouxe, também, as ferramentas para a perseguição deste ideal, que são os direitos e garantias fundamentais. Instituiu, desta maneira, um Estado “prestador de serviços” (BRITO FILHO, 2015, p. 109), porque, nas palavras de Sarlet (2012b, p. 48), “o homem, em virtude tão somente de sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado”.

Ademais, o fato de os direitos e garantias fundamentais encontrarem guarida no texto constitucional de 1988 revela o reconhecimento de que estes contêm o mesmo grau de fundamentalidade da organização do poder

² A título de exemplo, podem-se citar os artigos 1º, inciso III; 3º, incisos I, III e IV; 170, incisos VII e VIII; 226, parágrafo 7º; 227; e 230.

estatal. E a sua localização topográfica, logo no início do texto, implica a necessidade de todos os dispositivos subsequentes serem interpretados e aplicados de maneira condizente com a dignidade da pessoa humana. Os direitos e garantias fundamentais, na Constituição Federal de 1988, portanto, são parte integrante das “decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade” (SARLET, 2012a, p. 75), e também “parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica” (SARLET, 2012a, p. 66).

Os direitos fundamentais consubstanciam as posições jurídicas essenciais a todas as pessoas, porque decorrentes, de uma forma ou de outra, da sua dignidade. São as ferramentas por meio das quais o Estado reconhece, respeita, protege e promove o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e, assim, cumpre com a finalidade primeira que lhe foi imposta pelo constituinte, de modo que “em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa” (SARLET, 2012b, p. 101).

É por esta razão que a dignidade da pessoa humana pode ser considerada como a ideia que empresta unidade de sentido a todo o catálogo de direitos e garantias fundamentais. Todos estes direitos, de alguma forma, relacionam-se com o valor da dignidade da pessoa humana, haja vista que eles, seja limitando o espaço de ação do Estado, seja lhe impondo uma conduta ativa, visam, ao fim e a cabo, à proteção e ao desenvolvimento do homem.

Atualmente, o conjunto de direitos que são reconhecidos como o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana compreende, no mesmo grau de importância, liberdades básicas e direitos de viés econômico e social. E no Brasil pós-1988 não é diferente. “A acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais” (SARLET, 2012a, p. 66).

Fica claro, então, que “a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões” (SARLET, 2012b, p. 101). Isso porque, na verdade, todos os direitos fundamentais são interdependentes, de sorte que uns oferecem as condições necessárias para o exercício de outros, e todos, juntos, desde que sejam assegurados em níveis adequados, garantem aos seus titulares uma existência em que seja respeitada a sua dignidade.

O conteúdo dos direitos sociais fundamentais, nesta linha de raciocínio, oferta as condições básicas para o pleno exercício das liberdades individuais, de sorte que “[s]em o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade

de sobrevivência do homem e desaparecem as *condições iniciais da liberdade*” (TORRES, 2003, p. 5). É dizer: sem as condições econômicas e sociais que exige a dignidade da pessoa humana, os indivíduos, por mais que a lei lhes preveja liberdade, não são, de fato, livres. A liberdade, nesta hipótese, fica restrita à previsão normativa, enquanto que, na prática, os indivíduos têm a sua autonomia limitada em função dos riscos sociais a que estão sujeitos. Logo, as prestações materiais objeto dos direitos sociais, na ordem democrática, intentam a proteção dos indivíduos contra estes riscos sociais, garantindo-lhes o exercício e o aperfeiçoamento dos seus direitos individuais de liberdade.

A compreensão dos direitos sociais constitucionalmente previstos como condições para o exercício e o aperfeiçoamento das liberdades civis e políticas, nos termos aqui expostos, é o que empresta lastro para o reconhecimento da sua fundamentalidade e, por conseguinte, para a imposição ao Estado da obrigação de não apenas se omitir, respeitando os direitos de defesa, mas sim de agir, promovendo condições materiais básicas para que todas as pessoas tenham respeitada a sua dignidade e sejam, de fato, livres.

E, uma vez demonstrado que todos os direitos fundamentais são igualmente essenciais ao gozo de uma vida digna, partir-se-á, então, para a análise da concretização desta espécie de direitos, desta feita, com fulcro no liberalismo de princípios, base teórica que se entende hábil a permitir que a AGU, na sua esfera de atuação judicial, possa reconhecer a implementação dos direitos fundamentais sociais, para todos os indivíduos, em níveis adequados.

3 PAPEL DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NO RECONHECIMENTO JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS A PARTIR DO LIBERALISMO DE PRINCÍPIOS

Nos termos até aqui expostos, o princípio da dignidade da pessoa humana, tão caro para o Estado instituído no Brasil a partir da Constituição da República de 1988, impõe que todos os direitos e garantias fundamentais, inclusive aqueles de cunho prestacional, sejam garantidos em níveis adequados a todos os indivíduos, sem restrições que desconsiderem as suas necessidades particulares.

Nesse contexto, é importante destacar que a AGU vem assumindo uma posição de cada vez mais destaque na importante tarefa de garantir concretude aos direitos sociais fundamentais, quando os Poderes Legislativo e Executivo não lograrem fazê-lo de maneira satisfatória, em níveis adequados, para todos os indivíduos. Embora seja um órgão dedicado constitucionalmente às atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo, com sua atuação no reconhecimento judicial dos direitos sociais fundamentais, a AGU vem conseguindo um elevado grau

de descolamento deste Poder, firmando-se, cada vez mais, como uma advocacia de Estado.

Não se está a dizer, com isso, que é, preferencialmente, através de acordos judiciais que os direitos sociais devem ser implementados. Da mesma forma, não se afirma que o assessoramento e a consultoria realizados pela AGU, antes do planejamento e da consecução das políticas públicas, são ineficazes para garantir a concretude dos direitos fundamentais.

Pelo contrário. Reconhece-se que o nível ótimo de desenvolvimento da sociedade é um estágio em que todos os seres humanos gozem, desde as esferas ordinárias, de todos os direitos que decorrem da dignidade que lhes é inerente, sem que precisem recorrer ao Judiciário, para coagir o Estado a fazer o que antes não fez espontaneamente, tendo negado fiel cumprimento aos seus deveres constitucionais. Isso porque, ao primar pela dignidade da pessoa humana, o constituinte estabeleceu uma obrigação que se dirige ao Estado como um todo, incluindo todos os três Poderes dentre os quais as funções estatais são repartidas, e a AGU recebeu uma parcela importante de tais funções.

O que se percebe, na prática, é que a realização dos direitos sociais fundamentais, pelas vias ordinárias, ainda deixa muito a desejar, o que torna imperioso pensar em soluções a serem executadas através das vias judiciais, porque os direitos fundamentais garantem que todos os indivíduos tenham acesso a um conjunto básico de direitos, que lhes assegure liberdade real para perseguir os seus objetivos de vida, e para participar de maneira efetiva da condução da vida política da comunidade.

Nesse quadro, a via judicial é o último recurso de que dispõem estes indivíduos para forçar o Estado a cumprir com tal obrigação, na hipótese de este não fazê-lo espontaneamente, ou fazê-lo de maneira insatisfatória.

É por esta razão que se torna imperativa a busca por um aparato teórico que sustente o papel distintivo ora exercido pela AGU no reconhecimento judicial dos direitos sociais, para que estes não restem esquecidos no âmbito da previsão normativa ou sejam implementados coercitivamente pelo Poder Judiciário, que não foi concebido originariamente para a execução de políticas públicas, e que, portanto, não dispõe da amplitude de atuação necessária para tanto.

Essa atuação da AGU nas demandas judicializadas de direitos sociais fundamentais, que passará a ser descrita a seguir, perpassa pela alteração da lógica que orienta a implementação destes direitos.

A Constituição Federal, em seu artigo 131, criou e estabeleceu a competência da AGU, sendo esta definida, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo. A Lei Complementar n.º

73, de 10 de fevereiro de 1993, foi editada para instituir a lei orgânica da AGU, nos termos do comando constitucional e, em seu artigo 1º, estipula que a Advocacia-Geral da União é a instituição que representa a União judicial e extrajudicialmente. É justamente no exercício dessa competência de representação judicial da União que a AGU atua de forma inovadora em prol do Estado brasileiro, reconhecendo, sempre que assim seja o caso, a existência do direito social fundamental judicialmente reclamado.

Nesse contexto, a AGU também editou diversos atos que orientam a atuação dos seus membros diante da judicialização de demandas que envolvam direitos sociais fundamentais, sendo que o comando que mais se compatibiliza com o que se pretende mostrar neste trabalho diz respeito à possibilidade de celebração de acordos (transação judicial) pelos membros, sem se afastar a importância da possibilidade de reconhecimento do pedido, da não apresentação de contestação e da desistência de recursos.

Dentre tais atos, destaca-se, a título de exemplo, a Portaria PGF n.º 024, de 18 de janeiro de 2018, que dispõe sobre a celebração de acordos, o reconhecimento de pedidos e a abstenção ou desistência de recursos pelos órgãos de execução da Procuradoria-Geral Federal em ações judiciais que tratem da concessão ou restabelecimento dos benefícios previdenciários por incapacidade de que trata a Lei n.º 8.213/91.

Ao elencar os princípios e os objetivos da celebração de acordos judiciais, tal Portaria evidencia a *ratio* que orienta a edição de normativos que permitem aos membros da AGU atuar para o encerramento precoce das lides tendentes à concretização judicial de direitos sociais fundamentais. A AGU, desta forma, assume o relevante papel de advocacia de Estado, reconhecendo direitos sociais fundamentais, em nome do Estado que representa, quando estes estão presentes no caso concreto, mas, por algum motivo, não foram assegurados pelas vias ordinárias.

Nos termos já mencionados alhures, as políticas públicas sociais engendradas pelos Poderes Legislativo e Executivo são orientadas pelo ideal utilitarista de maximização do bem-estar geral, admitindo que necessidades básicas individuais deixem de ser atendidas, em prol de um benefício maior para a coletividade como um todo, quando a disponibilidade de recursos públicos não permitir o atendimento das necessidades de todos os indivíduos. Propõe-se, ao contrário, a substituição do utilitarismo pelo liberalismo de princípios, que, ao prezar, prioritariamente, pelo bem-estar do indivíduo, permite que os direitos de igualdade sejam concebidos como questões de princípio, e não como questões de política e, por conseguinte, disponibilizam-se os instrumentos jurídicos para a garantia da sua concretização. É dizer: em não havendo cumprimento espontâneo, pelas vias ordinárias, da obrigação estatal de assegurar o conteúdo dos direitos

sociais fundamentais a todos os indivíduos, e tendo se instaurado a via judicial para tanto, os normativos que orientam a atuação dos membros da AGU conferem a possibilidade de este órgão representante do Estado na lide ofertar um acordo judicial, reconhecer a procedência do pedido ou abster-se de recorrer ou de contestar, reconhecendo, assim, em nome do Estado que representa, a existência do direito fundamental judicialmente reclamado e, por conseguinte, a obrigação estatal de implementá-lo, nos moldes que se mostrarem necessários para que o indivíduo goze, de maneira efetiva, dos direitos que lhe foram concedidos pelo constituinte.

Trata-se de um claro desvio, na direção do indivíduo, do olhar antes voltado para a coletividade. É o ser humano individualmente considerado, e não o corpo coletivo ao qual ele pertence, que tem uma dignidade a ser respeitada e promovida; logo, são os direitos fundamentais do indivíduo, de todos os indivíduos, que devem necessariamente ser assegurados. E o liberalismo de princípios, exposto com mais riqueza de detalhes na primeira seção, alhures, oferece o fundamento teórico mais apropriado para este desvio de olhar.

A justiça como equidade, de John Rawls, foi a primeira teoria da justiça a se ocupar, prioritariamente, do indivíduo e da satisfação das suas necessidades básicas, sob a responsabilidade do Estado, para que todos tenham acesso às condições materiais necessárias à livre elaboração e persecução dos seus planos individuais de vida. E, ao fazê-lo, o teórico se preocupou em assegurar que nenhum indivíduo reste excluído da proteção estatal. Esta inovação na forma de se conceberem as obrigações do Estado para com a sociedade é a razão principal pela qual se optou pela justiça como equidade como ideia base do fundamento teórico desta análise. Segundo a teoria da justiça de Rawls, cada indivíduo, e não a coletividade como um todo, é titular de um conjunto básico de direitos, que lhe deve ser assegurado pelo Estado. E, neste conjunto de direitos, está incluída uma parcela de bens materiais, a qual pode ser compreendida como o conteúdo dos direitos sociais fundamentais.

O princípio da diferença, idealizado por Rawls para regular a distribuição de renda e riqueza entre os membros da coletividade, garante que todos os indivíduos, sem exceção, tenham as suas necessidades básicas satisfeitas pelo objeto da distribuição e, desta forma, adquiram as condições materiais necessárias à persecução dos seus objetivos individuais de vida. Isso porque a parcela de bens materiais a ser distribuída pelo Estado é pensada a partir das necessidades dos indivíduos menos favorecidos.

Desta forma, o princípio da diferença controla as desigualdades surgidas no seio da sociedade, admitindo-as como justas se, e somente se, não comprometerem o acesso de nenhum indivíduo a esta parcela mínima

de bens materiais. Assim, todos terão satisfeitas as suas necessidades básicas e gozarão, conseqüentemente, de liberdade real para conduzir a sua vida como mais bem lhes aprouver.

Transpondo-se a justiça como equidade, em especial, o princípio da diferença, à realidade brasileira, tem-se que esta parcela de bens materiais, devida pelo Estado a todos os indivíduos, corresponde ao conteúdo dos direitos sociais que contam com previsão constitucional, porque tidos como essenciais ao respeito e à promoção da dignidade inerente a todo e qualquer ser humano, em razão do simples fato de serem humanos. São estes direitos que o Estado brasileiro está juridicamente obrigado a implementar, e a fazê-lo de maneira que nenhum indivíduo reste excluído da proteção estatal.

Nesse contexto, ao contrário das políticas públicas sociais engendradas pelos Poderes Legislativo e Executivo, que guardam um certo grau de limitação, as demandas judiciais concretamente analisadas pelos membros AGU são um palco propício para uma correção da atuação estatal na consecução das necessidades básicas a serem satisfeitas pelo Estado.

O ideal é mesmo que todos os indivíduos tenham os seus direitos fundamentais, sejam eles direitos de liberdade ou direitos de igualdade, espontaneamente satisfeitos.

Mas nem por isso não se deve considerar um enorme avanço essa forma de atuação da AGU ao, ainda que na via judicial, reconhecer o dever do Estado de garantir aos indivíduos a satisfação dos direitos que lhes são essenciais para o gozo de uma vida digna, através de alguma das formas de encerramento precoce do litígio, corrigindo-se a situação de inconstitucionalidade consubstanciada no não cumprimento ou no cumprimento insatisfatório das normas definidoras dos direitos sociais fundamentais. E é justamente desta forma que tal situação deve ser encarada, para que, então, possa ser corrigida: trata-se do descumprimento da norma jurídica suprema do Estado, que é a Constituição; como resultado, tem-se a negação de um direito fundamental, e não a mera protelação de uma agenda política.

Este importante papel que foi assumido pela AGU está sendo exercido a contento, já que se pode vislumbrar sua intervenção adequada nas políticas públicas sociais, tomando como sua única limitação aquela consubstanciada nos próprios direitos que foram eleitos pelo constituinte como essenciais à dignidade da pessoa humana, bem como nas necessidades de cada indivíduo em relação ao conteúdo destes direitos. Assim, aquele órgão somente atuará dessa forma diferenciada para garantir a concretização de direitos dentro do universo dos direitos fundamentais, sendo certo que o grau em que estes deverão ser implementados só pode ser determinado em função

das necessidades básicas dos indivíduos (e não, por exemplo, na medida da disponibilidade dos recursos materiais).

Neste diapasão, a atuação da AGU nas políticas públicas sociais vem sendo feita (e pode ser aprimorada), basicamente, sob estes dois prismas: o alcance e a definição da prestação devida pelo Estado, para a implementação de cada um dos direitos sociais. Essa atuação assegura que o indivíduo não reste excluído do raio de alcance da prestação estatal, nem mesmo se disso decorrer um benefício maior para a coletividade.

Para finalizar, convém reafirmar, para que não restem dúvidas, que não se deve descuidar da implementação dos direitos sociais fundamentais pelas vias ordinárias, que são as vias políticas, sendo também competência constitucional da AGU o assessoramento e a consultoria jurídicos aos órgãos estatais responsáveis pela implementação desses direitos. Essas competências são exercidas também de forma brilhante pela AGU, que não descuida de olhar o indivíduo em detrimento da coletividade. Esta análise, porém, ateu-se ao papel da AGU no reconhecimento judicial dos direitos sociais fundamentais, buscando-se demonstrar que, também nesta via extraordinária, há uma atuação desenvolvida com características de advocacia de Estado, para que os direitos sociais dos indivíduos, de todos os indivíduos, sejam reconhecidos e implementados em níveis adequados.

4 CONCLUSÃO

Neste estudo, buscou-se o aparato teórico, substanciado no liberalismo de princípios, mais apropriado a permitir a atuação da AGU, na seara da concretização judicial dos direitos sociais fundamentais, em moldes capazes de viabilizar a efetiva satisfação das necessidades básicas dos indivíduos, para que todos, sem exceção, tenham assegurada a liberdade real para dar início à execução do seu plano individual de vida.

Isso porque os direitos e garantias fundamentais, em uma democracia constitucional, estão centrados no indivíduo, e não na coletividade. Logo, a AGU, no exercício da sua função constitucional de advocacia de Estado, atuando em demandas judicializadas, reconhece, em nome do Estado, a existência de direitos sociais no caso concreto, garantindo o fiel cumprimento das normas constitucionais definidoras dos direitos fundamentais, inclusive aqueles de caráter econômico e social, pautando-se pelos interesses dos indivíduos, e não da coletividade. Para tanto, substituiu-se a lógica utilitarista, voltada para a coletividade, pelo liberalismo de princípios.

A justiça como equidade, enquanto teoria de base, permite este aprimoramento da intervenção da AGU nas políticas públicas sociais.

Sobre este fundamento teórico, torna-se possível a máxima ampliação do raio de alcance da atuação estatal, de sorte que nenhum indivíduo reste dela excluído, bem como a identificação e a satisfação das necessidades básicas de cada um dos indivíduos que integram a coletividade.

Somente desta maneira é que os direitos sociais fundamentais se tornarão capazes de exercer com efetividade a função para a qual se prestam, qual seja, a proteção do indivíduo, e a oferta das condições materiais de que necessita para dar início à execução do seu plano individual de vida.

No exercício de outras competências constitucionais dedicadas à AGU, tais como o assessoramento e a consultoria jurídicos prestados ainda na gestação da política pública, a atuação também é voltada para a concretização prática desses direitos. Mas, ante o âmbito limitado desta análise, tal competência restou por ora excluída, tendo sido deixada, quiçá, para uma outra oportunidade.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 out. 2018.

_____. Portaria PGF n.º 024, de 18 de janeiro de 2018. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 jan. 2018. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=22/01/2018&jornal=515&pagina=2&totalArquivos=82>>. Acesso em: 09 out. 2018.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Ações afirmativas*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2014.

_____. *Direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2015.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

ROSAS, João Cardoso. Liberalismo igualitário. In: ROSAS, João Cardoso (Org.). *Manual de Filosofia Política*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 35-66.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. revisada e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012a.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. revisada e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012b.

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-46.

A CRISE MIGRATÓRIA DA VENEZUELA, O PANORAMA LEGISLATIVO E A ATUAÇÃO DA ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

*THE MIGRATORY CRISIS IN VENEZUELA AND THE
BRAZILIAN LEGISLATION*

Carolina Garcia Pacheco
Procuradora Federal – PRF 1 Região

SUMARIO: Introdução; 1 Do Panorama Normativo; 2 A judicialização do conflito e a atuação da Advocacia Geral da União; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo pretende traçar um breve panorama da crise vivenciada no estado de Roraima, caracterizada pelo ingresso em massa de venezuelanos que buscam escapar da crise econômica, política e social instalada. Inicialmente, traçaremos um breve panorama dos documentos normativos mundiais acerca do tema - o contexto histórico do surgimento da proteção ao migrante e a evolução das normas acerca das migrações. Após, buscaremos apresentar a legislação pertinente as migrações no Brasil e a incorporação no patrimônio jurídico nacional das normas internacionais das quais o Brasil é signatário. Apresentado o arcabouço normativo, analisaremos a atuação da Advocacia Geral da União em relação a Ação Cível Originaria 3121 proposta pelo Estado de Roraima.

PALAVRAS-CHAVE: Migrações. Venezuela. AGU. ACO 3121.

ABSTRACT: The present article intends to give a brief overview of the crisis experienced in the state of Roraima, characterized by the mass entry of Venezuelans who seek to escape the economic, political and social crisis. Initially, we will briefly outline the world's normative documents on the subject - the historical context of its emergence and the evolution of norms on migration. After that, we will try to present the pertinent legislation to the migrations in Brazil and the incorporation in the national legal patrimony of the international norms of which Brazil is signatory. Having presented the normative framework, we will analyze the action of the Federal Attorney General's Office in relation to the Civil Action 3121 proposed by the State of Roraima.

KEYWORDS: migrations. Venezuela. AGU. ACO 3121.

INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da humanidade os seres humanos realizam movimentos migratórios. Com a evolução da sociedade, a organização política em estados nacionais teve como um dos escopos atender as necessidades de seus cidadãos no espaço geográfico delimitado. Todavia, com os crescentes conflitos étnicos, religiosos, políticos e com crises econômicas cíclicas, as migrações internacionais não cessaram, ao revés, se intensificaram.

O Alto Comissariado da Nações Unidas para Refugiados – ACNUR – observou uma mudança no perfil das migrações em massa desde o momento da sua formação, em 1950: “Sempre foi um fenômeno mundial, mas agora, atinge de maneira mais significativa, por exemplo, países nunca antes tão afetados com o seu fluxo, como o Brasil”¹

Na atualidade, observamos que a América do Sul tem sido palco de um crescente fluxo migratório, tendo o Brasil um dos países destino dos migrantes . Atualmente, o Brasil é o segundo país que mais recebe refugiados venezuelanos¹¹.

No ano de 2010, o Brasil foi destino de imigrantes advindos do Haiti, sobretudo em virtude dos desastres naturais que assolaram a região. Recentemente, a Venezuela é o país responsável pelo maior contingente de imigrantes recebidos pelo Brasil.

A grave crise econômica e política vivenciada pelo país vizinho, aliada a reconhecida violação aos direitos humanosiii, fez com seus nacionais buscassem refúgio no Brasil, sendo o estado de Roraima a porta de entrada destes estrangeiros no país. A violação generalizada aos direitos humanos, segundo a Human Right Watch, está representada pela falta de itens básicos de sobrevivência, com serviços básicos de saúde, medicamentos e falta de alimentos - que gerou um grave incremento no índice de desnutrição severa na população. Esta situação configura violação aos direitos humanos.

Segundo a Organização Internacional de Migração, 2,3 milhões de venezuelanos já deixaram o país em meio à essa situação, que piorou significativamente a partir de 2015. Estima-se que pelo menos 50 mil venezuelanos, ou 2%, tenham se fixado apenas no Brasil, até abril de 2018, um aumento de mais de 1000% em relação a 2015.O número leva em conta pedidos de asilo e residências.

O fluxo migratório apresenta números crescentes desde 2015, tendo atingido o ápice em 2018. A maior parte deste contingente ingressou no país pela fronteira terrestre, através da cidade de Pacaraima - cidade de aproximadamente 8.000 habitantes localizada na fronteira com a Venezuela - no estado de Roraima.

O incremento do fluxo migratório neste curto espaço de tempo causou inúmeros conflitos na região, ocasionando agravamento da crise já instalada.

Este é o contexto que será analisado neste artigo. Sem a pretensão de esgotar assunto tão complexo, passaremos a discorrer sobre o panorama normativo que regulamenta as migrações e refúgio, bem como o papel jurídico da Advocacia Geral da União ante as atitudes tomadas pelo estado de Roraima, em sua desesperada tentativa de dar uma resposta a crise social instalada.

1 – DO PANORAMA NORMATIVO

O fenômeno das migrações - sejam elas forçadas ou voluntárias - sempre foi presente na sociedade. Em períodos de guerras crises econômicas acentuadas ou catástrofes ambientais, ocorre um incremento nas movimentações humanas.

A Declaração Internacional dos Direitos Humanos - aprovada em 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas - pode ser indicada como um vetor das demais normas que versam sobre migrações. O pano de fundo para a concepção deste documento foi o fim da Segunda Guerra Mundial, onde a humanidade se deparou com os horrores do holocausto, das armas de destruição em massa e do desrespeito a condição humana do outro.

Na esteira da proteção ao ser humano e no contexto das trágicas consequências da Segunda Guerra Mundial, foram editados outros documentos internacionais que balizaram os direitos e a forma de proceder dos Estados em relação às migrações:

Ainda sob forte influência das consequências nefastas do pós-guerra, a ONU aprovou a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954, seguida da Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia, em 1961. Outro documento relevante foi o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1966. Todos esses documentos salientam que é a noção de pertencimento a um Estado que permite que um ser humano se desenvolva e tenha acesso aos direitos. (OSLEN: 2015 p. 118)^V

Ainda sob o contexto do pós-guerra, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas também criou o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (Acnur). Todavia, *à época* de sua criação, a Convenção de Genebra de 1951 *“abrangia somente refugiados que se encontravam nessa situação antes de 1º de janeiro do mesmo ano.*

Ela não incluía os milhares que, depois da criação do tratado e das duas guerras mundiais, tornaram-se seres humanos em situação de refúgio devido a novos conflitos geradores de perseguições^{vi}”.

Para novas situações de refúgio foi instituído o Protocolo de 1967, englobando situações ocorridas após o marco designado na Convenção de 1951.

No âmbito regional, a América Latina editou a Declaração de Cartagena de 1984, considerada uma das mais avançadas do mundo, posto que amplia o conceito da condição de refugiado consagrado na Convenção de Genebra de 1951. Veja-se:

Considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública. (Declaração de Cartagena, 1984, Terceira Conclusão, p. 3).^{vii}

Esta Declaração, como outros documentos internacionais, não vincula imediatamente os Estados participantes, necessitando de incorporação ao ordenamento interno. O Brasil aderiu à Declaração de Cartagena e outros documentos internacionais sobre o tema, editando normas a respeito do assunto em questão.

De qualquer forma, o Brasil, em 1997, criou a Lei nº 9.474, que regulamentou não só o que a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 orientavam, como também o que a Declaração de Cartagena determina como refugiado, exemplificando certo cuidado do Estado brasileiro em lidar com o refúgio, tema ainda delicado no sistema internacional. Ademais, o Brasil também participa ativamente dos diálogos multilaterais sobre direitos humanos de pessoas refugiadas, como a Declaração de São José de 1994, a Declaração e Plano de Ação do México de 2004 e a Declaração e Plano de Ação do Brasil de 2014, todos processos de construção de proteção de refugiados baseados no marco de Cartagena (DE ALMEIDA e MINCHOLA: 2015 p. 126)^{viii}.

A despeito dos reconhecimentos de direitos nestas normas acima indicadas, o ordenamento jurídico brasileiro ainda convivía com leis emanadas do regime militar, onde o “espírito” não se coadunava com normas posteriores à ditadura, bem como a realidade social que se apresentava.

A Lei 6815/1980 – estatuto do Estrangeiro – foi produzido durante a vigência da Constituição de 1967/1969, sendo fruto, portanto, de um período político impregnado pelo ideal de “segurança nacional” exacerbado.

Em 2017 passou a vigorar a Lei nº 13.445/2017, ab-rogando a Lei 6.815/80, “*um dos últimos diplomas legais promulgados durante a ditadura militar, que tinha por fonte de inspiração a doutrina de segurança nacional.*”^{IX}

A novel legislação “*abandona a perspectiva da segurança do Estado, preconizada na Lei nº 6.815, de 1980, e adota, como pilares fundamentais da relação entre o Estado brasileiro e os estrangeiros, os aspectos humanitários e de proteção relacionados ao fenômeno migratório.*”^X

A nova legislação traz conquistas em termos de marco legal para garantia de direitos à população migrante. A lei estabelece princípios e diretrizes que guiarão uma futura política migratória brasileira e também prevê proteção para apátridas, asilados e brasileiros emigrados^{XI}.

Na esteira deste novo vetor normativo deverá ser analisada a atuação da Advocacia Geral da União em face do conflito instalado na fronteira com a Venezuela.

Conforme já salientado, a porta de entrada dos imigrantes venezuelanos no Brasil é o Estado de Roraima e o número de pessoas que chegam ao país advindos da Venezuela sofreu um grave incremento nos últimos anos.

O Estado de Roraima possui população muito pequena e tem a menor participação no PIB Nacional^{XII}, o que torna mais grave a situação de conflito na região.

Neste cenário, o conflito tomou proporções jurídicas com o ajuizamento pelo Estado de Roraima da ACO 3121, cujos desdobramentos envolvem a atuação da Advocacia Geral da União.

2 – A JUDICIALIZAÇÃO DO CONFLITO E A ATUAÇÃO DA ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

A Ação Cível Originária – ACO 3121^{XIII} foi ajuizada no Supremo Tribunal Federal pelo Estado de Roraima e tem como um dos pedidos o seguinte:

A União seja compelida a *limitar o ingresso de refugiados venezuelanos a uma quantidade compatível com a capacidade do Estado Brasileiro de acolher e prover as necessidades básicas dos estrangeiros*, até que sejam minimizados e corrigidos os impactos sociais e econômicos decorrentes dos milhares de estrangeiros que estão no Estado de Roraima.

No curso da referida ACO 3121, O Estado de Roraima editou o Decreto nº 25.681/2018, que estabelece uma série de restrições ao ingresso de venezuelanos no Brasil, bem como acesso destes aos mais serviços públicos mais básicos.

Tanto o pedido inicial formulado na ACO 3121, bem como o teor do Decreto nº 25.681/2018, infringem a legislação interna acerca do tema e as normas internacionais das quais o Brasil é signatário.

Conforme já mencionado, o Brasil é signatário de vários documentos internacionais sobre o tema, dentre eles a convenção de Genebra de 185, que estabelece o princípio de Non-refoulement (não devolução) do refugiado. Ademais, ressalta-se o teor da Carta de Cartagena e da nova lei de Migração (lei 13445/2017), que traz a determinação de acolhida humanitária ao migrante, independente de demonstrada a condição de refúgio clássico. Neste sentido, inclusive, vide art. 3º da referida Lei:

Art. 3º A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes:

- universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos;
- repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação;
- não criminalização da migração; [...]
- V - promoção de entrada regular e de regularização documental;
- VI - acolhida humanitária.

Constata-se portanto, a pronta ilegalidade da “limitação de ingresso” formulado pelo estado de Roraima, tanto no bojo da ACO 3121 como no Decreto nº 25.681/2018.

Em decisão monocrática, após apreciação da contestação apresentada pela União, a Ministra relatora entendeu que o teor do Decreto em questão inviabiliza o direito dos migrantes consubstanciados nos documentos internacionais ratificados pelo Brasil.

Com efeito, a pretensão de impor inúmeras dificuldades de ingresso aos Venezuelanos contradiz-se com as normas de direito internacional das quais o Brasil é signatário.

Para além destas flagrantes ilegalidades, verificou-se ainda óbices processuais a desprover a pretensão do estado de Roraima.

A Advocacia Geral da União, em sua manifestação, além de indicar as patentes ilegalidades do Decreto no tocante as normas internacionais sobre o tema, manifestou-se no sentido de que a União estava tomando providencias a minimizar os reflexos da migração em massa em questão.

Neste sentido, a atuação da Advocacia Geral da União se consubstanciou em uma articulação das diversas frente de atuação que estavam sendo viabilizadas pelas mais variadas instâncias federais. A Advocacia Geral da União, na resposta ao juízo originário da ACO, demonstrou a edição de normas que permitiam atender as necessidades tanto financeiras quanto logísticas do estado de Roraima.

No tocante a questão da competência, consignou-se que os entes federados tem obrigações decorrentes da própria Constituição Federal, não sendo obrigação legal exclusiva e privativa da União promover o tratamento humanitário digno aos migrantes.

O processo continua em tramite, tendo a litigiosidade, ao que parece, sido amenizada pelas medidas adotadas pela União, representada pela Advocacia Geral da União. Registre-se, inclusive, que não apenas na atuação judicial se faz presente a AGU, mas também na assessoria jurídica das pastas ministeriais envolvidas no acolhimento e prestação de serviços aos imigrantes venezuelanos.

3 CONCLUSÃO

A questão migratória sempre esteve presente nos debates das nações, posto que e um fenômeno que se repete na historia da humanidade. É sabido que tais movimentos se intensificam por razões políticas ou desastres ambientais.

O Brasil experimentou, na sua história recente, dois movimentos migratórios acentuados que geraram conflitos na região norte do país: a migração de pessoas advindas do Haiti, que buscaram outro país primordialmente em função da crise decorrente de desastres naturais e a migração de venezuelanos.

Atualmente o Brasil enfrenta os reflexos da crise política, econômica e social da Venezuela, com uma onda migratória crescente e concentrada no estado de Roraima.

A par de varias reações sobre a questão, a análise jurídica necessita de confrontar a realidade dos fatos com o panorama normativo internacional e local.

A nova lei de migrações condensou os princípios das normas internacionais das quais o Brasil e signatário e, a despeito de vários

vetos e da necessidade de algumas regulamentações, pode-se observar que o vetor da norma local coaduna-se com o espírito da Declaração de Cartagena e da Convenção de Genebra.

Neste sentido, observa-se que a pretensão do estado de Roraima deduzido na ACO 3121 não se coaduna com os principais normativos acerca do tema.

A Advocacia Geral da União, em sua manifestação, apresentou-se como um ente que centralizou as informações das ações encampadas pelo Governo Federal no sentido de acolher os imigrantes, auxiliar o estado receptor das pessoas e gerir a crise. Foram apresentadas todas as ações e normas que viabilizam a gestão do conflito existente, bem como a ilegalidade e inconstitucionalidade da pretensão do estado de Roraima.

Observa-se, portanto, afirma posição do Estado brasileiro de dar cumprimento aos atos normativos internacionais e manter-se, ainda que no plano normativo, como uma referência de acolhimento ao e respeito ao direito do imigrante.

Certamente os conflitos não irão cessar, mas a atuação conjunta de diversos entes, no escopo de dar cumprimento aos arcabouço legislativo acerca do tema, tendem, com efeito, a amenizar a crise.

REFERENCIAS

AGÊNCIA BRASIL. *Brasil é o segundo país que mais recebe refugiados venezuelanos, diz Acnur*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2017-07/brasil-e-o-segundo-pais-que-mais-recebe-refugiados-venezuelanos-diz>>. Acesso em: 03 out. 2018.

BBC BRASIL. *ONU diz que crise migratória na Venezuela já está quase no nível de fluxo de refugiados no Mediterrâneo*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-45307311>>. Acesso em: 2 out. 2018.

DA SILVA, Daniela Florêncio. O fenômeno dos refugiados no mundo e o atual cenário complexo das migrações forçadas, *Revista brasileira de estudo das populações*, v.34, n.1 São Paulo jan./apr. 2017 e pub. June 26, 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.20947/s0102-3098a0001>>. Acesso em: 03 out. 2018.

SIMOES, Gustavo da Frota. *Venezuelanos em Roraima: características e perfis da migração venezuelana para o Brasil*. Disponível em: <www.kas.de/wf/doc/24729-1442-5-30.pdf>. Acesso em: 02 out. 2108.

OSLEN, Ana Carolina Lopes: Imigração e reconhecimento de direitos: o desafio do Brasil na era da (in)tolerância. *Rev. Direito Econ. Socioambiental*, Curitiba, v. 6, n. 2 p. 122-155, jul./dez. 2015p. 138.

DE ALMEIDA, Alessandra Jungs; MINCHOLA, Luis Augusto Bittencourt. *O “espírito de Cartagena” e a política brasileira de refugiados*. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/RevistaPerspectiva/article/view/71249>>. Acesso em: 02 out. 2018.

https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf. *Declaração de Cartagena, 1984*.

<http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/fiquePorDentro/temas/nova-lei-de-migracao-jun-2017>. Acesso em: 03 out. 2018.

<http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/fiquePorDentro/temas/nova-lei-de-migracao-jun-2017> acessado em 03/10/2018

<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/migracao-nova-lei-assegura-direitos-e-combate-a-discriminacao>. Acesso em: 19 out. 2018.

<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/migracao-nova-lei-assegura-direitos-e-combate-a-discriminacao>. Acesso em: 03 out. 2018.

MILESI, Rosita; COURY, Paula; ROVERY, Julia. Migração Venezuelana ao Brasil: discurso político e xenofobia no contexto atual. *Revista do corpo discente do PPG – História da UFRGS*, Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/aedos/article/viewFile/83376/49791>. Acesso em: 19 out. 2018.

www.stf.jus.br. Acesso em: 19 out. 2018.

A EFICIÊNCIA DO CONTROLE PREVENTIVO NO COMBATE À CORRUPÇÃO, O PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA E A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

*THE EFFICIENCY OF PREVENTIVE CONTROL MEASURES
IN COMBATING CORRUPTION, THE ROLE OF PUBLIC
ADVOCACY AND INTERNATIONAL EXPERIENCE*

Danielle Derenlanyj Vianna

Procuradora Federal em exercício na Procuradoria Federal no Estado do Paraná.

Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba

SUMÁRIO: Introdução; 1 O que são as políticas públicas; 2 Como a corrupção afeta a implantação das políticas públicas; 3 Experiência Internacional no combate a corrupção; 4 A advocacia pública no combate a corrupção; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente estudo trata do papel da advocacia pública como coadjuvante na implementação das políticas públicas, sendo que é através das políticas públicas que o Estado objetiva dar efetividade aos direitos fundamentais sociais. Diante de tal atribuição e considerando que a corrupção é a conduta que mais degrada a sociedade e desvirtua essa implementação, trazendo prejuízos a todos que se veem privados de serviços públicos de qualidade e também de investimentos, se analisa como a advocacia pública atua no combate a esse mal. Nesse contexto, traz-se a definição de política pública, de corrupção, e da atuação da AGU, como instituição de Estado criada pela Constituição Federal de 1988 para fazer a defesa dos interesses da União. Retrata-se o desafio enfrentado por outros países no combate a corrupção e a conclusão de que o controle preventivo é o que realmente tem eficácia nessa luta. Pretende-se demonstrar o importante papel da Advocacia Pública na busca de conduzir a efetivação de políticas públicas de bem-estar sociais, prevenindo e combatendo a corrupção, como a única forma de se garantir que os recursos públicos sejam efetivamente despendidos em favor da população. Ao final demonstrar a importância de se buscar a independência institucional dos órgãos de controle, fortalecer as boas práticas e a transparência das relações governamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas Públicas. Implantação. Corrupção. Prevenção. Repreensão. Experiência Internacional.

ABSTRACT: The present study seeks to explore the role of public advocacy as an adjuvant in the implementation of public policies, considering that it is through public policies that the State can effectively implement fundamental social rights. Given this attribution, considering that corruption is a practice that degrades society and distorts such implementation and that it is capable of damaging an entire society that is consequently deprived of quality public services and investments, this study analyzes the ways in which public advocacy defies this matter. In this context, the definition of corruption and public policy are presented, as well as the role played by the AGU as a State Institution created by the Federal Constitution of 1988 to defend the interests of the Union. This paper portrays challenges faced by other countries in the fight against corruption and concludes that preventive control is what has proved to be effective in this matter. It is therefore intended to present the important role of Public Advocacy when executing public policies of social welfare that fight and prevent corruption, as the only way of ensuring

that public resources are effectively spent on the population. Finally, the present study aims to demonstrate the importance of seeking institutional independence of control bodies, as well as reinforcing good practices and seeking transparency in government relations.

KEYWORDS: Public Policy. Implantation. Corruption. Prevention. Rebuke. Internacional Experience.

INTRODUÇÃO

O escopo do presente artigo é trazer uma reflexão sobre o quanto a corrupção sistêmica afeta o desenvolvimento da nação como um todo, na medida que desvia recursos indispensáveis para a efetivação de políticas públicas que visam assegurar os direitos sociais fundamentais, garantidos pela Constituição Federal, através de programas voltados a setores da sociedade.

Diante dessa problemática e do momento histórico que se vive, frente a essa grave crise, se desafia um novo pensar sobre como combater a corrupção e como a advocacia pública pode contribuir como função essencial a justiça nesse intento tão almejado, buscando dar um enfoque maior ao controle preventivo ao invés do repressivo.

1 O QUE SÃO POLÍTICAS PÚBLICAS

As políticas públicas afetam a todos os cidadãos, de todas as escolaridades, independente de sexo, raça, religião ou nível social. O bem-estar da sociedade está relacionado a ações de política pública bem desenvolvidas e à sua execução em áreas como saúde, educação, meio ambiente, habitação, assistência social, lazer, transporte e segurança.

É através das políticas públicas que o Estado busca dar efetividade aos direitos fundamentais sociais.

Segundo Maria Paula Dallari Bucci,2002: “Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.

Portanto, são diretrizes, princípios norteadores de ação do poder público desenvolvido pelo Estado diretamente ou indiretamente, que visam assegurar determinado direito.

As ações se realizam através de um processo de planejamento, orçamento e execução. É através das políticas públicas que o Estado objetiva dar efetividade aos direitos fundamentais sociais.

2 COMO A CORRUPÇÃO AFETA A IMPLANTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Corrupção vem do latim *corruptus*, que significa quebrado em pedaços. O verbo corromper significa “tornar pútrido”.

A corrupção pode ser definida como utilização do poder ou autoridade para conseguir obter vantagens e fazer uso do dinheiro público para o seu próprio interesse, de um integrante da família ou amigo.

A corrupção degrada a sociedade, afeta o desenvolvimento, comprometendo a qualidade de vida das pessoas e o próprio progresso da nação, reduzindo por exemplo os investimentos que poderiam ser concentrados no país.

Constata-se que cada vez mais a corrupção suga os recursos públicos que poderiam ser investidos na garantia dos direitos fundamentais, educação, saúde, meio ambiente saudável e tantos outros assuntos que são pauta de políticas públicas.

Toda a prática de desvio de recursos públicos, e quaisquer outras condutas que estejam ligadas ao não direcionamento de recursos para projetos públicos, são ações que vem a prejudicar a toda a sociedade do país.

Procurador da República Paulo Roberto Galvão em entrevista a Revista Istoé apresentou relatório da Organização das Nações Unidas (ONU) apontando que o Brasil perde cerca de R\$ 200 bilhões com esquemas de corrupção por ano.

O site da Transparência Internacional publicou que Brasil caiu de 79º para 96º no ranking de posição sobre a percepção da corrupção no mundo em uma lista de 180 nações, segundo dados de 2017.

Esse resultado de acordo a organização é um alerta de que os esforços notáveis do país contra a corrupção podem estar em risco, segundo análise não houve, em 2017, qualquer esboço de resposta às causas estruturais da corrupção.

Ainda de acordo com o relatório, o país também se encontra na pior situação dos últimos cinco anos. Atualmente, o Brasil divide a 96ª posição com Colômbia, Indonésia, Panamá, Peru, Tailândia e Zâmbia. E fica atrás de países como Timor Leste, Sri Lanka, Burkina Faso, Ruanda e Arábia Saudita.

A corrupção é sem dúvida um dos mais graves problemas que o Brasil tem para superar.

3 EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

A Itália vivenciou uma operação semelhante a operação Lava Jato a partir do ano de 1992, que investigou dezenas de casos de pagamento de propinas em contratos do governo e que levou ao fim a chamada Primeira República Italiana e ao desaparecimento de vários partidos políticos. No entanto, a corrupção não foi extirpada.

Para o cientista político Alberto Vannucci, em entrevista à BBC BRASIL, um dos maiores estudiosos da Operação “Mãos Limpas” na Itália, que serviu de inspiração para a Lava Jato, investigações judiciais não conseguem acabar com a corrupção em um país quando ela é sistêmica.

“Inquéritos judiciais, mesmo quando bem-sucedidos, podem colocar na cadeia alguns políticos, burocratas e empresários corruptos, mas não conseguem acabar com as causas enraizadas da corrupção”.

Os níveis de corrupção estão intimamente associados à qualidade e eficiência do Estado: um Estado que garante melhores serviços aos seus cidadãos é menos vulnerável à corrupção, pois ela é imediatamente reconhecida, isolada e condenada pelos próprios cidadãos, antes mesmo dos magistrados.

A Autoridade Nacional contra Corrupção (ANAC) criada na Itália e dirigida pelo juiz Raffaele Cantone, acredita mais nas virtudes de um sistema que garanta a transparência, do que nos processos penais e relata que “Os países que ocupam os primeiros lugares na lista elaborada pela Transparência Internacional (Dinamarca e Nova Zelândia com 90 pontos) não são países que usam métodos repressivos draconianos, e sim que incentivam a colaboração dos indivíduos”, conforme entrevista à revista Istoé em 02 de fevereiro de 2017.

Analisando também o exemplo da Escandinávia, se verifica a necessidade de pesados investimentos em educação pública, para incentivar o fortalecimento de uma cultura cívica e ativar os mecanismos de participação política a partir da base.

Hong Kong, Filipinas, Índia, Geórgia, Cingapura e Botsuana são alguns exemplos de sucesso no combate à corrupção e que priorizaram a transparência das relações, o fortalecimento das intuições e das práticas preventivas.

Iniciativas de combate à corrupção no âmbito internacional vem sendo traçadas há décadas. É imprescindível, no entanto, que os países incorporem à sua própria legislação nacional ferramentas de combate que dialoguem diretamente com as particularidades de sua conjuntura política e socioeconômica.

4 A ADVOCACIA PÚBLICA NO COMBATE A CORRUPÇÃO

A atuação da Advocacia-Geral da União, como instituição criada pela Constituição Federal de 1988, responsável pela representação, fiscalização e controle jurídico da União, bem como pela proteção do patrimônio público, ocorre em duas frentes, tanto previamente no âmbito consultivo como repressivamente no contencioso e essa mesma sistemática se estende a nível de Estado e Município com suas procuradorias estaduais e municipais.

O controle interno da juridicidade do agir administrativo decorre do exercício das funções típicas da advocacia pública, atividades de consultoria e contencioso e tem fundamental importância para realização dos direitos subjetivos individuais.

As consultorias previnem atos de improbidade opinando em diversos processos administrativos e, principalmente, em licitações e em contratos. Em seus pareceres jurídicos prévios, apontam inconsistências, ilegalidades, desvios, indicando ao administrador a melhor forma de implementar as políticas públicas, de acordo com as normas e princípios que norteiam a Administração Pública.

Nesta tarefa, cabe a Advocacia Pública o controle jurídico das posturas administrativas.

Já o contencioso da Advocacia Pública tem a missão, dentre outras, de buscar a recuperação judicial de valores desviados dos cofres públicos federais, a partir de constatações realizadas pelos órgãos de controle da União, como a Controladoria Geral da União, o Tribunal de Contas da União, o Departamento de Polícia Federal e Judiciário, através da possibilidade de ingresso de ações de improbidade administrativa, em que se busca a condenação do agente público que agiu em desvio de finalidade, bem como a recuperação dos danos causados aos cofres públicos.

A atividade de consultoria, no entanto, destina-se a orientação dos agentes administrativos sobre como deve se dar a aplicação do direito. De forma preventiva, atua evitando que os prejuízos se instaurem e prejudiquem a efetivação das políticas públicas. Isso decorre da relação íntima existente entre a atividade consultiva e a realização do interesse público.

Cumpra destacar ainda que o advogado público em seu mister deve procurar sanar irregularidades, orientando a autoridade administrativa a modificar o ato ilegal, mediante a lavratura de parecer.

Existe é claro uma relação de confiança mantida entre o advogado e o seu cliente, no caso, o Poder Público, no entanto, se a orientação não for atendida, constatando-se, em caso concreto, a realização de conduta criminosa ou ato de improbidade administrativa, tem o procurador o dever de representação da irregularidade aos órgãos externos de fiscalização e controle.

Note-se, porém, que uma representação além de atingir o agente público, pode afetar o funcionamento da Administração Pública, atrasando ou impedindo a realização de políticas públicas que atenderiam as necessidades da população e por essa razão, diante da defesa do interesse social é que a advocacia pública deve, antes de mais nada, procurar sanar as irregularidades no âmbito interno, apresentando inclusive, alternativas viáveis a execução das políticas esboçadas.

Como já mencionado a advocacia pública exerce a função de controle prévio da legalidade dos atos da administração, em todas as esferas da

administração pública, é a entidade capaz de contribuir de forma incisiva no combate a corrupção, pois pode atuar no seu nascedouro.

O êxito dessa atuação, no entanto, depende de uma advocacia pública bem estruturada, unificada e independente tecnicamente para tenha condições de realizar, preventivamente, em conjunto com outros órgãos de controle, o combate ao cometimento de ilegalidades, evitando a dilapidação do dinheiro público, protegendo a sociedade.

Instituições que exercem esse papel de controle devem trabalhar interligadas, aprimorando o controle preventivo de licitude dos atos da Administração Federal.

Para fortalecimento da advocacia pública seria importante a edição pelo Poder Legislativo de uma Lei Orgânica Nacional, a exemplo do que já existe para a Magistratura e para o Ministério Público.

A advocacia pública destina-se a defesa dos interesses públicos, bem como dos interesses individuais, coletivos e difusos que a ordem jurídica lhe atribuir, podendo, portanto, atuar nos mais diversos segmentos, inclusive tendo ampliada sua atribuição para atender as empresas públicas, por exemplo.

Para Carvalho 2009 “a Advocacia Pública não é essencial ao poder executivo, mas função essencial ao Estado Democrático de Direito”.

Dessa análise se verifica que parte da solução para a atual crise passa pela atuação legal, forte e independente das instituições republicanas, dentre elas, a Advocacia Pública, trazendo maior transparência aos atos administrativos e atuação dos gestores, visando reduzir os números alarmantes de corrupção existentes no Brasil.

Relevante destaque nesse sentido deve se dar ao trabalho realizado pela Advocacia Pública na representação judicial da União em foro estrangeiro para recuperação de ativos desviados. Nesse cenário a AGU trabalha em parceria principalmente com o Ministério Público e Polícia Federal.

A localização de bens dos devedores é a grande dificuldade encontrada para o ressarcimento do patrimônio público. A condenação judicial não garante sucesso na reparação ao erário, pois as manobras utilizadas pelos devedores visando a ocultação de patrimônio são inúmeras.

Visando facilitar esse trabalho a Advocacia-Geral da União (AGU) desenvolveu o Sistema de Auxílio à Identificação e Localização de Pessoas e Patrimônio do Laboratório de Recuperação de Ativos, o sisLABRA.

Segundo o site da AGU:

A ferramenta eletrônica foi desenhada para cruzar uma série de informações e bancos de dados para identificar, de forma mais fácil, bens de pessoas e empresas. Ela permite consultar: CPFs; CNPJs; registros de veículos, imóveis, embarcações e aeronaves; doações

eleitorais, precatórios; carteiras de habilitação; vínculos empresariais, empregatícios e de parentesco.

O sisLABRA pode ser utilizado para encontrar bens de qualquer devedor da União, em especial de acusados de improbidade administrativa e de condenados a devolver algum valor para os cofres públicos. “É um ambiente projetado para dar apoio às atividades de cobrança e recuperação de ativos por meio da produção de conhecimento e de informações estratégicas que vão subsidiar a atuação judicial das unidades da AGU”, resume o advogado da União Claudio Fontes, do Departamento de Patrimônio e Probidade da Procuradoria-Geral da União (DPP/PGU).

Importante ainda mencionar os acordos de leniência e o *compliance* como instrumentos no combate a corrupção, onde mais uma vez se destaca a participação da Advocacia Pública.

Os acordos de leniência são firmados com a pessoa jurídica que cometeu o ato ilícito contra a administração pública e que se dispõe a auxiliar nas investigações, em troca de redução de pena.

Assim, os acordos de leniência permitem que os infratores contribuam com as investigações, com o fim de prevenir ou reparar danos de interesse coletivo, isentando a empresa, por exemplo, de ser proibida de contratar com a Administração Pública, o que traria prejuízos não só a empresa, mas aos funcionários eventualmente demitidos e ao próprio mercado.

Ressalta-se, no entanto, que o dano causado pela empresa infratora deve ser restituído em qualquer hipótese, deixando claro, o intuito de proteção ao patrimônio público.

A Lei 12.846/2013 conhecida como Lei Anticorrupção, estabelece que empresas, fundações e associações passem a responder civil e administrativamente, sempre que a ação de um empregado ou representante causar prejuízos ao patrimônio público ou infringir princípios da administração pública ou compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

O programa de *compliance* visa atender os objetivos da lei, instituindo nas empresas um conjunto de medidas de integridade, com o fim de evitar, detectar e interromper a ocorrência de irregularidades definidas pela lei.

Em alguns estados só é possível contratar com o poder público se a empresa comprovar que possui programa de *compliance* estabelecido.

Dessa forma, novos critérios, como transparência prestação de contas, responsabilização de gestores e da administração passam a ser parâmetros de conduta adotados pelas empresas, iniciando um movimento que impacta diretamente o setor empresarial em sua relação com a administração pública e com o mercado.

Em entrevista ao Portal Conjur a Ministra Grace Mendonça anunciou que a AGU está perto de finalizar um programa de *compliance* para prevenir desvios e assegurar condutas éticas e que servirá como base para toda a administração direta e indireta.

Os meios de controle preventivo ainda podem ser ampliados, outros desenvolvidos, buscando cada vez mais uma atuação uniforme e interligada, que dificulte o intento criminoso.

Em Congresso da ANAPE, o Ministro Alexandre de Moraes afirmou que a Advocacia Pública deve avançar institucionalmente no controle preventivo da corrupção, uma das suas bandeiras mais importantes.

Fortalecer os órgãos de controle preventivo e repressivo é institucionalizar a Justiça. Dar robustez ao preparo técnico para evitar que o administrador pratique ilegalidades. Ter uma Advocacia Pública forte, independente, que troque informações com outros estados e com a União e que verifique a legalidade dos atos, seria um salto institucional importantíssimo, comentou.

Nesse contexto, o combate à corrupção, a proteção da probidade e a defesa do patrimônio público exsurtem como missões institucionais da advocacia pública; seja em sua forma *preventiva*, especialmente nos processos de licitações e de contratações públicas, seja em sua forma *repressiva* ou *proativa*, por meio de instrumentos de controle judicial à disposição dos advogados públicos na defesa e recuperação do erário: a) ação de improbidade (lei n.º 8.429, de 02 de junho de 1992 – art. 17, *caput* e parágrafo segundo); b) ação civil pública (Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985 – art. 5º, *caput*, inciso III, e parágrafo segundo); c) ação popular (Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965 – art. 6º, parágrafo terceiro); d) bem como as medidas previstas na Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846, de 01 de agosto de 2013 – art. 19, *caput*, e parágrafo quarto), dentre outras leis.

5 CONCLUSÃO

Diante do estudo realizado para elaboração do presente artigo, conclui-se que o combate eficaz a corrupção exige uma união de esforços de toda a sociedade.

No Brasil, não se pode desvalorizar os avanços obtidos com a operação lava jato, mas nem de longe se pode confiar que será suficiente para coibir futuros atos de corrupção.

Essa conclusão se baseia em exemplos de outros países que conseguiram reduzir os níveis de corrupção interna e no exemplo da Itália que enfrentou uma operação judicial nos moldes da Operação Lava Jato, atualmente vivenciada pelo Brasil.

Verifica-se que a atuação preventiva dos órgãos de controle, a independência funcional dessas instituições, o fortalecimento da transparência, o incentivo as boas práticas comerciais, o investimento em educação cívica, diminui os riscos de corrupção.

O Brasil por ser um país continental tem, por certo, maior dificuldade para o combate a uma corrupção sistêmica generalizada. Por essa razão os organismos de controle devem ter uma atuação unificada e integrada, para troca de informações e controle efetivo da licitude dos atos da administração.

A Advocacia Pública se revela como instituição capaz de atuar nas diversas frentes de combate a corrupção, atuando também de forma preventiva, o que se mostra pela experiência internacional, ser mais eficiente, revelando resultados duradouros.

Portanto, a atuação da advocacia pública deve se pautar no combate a corrupção, a proteção da probidade e a defesa do patrimônio público e sendo coadjuvante na implantação das políticas públicas, deve orientar o gestor para realização do interesse público e efetivação dos direitos fundamentais sociais.

REFERÊNCIAS

ANAPE, Setembro 12, 2017. Disponível em: <<http://anape.org.br/site/nao-existe-carreira-com-mais-expertise-no-combate-a-corrupcao-diz-ministro-alexandre-de-moraes-no-congresso-de-procuradores/n>>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. *Advocacia Geral da União*. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/625431>. Acesso em: 22 out. 2018.

BBCBrasil, março 17, 2016. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/03/160316_lavajato_dois_anos_entrevista_lab>. Acesso em: 20 out. 2018.

CARVALHO, Juan Pablo Couto de. *Advocacia Geral da União: breve relato do maior escritório de advocacia do país*. Coordenação de Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça* Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CONJUR. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-01/entrevista-grace-mendonca-advogada-geral-uniao>>. Acesso em: 20 out. 2018.

DALLARI BUCCI, Maria Paula. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. Saraiva, 2002.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001.

GALVÃO, Paulo Roberto. fevereiro 8, 2017. Disponível em: <<https://istoe.com.br/brasil-perde-cerca-de-r-200-bilhoes-por-ano-com-corrupcao-diz-mpf/>> Acesso em: 20 out. 2018.

ISTOÉ. *Autoridade Nacional contra Corrupção (ANAC)*. Entrevista fevereiro 02, 2017. Disponível em: <<https://istoe.com.br/italia-ainda-e-vitima-da-corrupcao-25-anos-apos-maos-limpas/>>. Acesso em: 20 out. 2018.

MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Índice de Percepção da Corrupção (IPC)*. Disponível em: <<https://www.ipc.transparenciainternacional.org.br/>>. Acesso em: 20 out. 2018.

DA CAPACITAÇÃO À TRANSFORMAÇÃO:
CONTRIBUIÇÃO DO MINISTÉRIO DA
INDÚSTRIA, COMÉRCIO EXTERIOR E
SERVIÇOS E DA ADVOCACIA-GERAL DA
UNIÃO NA QUESTÃO DOS REFUGIADOS
VENEZUELANOS

*FROM TRAINING TO TRANSFORMATION: CONTRIBUTION
OF THE MINISTRY OF INDUSTRY, FOREIGN TRADE AND
SERVICES (MDIC) AND UNION'S ADVOCACY GENERAL (AGU)
ON THE ISSUE OF VENEZUELAN REFUGEES*

Henrique Tróccoli Júnior

*Procurador federal. Especialista em Direito Tributário pela UFPE. Coordenador-
Geral Regimental e Judicial da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Indústria,
Comércio Exterior e Serviços – MDIC.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Situação dos Refugiados Venezuelanos no Contexto de uma Crise Migratória Global; 2 Pertinência do Entra, Pela Arte! com a Atuação do MDIC/AGU; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo é uma proposição sobre possível atuação do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços – MDIC na questão dos refugiados – e imigrantes - venezuelanos em Roraima, sob o pano de fundo da importância da capacitação como instrumento de renovação e disseminação de conhecimento e de concretização de ideias em prol de políticas públicas eficazes.

PALAVRAS-CHAVE: Capacitação. Imigração. Refugiados Venezuelanos. Política Pública. Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços. Advocacia-Geral da União. Artesanato.

ABSTRACT: The present article is a proposal on the possible role of the Ministry of Industry, Foreign Trade and Services (MDIC) and the Union's Advocacy General in the issue of refugees - and immigrants - in Roraima, under the background of the importance of training as an instrument for the renewal and dissemination of knowledge and of ideas for effective public policies.

KEYWORDS: Training. Immigration. Venezuelan Refugees. Public Policies. Ministry of Industry, Foreign Trade and Services (MDIC). Crafts.

INTRODUÇÃO

Este ensaio é descritivo e propositivo. Ele visa apresentar objetivamente o produto de capacitação por intercâmbio, permitido pela Escola da Advocacia-Geral da União, e custeado, com ônus limitado, pelo Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços – MDIC para participar do Curso “Desafios da Advocacia Pública na Efetivação de Direitos na Era Global”, ministrado pela Universidade Tor Vergata em julho de 2018.

A política de capacitação da Administração Pública federal é entendida como um *processo permanente e deliberado de aprendizagem, com o propósito de contribuir para o desenvolvimento de competências institucionais por meio do desenvolvimento de competências individuais* e visa, dentre outras finalidades, *a melhoria da eficiência, eficácia e qualidade dos serviços públicos prestados ao cidadão; o desenvolvimento permanente do servidor público e a adequação das competências requeridas dos servidores aos objetivos das instituições.*

Emocionado após a palestra inicial, em Genebra, na sede do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) com a

demonstração da situação dos refugiados e consciente de que devo retribuir ao meu país a oportunidade que me fora concedida, resolvi que buscaria delinear uma forma de contribuição pelo MDIC à questão migratória venezuelana, nem que fosse para viabilizar um outro projeto, esse da Consultoria Jurídica junto à Pasta, de capacitação da área técnica em produção normativa, tendo em vista a vigência, em fevereiro de 2018, do novo Decreto nº 9.191, de 2017.

Assim, apresentaríamos o artigo exigido pelo Edital e com as palestras cumpriríamos as finalidades da política capacitatória do Governo Federal.

Escolhemos o campo do artesanato, atualmente de atribuição regimental da Secretaria de Micro e Pequena Empresa pelas razões que explanarei mais à frente. Criamos um nome fictício - *Entra, pela arte!* para o projeto, inspirado na disciplina *Imigração*, ministrada pelo Professor Joaquín Urias, e na visita ao ACNUR.

O projeto é formado por duas etapas: a primeira, já iniciada (NUP nº 52010.0100097/2018-71), consistirá em três reuniões com as áreas técnicas para abordagem sobre produção normativa, com ênfase na produção de parecer técnico, e estruturação em sala de aula de uma proposição contemplando o *Entra, pela arte!*

O *Entra, pela arte!* propõe-se a ser um modelo de interação humanitária entre brasileiros e venezuelanos capaz de revelar uma autêntica iniciativa em que todos saem ganhando, beneficiando não só imigrantes ou refugiados, mas também a população local boavistense, roraimense, nortista e quiçá de todo o Brasil, servindo de local de discussão de política de enfrentamento do grave problema mundial dos refugiados, *sob a perspectiva do desenvolvimento econômico*.

Para a gestação/normatização de política pública é de suma importância conhecer o contexto do problema que ela visa equacionar. Nós, enquanto operadores do Direito, vamos delimitá-lo da seguinte forma: i) efeitos jurídicos do êxodo venezuelano sobre a União, pelo enfoque das políticas do MDIC; ii) fundamentos fáticos e jurídicos que justificam a intervenção do MDIC.

Entendemos que as situações da vida podem ser negativas ou positivas conforme a lente de quem vê... convido-os, caros membros e leitores, a ver a situação dos refugiados de Roraima como oportunidade de desenvolvimento econômico e social do Município de Boa Vista, de florescimento da cultura humanitária e integracionista e do fomento ao empreendedorismo numa região carente de atenção e recursos.

O projeto *Entra, pela arte!* pretende ter a contribuição de todas as secretarias ministeriais, sendo concebido por várias mãos, no bojo de

treinamento a ser ministrado sobre produção normativa, que dentre seus conteúdos abordará o *parecer de mérito* – peça processual da área técnica que justifica a atuação estatal. Estruturaremos, juntos, o parecer de mérito de uma minuta de ato normativo envolvendo o projeto.

Caso o projeto *Entra, pela Arte!* não renda frutos, não se concretize, já haverá tido o MDIC ganho com a troca de experiências e aprimoramento do saber.

As vezes a experiência é maior que o seu fruto!

1 A SITUAÇÃO DOS REFUGIADOS VENEZUELANOS NO CONTEXTO DE UMA CRISE MIGRATÓRIA GLOBAL E SEUS IMPACTOS PARA A UNIÃO.

O problema da imigração e dos refugiados insere-se num contexto global e também regional. Se a história demonstra que em seus primórdios os homens eram essencialmente nômades, ela igualmente evidencia que a natureza do ser humano é se estabelecer em comunidades ligadas por traços culturais, linguísticos, religiosos etc. (CALDAS: 2015, p. 2)

Nessa perspectiva o deslocamento do ser humano para outra região ou país, quando provocado por fatores alheios a sua vontade, é por si só traumático e por isso objeto do direito internacional humanitário, ramo jurídico que visa regular as relações jurídicas de choque entre determinada população migrante e a população local, que no geral vê o imigrante como um peso a ser suportado.

O Professor Joaquin Uriás expressa o sentimento Europeu sobre os refugiados da seguinte forma:

En este sentido, lamenta que la prensa se centre en retratar a los refugiados como personas que viajan en infra-embarcaciones o que pasan hambre, y no como seres humanos que demandan asilo en el país de destino para poder reanudar una vida normalizada.

Entiende que sólo cuando se muestre esa cara de la moneda, la ciudadanía se manifestará de manera masiva para acogerlos y, por ende, será cuando el Gobierno pondrá en marcha los mecanismos necesarios para ello. En este punto, Joaquín Uriás remarca que el Gobierno español ha acogido a 898 personas refugiadas de las 16.000 a las que se había comprometido, mientras que Alemania ya cuenta con alrededor de un millón.

Por otro lado, censura el modo en que la prensa deshumaniza la situación de las personas refugiadas, centrándose más en las cifras que en el trauma de abandonar sus casas (muchas veces, para siempre),

tengan a sus hijas e hijos sin escolarizar durante años (con lo que eso significa para su formación) o teman por sus vidas en una situación de alta vulnerabilidad. <<https://www.emartv.es/2017/02/15/respectwords-6/#.W8dzfmhKiUk>>. Acesso em: 17 de outubro de 2018, as 14:40.

Há relativo consenso que vivemos em uma nova era de refugiados:

A new era of high refugee numbers is opening. Refugee numbers have been rising sharply over the last four years and by the end of 2015 totalled 16.1 million (UNHCR, 2016a). There are a further 3.2 million asylum seekers. These numbers do not include the 5.2 million Palestinian refugees under the UNRWA's mandate (UNRWA, 2015). The recent rise in refugee numbers has been largely driven by the continuing conflict in Syria, which started in 2011. By the end of 2015, Syrian refugees accounted for 30% of all refugees. These numbers do not reveal the true scale of displacement, as many people are displaced by war within their own countries. Because of this report's focus on international migration, the analysis focuses on refugee flows, not internally displaced persons (IDPs). This is not to minimize the quantity of IDPs. IDPs – numbering 37.5 million people – significantly outnumber refugees and the ratio of IDPs to refugees has been increasing over time. (OECD: 2016).

Na palestra do Prof. Urias, aprendi que há uma importante distinção entre o imigrante e o refugiado. O imigrante é geralmente um homem adulto, que vai tentar ganhar algum dinheiro em outro país com mais oportunidades do que aquele em que vive, tencionando posteriormente retornar ao seu lar, onde o aguardam seus familiares. É regido pela Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de Sua Família.

O refugiado é a pessoa que sofre ou teme sofrer, em seu Estado de origem, perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou questões políticas e que, por esses motivos, deixa esse Estado e procura proteção em outro, não podendo ou não devendo voltar ao Estado de onde veio, onde sua integridade se encontra em risco. (PORTELA: 2017, 1.014).

O refugiado é obrigado a sair do seu país porque teme por sua sobrevivência. Carrega consigo sua família. Abandona tudo que construiu,

inclusive suas memórias e tenciona residir no novo país, como apontou o Professor Uriás.

A qualificação de alguém como refugiado deve passar pelo crivo da *gramática dos direitos* humanos (BALERA: 2011, p. 1.019) e defluir do conjunto de definições trazidas pelos diversos atos normativos em vigor no ordenamento jurídico internacional. Prioriza-se, na doutrina de direitos humanos, o sentido mais favorável à dignidade da pessoa humana.

Atualmente, por força de Protocolo Adicional ao Tratado de Refugiados, da Declaração de Cartagena, de 1984 e da Convenção de Organização de Unidade Africana que Rege os Aspectos Específicos dos Problemas dos Refugiados em África, entende-se por refugiado também aquele que foi obrigado a sair do seu país de origem em face à grave e generalizada violação de direitos humanos e conflitos armados (LOPES, 2015, p. 9).

Nessa perspectiva, a condição de refugiados ou *refugiados de fato* dos venezuelanos foi assentada pela Ministra Rosa Weber na Ação Ordinária nº 3.121, proposta pelo Estado de Roraima em face da União. Nesse importante precedente reassentou-se: i) o princípio do non-refoulement (da não-devolução), pelo qual o Estado fica impedido de devolver o refugiado para o país onde sofreu a perseguição e de dar prosseguimento a procedimento de extradição (MAZZUOLI, 2011, p. 744); ii) tratar-se de questão federativa e complexa e iii) que:

O acolhimento humanitário imediato, prévio ao procedimento de análise e eventual deferimento formal, de competência do Poder Executivo, é medida que deflui de todas as normas internacionais a que aderiu o Brasil. Daí afirmar-se que a ampliação do conceito de refugiado gera, ao Estado, um *dever de proteção humanitária* e, lado oposto, uma *justa expectativa* naqueles que ingressam ou estão em vias de ingressar no território brasileiro, para que sua condição seja reconhecida como tal, ou ao menos que possa ser submetida à avaliação dos órgãos competentes. Anote-se, aqui, o direito fundamental de petição. (grifos no original)

Segundo PORTELA (PORTELA, 2017, p. 1.017), o Alto Comissário da ONU para os Refugiados, Gerrit Jan Van Heuven Goedhar, classificou as normas e direitos relativos aos refugiados nas seguintes modalidades:

- “1) Igualdade de tratamento entre os refugiados e os nacionais do Estado de refúgio: liberdade religiosa (art. 4); livre acesso aos tribunais (art. 16, par. 1^o); direito à educação primária (art. 22); direito à assistência médica e social, com especial atenção

para os refugiados em estado de indigência (art. 23); *direito ao trabalho, a condições laborais dignas e à seguridade social* (art. 24); e inexistência de imunidade tributária (art. 29). (grifei)

- 2) Igualdade de tratamento entre os refugiados e outros nacionais de seu Estado que também se encontram no Estado de refúgio: reconhecimento dos direitos autorais e de propriedade industrial (art. 14); direito à assistência judiciária; e isenção de cautio judicatum solvi (art. 16, par. 2º).
- 3) Tratamento mais favorável do que o conferido a outros estrangeiros que não são refugiados: direito de associação; liberdade sindical (art. 15); e *direitos associados ao exercício de atividades profissionais assalariadas* (art. 17, par. 1º). (grifei)
- 4) Tratamento tão favorável quanto possível e, em todo caso, não menos favorável do que aquele conferido, nas mesmas circunstâncias, *a estrangeiros em geral: direito ao exercício de atividades não assalariadas* (art. 18) *e de profissões liberais* (art. 19); *direito de aquisição de bens móveis e imóveis* (art. 13); *e direito ao ensino em todos os níveis e ao reconhecimento de títulos acadêmicos* (art. 22, par. 2º).” (grifei)

Segundo a ACNUR, cerca de 75 mil venezuelanos procuraram a Polícia Federal desde 2015 para regularizar sua permanência no país. Aproximadamente 46.700 solicitaram refúgio, enquanto outros 15.000 pediram residência. Outros 13.800 têm agendamentos com a Polícia Federal.

Segundo a Polícia Federal, quase 155 mil venezuelanos entraram no Brasil desde 2017, sendo que cerca de 79 mil já saíram do país. Estima-se que 2,3 milhões de venezuelanos estejam vivendo fora de seu país, sendo que mais de 1,6 milhão deixaram a Venezuela desde 2015 – 90% deles com destino aos países da América do Sul. <http://www.acnur.org/portugues/2018/09/14/acnur-oim-e-outras-agencias-da-onu-continuam-a-apoiar-o-governo-brasileiro-na-interiorizacao-de-venezuelanos/>.

A situação é tensa, Boa Vista e Roraima pedem socorro à União. Conflitos federativos são instaurados. Normas internacionais de proteção aos direitos humanos são tensionadas. Serviços públicos – já escassos aos brasileiros – agora devem ser divididos com venezuelanos. A tensão aumenta e desemboca em violência. A União é chamada a defender a fronteira, a ordem e a lei, vide Medida Provisória nº 820, de 16 de setembro de 2018.

A situação é grave. Recentemente eclodiu ataque da população de Pacaraima contra venezuelanos, provocado por suspeita de crime ocorrido na

região. A tensão por serviços públicos e empregos é crescente. Com a pobreza disseminando-se recrudescem a criminalidade. Ao lado das medidas reativas da Administração Pública, medidas proativas são igualmente necessárias e com foco nelas insere-se a presente proposta de atuação do MIDC, voltada à inserção dos imigrantes venezuelanos na sociedade brasileira.

Nesse retrato, procura-se novo enfoque para a questão, apresentando um quadro mais otimista em relação aos refugiados venezuelanos, com uma proposta de atuação que visa, de um lado, atenuar o sofrimento do povo venezuelano, que cruza as fronteiras de seu país para sobreviver em outro; e, de outro, desenvolver a região norte, espaço inesgotável de recursos a serem ofertados à nação.

Evidencia-se, portanto, uma grave e séria crise humanitária em país vizinho, que se reflete em vários países da América Latina, e o Brasil não pode se furtar à contribuição para a solução do problema. Por questões humanitárias, políticas ou econômicas faz-se necessária uma política de governo para enfrentar a questão dos refugiados.

A União está diretamente envolvida com a questão, sendo dela várias atribuições constitucionais que exigem maior atuação frente ao problema. Reconhecida a necessidade de atuação, inclusive pela via judicial, na AO nº 3.121, Rel. Min. Rosa Weber, é hora de o MDIC tentar contribuir para a solução do problema.

2 PERTINÊNCIA DO ENTRA, PELA ARTE! COM A ATUAÇÃO DO MDIC

O MDIC é órgão com atribuição para estimular o empreendedorismo e o artesanato. A Lei nº 13.502, de 1º de novembro de 2017, atual Lei de Organização da Presidência da República, prevê como atribuição do órgão a formulação da política de apoio à microempresa, à empresa de pequeno porte e ao artesanato.

Trinta e cinco mil venezuelanos entraram no país desde o agravamento da crise econômica venezuelana. São 800 por dia. Entram por Pacaraima e se dirigem à Boa Vista, distante 215 km. Estão mal alambrados em Boa Vista, Pacaraima e outros municípios. Segundo a prefeitura de Boa Vista, cerca de 1,5 mil imigrantes moravam nas ruas da cidade - 10% da população local. Eles vivem em barracas improvisadas e em condições precárias. Sofrem com (e não por conta) os venezuelanos os cidadãos boa-vistenses e roraimenses.

Até o presente momento a atuação da Administração Federal em Roraima, no tocante ao problema dos imigrantes venezuelanos, estruturou-se na prestação de serviços de saúde, habitação, alimentação e demais serviços essenciais. Entraram no país, segundo dados oficiais, 35 mil

venezuelanos. Cerca de 800 foram para outros estados. Cerca de 1000 devem ir nos próximos dias. (<https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,governo-quer-transferir-mil-venezuelanos-para-outros-estados,70002467358>), acesso em 18 de outubro de 2018).

Há uma situação calamitosa em Boa Vista. Somente de janeiro a junho deste ano, Roraima recebeu mais de 16 mil solicitações de refúgio de venezuelanos. A população aumentou em 10% de uma hora para outra. As raras vagas de trabalho se proletarizaram diante da farta oferta de trabalho. Há risco de proliferação de doenças.

O STF modera uma batalha federativa entre a União e o Estado de Roraima, mas já decidiu pela impossibilidade de fechamento da fronteira. A União tem responsabilidade sobre a fronteira e o “dever” de equacionar a questão federativa de distribuição de imigrantes. Ainda não há notícia de invasão em terras indígenas, mas é possível que tal cenário venha a se concretizar.

Sofrem todos.

Por que não se unirem em prol de interesses comuns? Como conciliar esses interesses?

A ordem jurídica exige uma intervenção humanitária da União. É princípio fundamental da República Federativa do Brasil a cooperação entre os povos e o desenvolvimento regional e social.

O trabalho dignifica o homem, confere-lhe orgulho e dignidade; torna-o respeitado e respeitável. O artesanato é a expressão da arte enquanto vivência, cultura, experiência, modos de fazer, que traduz em suas peças o sentimento e identidade de um povo, suas marcas, aspirações, lutas e encantos.

Há, de acordo com dados do IBGE, 8 milhões de artesãos no Brasil e o setor movimenta perto de R\$ 50 bilhões todos os anos, o que representa 3% do PIB < <http://www.mdic.gov.br/index.php/component/content/article?id=3201>>, acesso em 19 de outubro de 2018.

O artesanato é instrumento de manutenção da identidade cultural, tão necessária para a compreensão de si mesmo e de seu lugar no mundo. É arte que expande a individualidade que, por meio dessa, expressa todo o sentimento de coletividade herdada e aprendida pelo artista.

O incentivo ao artesanato venezuelano, brasileiro e até brasileiro-venezuelano com o estímulo ao aprendizado em oficinas e à venda de suas peças em feiras, físicas e virtuais é um excelente instrumento para integrar brasileiro e venezuelano! Essa é a alma do projeto *Entra, pela arte!* e prática estimulada pela OCDE (OCDE: 2018).

O fato histórico exige atitudes e resgates. A proposta do projeto é centralizar a questão dos refugiados venezuelanos, criando alternativas de

fomento ao empreendedorismo da comunidade imigrante, principalmente por intermédio de oficinas e feiras, mas sempre com a participação da comunidade brasileira. Descentralizando os recursos para as regiões que aceitem receber os refugiados

O MDIC pode ser instrumento de concretização desses valores, sendo o órgão responsável por criar mecanismos para o florescimento da ordem econômica, partindo da mão de obra especializada, manual, artesanal, para a produção industrializada e suas diversas formas jurídicas.

Em 2018, o MDIC criou a Coordenação Nacional do Artesanato brasileiro e já atua no Programa do Artesanato Brasileiro (PAB) por intermédio das feiras. Para esse ano foram previstas quatro feiras de dimensão nacional e sete feiras regionais.

O Projeto *Entra, pela arte!* pretende disseminar harmonia por intermédio da troca de experiências pela arte. É ser como uma família que convida para o almoço em casa. É estar juntos para o que der e vier. A ideia é que o brasileiro e o venezuelano troquem experiências em torno do artesanato, cada qual com a sua criação e também com a criação conjunta coexistindo num ambiente de produção, comercialização e venda de sua produção, que inicialmente receberão um incentivo mercadológico do Estado, por intermédio do MDIC.

A ideia é que o Projeto *Entra, pela arte!* não implique em aumento de despesas e custos, além dos propriamente envolvidos com a rotina dos servidores: os custos administrativos normais.

O MDIC se encarregaria de i) implementar programas, projetos e iniciativas para promoção, desenvolvimento, e fortalecimento do artesão e do microempreendedor individual, realizados isoladamente ou em parcerias com órgãos públicos e privados, associações setoriais, universidades e organismos internacionais; ii) formalizar parcerias com instituições de ensino e entidades privadas sem fins lucrativos para o desenvolvimento de ações conjuntas de apoio ao público alvo do Departamento; iii) promover a integração dos parceiros institucionais para o desenvolvimento e institucionalização das políticas, programas e instâncias relativos à promoção do artesanato brasileiro e do microempreendedor individual e iv) propor e coordenar eventos, feiras e exposições para impulsionar o empreendedorismo e o artesanato no País.

Nos meses de outubro e novembro ocorrem as palestras de capacitação sobre o parecer de mérito, nelas simularemos a criação do Projeto com todas as secretarias do MDIC. Um esboço será preparado e enriquecido com as discussões em grupo.

Após, caso encampado pela Secretaria responsável, dar-se-ia seguimento à fase de execução.

3 CONCLUSÃO

Em conclusão podemos afirmar que a capacitação individual dos membros da Advocacia-Geral da União reflete em benefício a capacitação institucional dos órgãos assessorados e deve representar um produto específico que demonstre a eficiência das medidas de capacitação.

Há um êxodo em curso na Venezuela causado pela derrocada econômica do país e que acarreta intenso fluxo migratório para os países fronteiriços, que devem conceder tratamento humanitário aos migrantes, seja por força da Convenção internacional para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de sua Família, de 1990; seja por força da Convenção de 1951 e seu Protocolo Adicional de 1967.

Atualmente há plena pertinência normativa para acolher o *refugiado econômico* na proteção humanitária, categoria na qual se inserem os venezuelanos.

Decisão da Suprema Corte brasileira já declarou a responsabilidade da União na questão dos imigrantes venezuelanos, de modo que o Governo Federal deve-se aparelhar para fazer frente às atribuições constitucionais referentes à acolhida.

Além de medidas reativas, há lugar para medidas proativas como procurar viabilizar a integração dos refugiados com as comunidades locais por intermédio de atividade econômica que lhes assegurem o direito ao trabalho, a condições laborais dignas, à seguridade social, ao exercício de atividades não assalariadas e de profissões liberais; direito de aquisição de bens móveis e imóveis; e direito ao ensino em todos os níveis, propondo-se para tanto o Projeto Entra, pela arte! que visa integrar os refugiados venezuelanos às populações locais de acolhida por intermédio da atividade de artesanato.

Há, de acordo com dados do IBGE, 8 milhões de artesãos no Brasil e o setor movimenta perto de R\$ 50 bilhões todos os anos, o que representa 3% do PIB.

O artesanato é uma atividade propícia a essa acolhida porque é instrumento de manutenção da identidade cultural, tão necessária para a compreensão de si mesmo e de seu lugar no mundo. É arte que expande a individualidade que, por meio dessa, expressa todo o sentimento de coletividade herdada e aprendida pelo artista.

A medida visa igualmente desenvolver a região norte, aumentando a presença da União na região para flexionar as relações federativas no local, viabilizando atividade econômica para todos.

O projeto é de possível realização, não representa custos adicionais ao MDIC, que atuará por intermédio da Secretaria Especial da Micro e

Pequena Empresa – SEMPE, e representa pequena contribuição para a complexa questão da acolhida dos migrantes no Brasil.

REFERÊNCIAS

BALERA, Wagner. A interpretação dos Direitos Humanos. In: *Doutrinas Essenciais*. PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (organizadoras). v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. Decreto nº 70.946, de 7 de agosto de 1957. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1957. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D70946.htm>. Acesso em 18 de outubro de 2018.

BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso em 18 de outubro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cível Ordinária nº 3.121 TP/RR*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, 28 ago. 2018. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%283121%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y8a67zgq>>, acesso no dia 16 de outubro de 2018.

CALDAS, Evandro Pereira. A Crise da Migração: uma breve análise jurídica sobre os deslocamentos humanos no Brasil e na Europa. *Revista Publicações da Escola da AGU*, Belo Horizonte, ano 2015, n. 1, jul./set. 2015. Acesso em setembro de 2018.

LOPES, Rachel de Oliveira. Panorama da Aplicação do Direito Internacional dos Refugiados no Âmbito da América Latina e da União Europeia. *Revista Publicações da Escola da AGU*: Belo Horizonte, ano 2015, n. 2, out./dez. 2015, acesso em 18 de outubro de 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OECD (2016), “A new refugee era”. In: *Perspectives on Global Development 2017: International Migration in a Shifting World*, OECD Publishing, Paris, https://doi.org/10.1787/persp_glob_dev-2017-10-en., acesso em 18 de outubro de 2018.

OECD (2018). *Working together for local integration of migrants and refugees*, OECD Publishing. Paris <http://dx.doi.org/10.1787/9789264085350-en>. Acesso em: 18 out. 2018.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*: incluindo noções de Direitos Humanos e de Direito Comparado. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

A COMUNICAÇÃO OBRIGATÓRIA DE MECANISMOS DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO POTENCIALMENTE AGRESSIVOS NA UNIÃO EUROPEIA E A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

THE MANDATORY DISCLOSURE OF POTENTIALLY AGGRESSIVE TAX PLANNING ARRANGEMENTS IN THE EUROPEAN UNION AND THE BRAZILIAN EXPERIENCE

João Gabriel R. Colleta de Almeida

Mestrando em Administração Pública na FGV. Pós-graduado em Direito Público e em Direito Processual Civil. Bacharel em Direito pela UERJ. Procurador da Fazenda Nacional lotado na Coordenação-Regional da PRFN na 3ª Região. Diretor Regional do Centro de Altos Estudos – CEAE da PRFN na 3ª Região.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O conceito de planejamento tributário agressivo; 2 Os conceitos de mecanismo transfronteiriço, de característica-chave, de intermediário e de contribuinte relevante; 3 A comunicação obrigatória às autoridades fiscais pelos intermediários ou pelos contribuintes; 4 Os prazos para implementação, os mecanismos de controle e as sanções; 5 A tentativa de implementação de um modelo de comunicação de planejamentos tributários no Brasil; 6 Conclusões; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo apresentar uma visão geral dos mecanismos de planejamento tributário potencialmente agressivos na União Europeia e a experiência brasileira. O trabalho examina o significado de planejamento tributário agressivo e outros conceitos relacionados. São analisadas as regras de comunicação obrigatória na União Europeia a experiência brasileira. Por fim, são apresentados os benefícios dos regimes obrigatórios de comunicação de planejamento tributário e a perspectiva de que a implementação de um modelo seja novamente discutida no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Comunicação Obrigatória. Planejamentos Tributários Potencialmente Agressivos. Mecanismos. União Europeia. Brasil.

ABSTRACT: The aim of this article is to provide a brief overview of the mandatory disclosure of potentially aggressive tax planning arrangements in European Union and of the Brazilian experience. The study examines the meaning of aggressive tax planning and some others related concepts. It analyses the mandatory disclosure rules in European Union and the Brazilian experience. Finally, are presented the benefits of the mandatory disclosure regimes and the perspective that the implementation of a model will be discussed again in Brazil.

KEYWORDS: Mandatory Disclosure. Potentially Aggressive Tax Planning. Arrangements. European Union. Brazil.

INTRODUÇÃO

A falta de informações sobre planejamentos tributários potencialmente agressivos tem sido um dos principais desafios enfrentados pelas autoridades fiscais no mundo.

Conforme relata Oliveira (2016, p. 285), na reunião de líderes dos países membros do G20, em Los Cabos, no México, em 18 e 19 de junho de 2012, deu-se o pontapé inicial para o Projeto BEPS, que culminou com o lançamento, em julho de 2013, de um Plano de Ação para combater a erosão da base tributável e a transferência de lucros (*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* – BEPS).

Referido projeto aprovou 15 (quinze) ações com o objetivo de combater a erosão das bases fiscais e a transferência de lucros tributáveis de um território para jurisdições com menor tributação, dentre as quais as regras obrigatórias

de divulgação de esquemas de planejamento fiscal agressivos (*Mandatory Disclosure Rules*, Action 12, OCDE, 2015).

O Brasil participou dos trabalhos e esteve diretamente envolvido nos grupos técnicos com outros países, mas ainda não conseguiu atribuir ao contribuinte o dever de comunicar, às autoridades fiscais, planejamentos fiscais realizados.

Enquanto isso, regimes obrigatórios de comunicação de planejamento tributário (*mandatory disclosure regimes*) já são uma realidade em muitos países (COMISSÃO EUROPEIA, 2017; OECD, 2015), revelando-se muito eficazes para limitar os abusos internos (COMISSÃO EUROPEIA, 2018).

Na União Europeia, a necessidade de melhorar o funcionamento do mercado interno e de desestimular a utilização de mecanismos de planejamento fiscal agressivo resultou na aprovação da Diretiva (UE) 2018/822, de 25 de maio de 2018, que trouxe regras para a divulgação obrigatória de planejamentos tributários transfronteiriços potencialmente agressivos¹.

Deve ser lembrado que uma Diretiva, segundo art. 288 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (2012), vincula os Estados-Membros ao resultado que deve ser alcançado, cabendo às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios para atingir o resultado.

Como a maioria desses mecanismos de planejamento fiscal abrange mais de uma jurisdição, foram previstos, também, mecanismos para a troca automática dessas informações entre os Estados-membros (Considerações 2 e 3 da Diretiva (EU) 2018/822).

1 O CONCEITO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO AGRESSIVO

Muitos autores mencionam a dificuldade em se conceituar planejamento tributário agressivo, não havendo um significado claro e preciso (DOURADO, 2015; BARRETO, 2017; TAKANO, 2017).

Segundo registram EMER MULLIGAN e LYNNE OATS (2009), os planejamentos tributários teriam sido denominados “agressivos”, primeiramente, nos EUA, para denotar atividades que iriam contra o espírito da lei. Posteriormente, o termo teria passado a ser utilizado no Reino Unido e adotado em Estudo realizado pela OCDE sobre intermediários fiscais.

Ana Paula Dourado registra que “planejamento tributário agressivo é geralmente descrito como comportamento adotado pelas multinacionais para explorar oportunidades existentes para diminuir a carga tributária pela globalização e pela interação das regras fiscais em jurisdições diferentes” (DOURADO, 2015).

¹ A Diretiva (EU) 2018/822 alterou a Diretiva 2011/16/EU, relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade.

Marta Caldas (2016) define como “a adoção de determinados comportamentos que aproveitando disparidades e tecnicidades das normas ou ordenamentos fiscais geram uma vantagem fiscal não prevista, que excede a justificação económica subjacente ao comportamento (por isso não artificial), conduzindo a uma redução significativa da quota-parte de contribuição do contribuinte, em termos que compromete os princípios da equidade e justiça fiscal.”

Segundo consta da Recomendação C (2012) 8806 da Comissão Europeia, o planeamento fiscal agressivo consistiria em “tirar partido dos aspetos técnicos de um sistema fiscal ou das assimetrias existentes entre dois ou vários sistemas fiscais, a fim de reduzir as obrigações fiscais, através de diversas formas”.

A despeito do esforço doutrinário para a conceituação do instituto, quando da adoção Diretiva (EU) 2018/822 considerou-se que, ao invés de estabelecer um conceito, seria mais eficaz compilar em lista os aspectos/elementos que pudessem constituir fortes indícios de evasão fiscal ou de práticas abusivas, em razão de serem mecanismos cada vez mais complexos e objeto de alterações/ajustamentos às contramedidas defensivas adotadas pelas autoridades fiscais (consideração 9 da Diretiva).

2 OS CONCEITOS DE MECANISMO TRANSFRONTEIRIÇO, DE CARACTERÍSTICA-CHAVE, DE INTERMEDIÁRIO E DE CONTRIBUINTE RELEVANTE

Apesar de na Diretiva (EU) 2018/822 não estar positivado o conceito de planeamento tributário agressivo, nela foram definidos alguns termos essenciais para o entendimento do que significa planeamento tributário transfronteiriço potencialmente agressivo.

“Mecanismo transfronteiriço” é um mecanismo relativo a mais de um Estado-Membro ou a um Estado-Membro e a um país terceiro que contenha pelo menos uma das seguintes condições:

- a) Nem todos os participantes no mecanismo são, para efeitos fiscais, residentes na mesma jurisdição; b) Um ou mais dos participantes no mecanismo é, para efeitos fiscais, simultaneamente residente em mais do que uma jurisdição; c) Um ou mais dos participantes no mecanismo exerce uma atividade noutra jurisdição através de um estabelecimento estável situado nessa jurisdição e o mecanismo constitui uma parte ou a totalidade da atividade desse estabelecimento estável; d) Um ou mais dos participantes no mecanismo exerce uma atividade noutra jurisdição sem ser residente para efeitos fiscais nessa jurisdição nem criar um estabelecimento estável situado nessa jurisdição; e) Esse mecanismo tem um possível impacto na troca automática de informações ou na identificação do beneficiário efetivo.

“Mecanismo transfronteiriço a comunicar” é qualquer mecanismo transfronteiriço que contenha pelo menos uma característica-chave descrita no Anexo IV da Diretiva.

Por sua vez, a característica de um mecanismo transfronteiriço que apresenta indicação de um potencial risco de evasão fiscal denomina-se “característica-chave”.

As características-chave foram inspiradas nas disposições de divulgação obrigatória da OCDE (Ação 12 do BEPS), na legislação de divulgação obrigatória dos Estados Membros e em outros estudos e relatórios sobre esquemas agressivos de planeamento tributário (COMISSÃO EUROPEIA, 2018). No Anexo IV da Diretiva (EU) 2018/822 foram estabelecidas 5 (cinco) categorias. Vejamos.

As categorias-chave genéricas envolveriam, em resumo, i) mecanismos com condição de confidencialidade; ii) os mecanismos com direito a receber honorários fixados de acordo com a vantagem fiscal resultante ou pretendida do mecanismo; e iii) os mecanismos com documentos/estrutura substancialmente normalizados e disponíveis a mais de um contribuinte relevante, *in verbis*:

1. Um mecanismo em que o contribuinte relevante ou um participante no mecanismo se compromete a respeitar uma condição de confidencialidade, que pode exigir que não revele a outros intermediários ou às autoridades fiscais de que modo o mecanismo poderia assegurar uma vantagem fiscal.
2. Um mecanismo em que o intermediário tem direito a receber honorários (ou juros, remunerações para custos de financiamento e outros encargos) pelo mecanismo e esses honorários são fixados por referência:
 - a) Ao montante da vantagem fiscal resultante do mecanismo; ou
 - b) Ao facto de o mecanismo dar efetivamente ou não origem a uma vantagem fiscal. Tal incluiria a obrigação de o intermediário restituir, parcial ou totalmente, os honorários caso não fosse alcançada parte ou a totalidade da vantagem fiscal pretendida resultante do mecanismo.
3. Um mecanismo que contenha documentos e/ou uma estrutura substancialmente normalizados e que esteja disponível a mais do que um contribuinte relevante, sem precisar de ser substancialmente adaptado para ser aplicado.

Como características-chave específicas foram previstos i) mecanismos em que são tomadas medidas artificiosas para redução de encargos fiscais; ii) mecanismos que tem por efeito converter rendimentos em outras

categorias de rendimentos com menor tributação ou isento de impostos; e iii) mecanismos que incluem operações circulares que resultem num carrossel de fundos, nos termos seguintes:

1. Um mecanismo em que um dos participantes tome medidas artificiosas que consistam na aquisição de uma empresa deficitária, na cessação da atividade principal dessa empresa e na utilização das suas perdas para reduzir os seus encargos fiscais, incluindo através da transferência dessas perdas para outra jurisdição ou da aceleração da utilização dessas perdas.
2. Um mecanismo que tem por efeito converter rendimento em capital, donativos ou outras categorias de rendimentos que são tributados a um nível mais baixo ou que são isentos de impostos.
3. Um mecanismo que inclui operações circulares que resultem num «carrossel» de fundos (round-tripping), a saber, através do envolvimento de entidades interpostas sem outra função comercial primária ou de operações que se compensem ou anulem mutuamente ou que tenham outras características semelhantes.

As características-chave específicas relacionadas com as operações transfronteiriças são mecanismos que envolvem: i) a dedutibilidade de pagamentos transfronteiriços conforme determinadas condições; ii) deduções sobre a mesma depreciação de um ativo em mais de uma jurisdição; iii) a eliminação/atenuação da dupla tributação relativamente à mesma rubrica de rendimentos/de capital em mais de uma jurisdição; e iv) transferência de ativos com uma diferença material no montante tratado como pagável nas jurisdições envolvidas:

1. Um mecanismo que envolve a dedutibilidade de pagamentos transfronteiriços efetuados entre duas ou mais empresas associadas em que se verifica, pelo menos, uma das seguintes condições:
 - a) O destinatário não é residente para efeitos fiscais em nenhuma jurisdição fiscal;
 - b) Embora o destinatário seja residente para efeitos fiscais numa jurisdição, essa jurisdição:
 - i) não aplica qualquer imposto sobre as sociedades ou aplica um imposto sobre as sociedades a taxa zero ou quase zero, ou

ii) consta de uma lista de jurisdições de países terceiros que tenham sido avaliadas como não cooperantes pelos Estados-Membros coletivamente ou no âmbito da OCDE;

c) O pagamento beneficia de uma isenção total de imposto na jurisdição em que o destinatário reside para efeitos fiscais;

d) O pagamento beneficia de um regime fiscal preferencial na jurisdição em que o destinatário reside para efeitos fiscais.

2. São requeridas em mais do que uma jurisdição deduções sobre a mesma depreciação de um ativo.

3. É requerida em mais do que uma jurisdição a eliminação ou atenuação da dupla tributação relativamente à mesma rubrica de rendimentos ou de capital.

4. Existe um mecanismo que inclui transferências de ativos e em que existe uma diferença material no montante tratado como pagável relativamente a esses ativos nas jurisdições envolvidas.

As características-chave específicas relativas à troca automática de informações e aos beneficiários efetivos estão relacionadas à i) mecanismos que buscam contornar a obrigação de apresentação de informações; e ii) mecanismos que envolvam uma cadeia opaca de propriedade legal ou de beneficiários efetivos, conforme detalhado no texto abaixo reproduzido:

1. Um mecanismo que possa ter o efeito de contornar a obrigação de apresentação de informações estabelecida nos atos jurídicos que dão execução à legislação da União ou em qualquer acordo equivalente sobre a troca automática de informações relativas a Contas financeiras, incluindo acordos com países terceiros, ou que tire proveito da ausência de legislação ou de acordos na matéria. Esses mecanismos incluem, pelo menos, um dos seguintes elementos:

a) O recurso a uma conta, produto ou investimento que não seja, ou pretenda não ser, uma Conta financeira, mas que tenha características substancialmente semelhantes às de uma Conta financeira;

b) A transferência de Contas financeiras ou ativos financeiros para jurisdições que não estejam sujeitas à troca automática de informações relativas a Contas financeiras com o Estado de

residência do contribuinte relevante, bem como a utilização dessas jurisdições;

c) A reclassificação de rendimentos e de capital em produtos ou pagamentos que não sejam objeto da troca automática de informações relativas a Contas financeiras;

d) A transferência ou conversão de uma Instituição financeira ou de uma Conta financeira, ou dos ativos aí contidos, para Instituição financeira ou Conta financeira, ou ativos, não sujeitos à obrigação de comunicação de informações ao abrigo da troca automática de informações relativas a Contas financeiras;

e) O recurso a entidades jurídicas, mecanismos ou estruturas que eliminem ou pretendam eliminar a comunicação da identidade de um ou mais Titulares de contas ou Pessoas que exercem o controlo, de acordo com a troca automática de informações relativas a Contas financeiras;

f) Mecanismos que defraudem os procedimentos de devida diligência utilizados por Instituições financeiras, ou que explorem lacunas nos mesmos, para cumprirem as suas obrigações de apresentação de informações relativas a Contas financeiras, incluindo a utilização de jurisdições com regimes inadequados ou insuficientes para garantir a aplicação da legislação contra o branqueamento de capitais, ou de jurisdições com exigências de transparência insuficientes relativamente a pessoas coletivas ou mecanismos legais.

2. Um mecanismo que envolva uma cadeia opaca de propriedade legal ou de beneficiários efetivos, recorrendo a pessoas, mecanismos ou estruturas legais:

a) Que não prosseguem uma atividade económica substancial apoiada por pessoal, equipamento, ativos e instalações adequados; e

b) Que sejam constituídas, geridas, residentes, controladas ou estabelecidas em qualquer jurisdição que não a jurisdição de residência de um ou mais dos beneficiários efetivos dos ativos detidos por essas pessoas, mecanismos ou estruturas legais; e

c) Em que seja impossível identificar os beneficiários efetivos dessas pessoas, mecanismos ou estruturas legais, conforme definidos na Diretiva (UE) 2015/849.

Por fim, as características-chave específicas relativas a preços de transferência envolvem i) a utilização de regras de salvaguarda unilaterais; ii) a transferência de ativos intangíveis difíceis de avaliar; e iii) a transferência transfronteiriça, intra-grupo, de funções e/ou riscos e/ou ativos, conforme as condições especificadas, *in verbis*:

1. Um mecanismo que envolva a utilização de regras de salvaguarda unilaterais.

2. Um mecanismo que envolva a transferência de ativos intangíveis difíceis de avaliar. O termo «ativos intangíveis difíceis de avaliar» abrange ativos intangíveis ou direitos sobre ativos intangíveis para os quais, no momento da sua transferência entre empresas associadas:

a) Não existem elementos de comparação fiáveis; e

b) No momento em que foram realizadas as operações, as projeções de fluxos de caixa futuros ou de rendimentos previstos resultantes do ativo intangível transferido, ou os pressupostos utilizados na avaliação do ativo intangível, são altamente incertos, dificultando a tarefa de prever, na altura da transferência, o nível de sucesso final do ativo intangível.

3. Um mecanismo que envolva uma transferência transfronteiriça, intra-grupo, de funções e/ou riscos e/ou ativos, se os resultados anuais projetados antes de juros e impostos (EBIT), durante o período de três anos seguinte à transferência, do cedente ou cedentes, forem inferiores a 50 % dos EBIT anuais projetados desse ou desses cedentes se a transferência não tivesse sido efetuada.

Atente-se que algumas das características-chave mencionadas só podem ser tomadas em conta se satisfizerem o “teste do benefício principal”, previsto na Parte 1 do Anexo IV da Diretiva (EU) 2018/822, nos seguintes termos:

As características-chave genéricas da categoria A e as características-chave específicas da categoria B e da categoria C, ponto 1, alínea b), subalínea i), e alíneas c) e d), só podem ser tomadas em conta se satisfizerem o «teste do benefício principal».

Teste do benefício principal O referido teste é satisfeito se for possível determinar que a obtenção de uma vantagem fiscal é o benefício principal ou um dos benefícios principais que, à luz de todos os factos e circunstâncias pertinentes, uma pessoa pode razoavelmente esperar obter de um mecanismo.

No contexto das características-chave da categoria C, ponto 1, a presença das condições previstas na categoria C, ponto 1, alínea b), subalínea i), alínea c) ou alínea d), não pode, por si só, ser motivo suficiente para concluir que um mecanismo satisfaz o teste do benefício principal.

A Diretiva (EU) 2018/822 considera “intermediário” qualquer pessoa que conceba, comercialize, organize ou disponibilize para aplicação ou administre a aplicação de um mecanismo transfronteiriço a comunicar. Também é abrangida no conceito qualquer pessoa que saiba ou que possa saber de seu desenvolvimento através de ajuda, assistência ou aconselhamento no que diz respeito à concepção, comercialização, organização, disponibilização para aplicação, ou administração da aplicação de um mecanismo.

“Contribuinte relevante” foi definido como qualquer pessoa a quem é disponibilizado para aplicação um mecanismo transfronteiriço a comunicar, esteja preparada para aplicar ou tenha aplicado a primeira etapa de tal mecanismo.

Como se percebe, tanto intermediários (advogados, consultores tributários, etc.) como contribuintes podem ser responsáveis pela comunicação obrigatória dos mecanismos de planejamento fiscal transfronteiriços potencialmente agressivos, sendo aqueles os responsáveis mais prováveis.

3 A COMUNICAÇÃO OBRIGATÓRIA ÀS AUTORIDADES FISCAIS PELOS INTERMEDIÁRIOS OU PELOS CONTRIBUINTES

Inicialmente, deve ser ressaltado que a exigência de reportar um planejamento tributário não implica necessariamente o reconhecimento de sua ilegalidade, apenas que merece escrutínio por parte das autoridades fiscais.

Ademais, como a maioria dos mecanismos de planejamento fiscal potencialmente agressivos abrange mais de uma jurisdição, é necessário que essas informações sejam objeto de troca entre os Estados-Membros para que as autoridades fiscais possam tomar medidas caso constatem a existência de práticas fiscais agressivas.

Ainda que se considere que os intercâmbios automáticos das divulgações estejam além das recomendações da OCDE, que fala apenas

em regras obrigatórias de divulgação, o sistema para a troca automática dos dados divulgados “é amplamente aplicável na União ao abrigo da Diretiva relativa à cooperação administrativa” (CACHIA, 2018).

Em regra, serão os intermediários os responsáveis por comunicar as informações sobre os planejamentos elaborados. Cabe aos Estados-Membros exigir que, caso exista mais de um intermediário, a obrigação de apresentar informações sobre o mecanismo transfronteiriços seja feita por todos os intermediários envolvidos num mesmo mecanismo.

As devidas informações deverão ser apresentadas às autoridades competentes, no prazo de 30 (trinta) dias a contar: i) do dia seguinte àquele em que o mecanismo transfronteiriços a comunicar é disponibilizado ou está pronto para ser aplicado; ii) do momento em que tenha sido realizado o primeiro passo na aplicação do mecanismo transfronteiriço a comunicar, o que ocorrer antes.

Os intermediários que prestaram ajuda, assistência ou aconselhamento, também serão obrigados a apresentar informações no prazo de 30 (trinta) dias a contar do dia seguinte em que atuaram, diretamente ou por intermédio de outras pessoas.

Tratando-se de mecanismos comercializáveis, deverão ser tomadas medidas para exigir que o intermediário apresente, trimestralmente, um relatório periódico com uma atualização que inclua novas informações a comunicar.

Casos os intermediários sejam dispensados da apresentação de informações porque violaria o sigilo profissional, deve-se exigir que notifiquem qualquer outro intermediário ou, se inexistente, o contribuinte relevante, para que cumpra essa exigência, o que também ocorre, por exemplo, se o contribuinte concebe e utiliza o mecanismo.

A apresentação de informações pelo contribuinte relevante deverá ser feita no prazo de 30 (trinta) dias a partir do dia seguinte em que o mecanismo transfronteiriço foi disponibilizado ou esteja pronto para ser aplicado, ou tenha sido realizado o primeiro passo da sua aplicação, o que ocorrer primeiro.

Se houver mais de um contribuinte relevante, o Estado-Membro deve tomar as medidas necessárias para que apenas um deles apresente informações, de acordo com a seguinte ordem de prioridade: i) o contribuinte relevante que acordou com o intermediário o mecanismo transfronteiriços a comunicar; ii) o contribuinte relevante que administra a aplicação do mecanismo.

O compartilhamento de informações entre as autoridades fiscais será feito pela autoridade competente onde a informação foi apresentada, que comunicará às autoridades competentes de todos os outros Estados-membros, por meio de uma troca automática.

As informações deverão conter determinados elementos, tais como a identificação dos intermediários e dos contribuintes relevantes, os pormenores das características-chave, uma síntese do conteúdo do mecanismo transfronteiriço a comunicar, a data em que foi ou será realizado o primeiro passo da aplicação do mecanismo, etc.

O fato de uma administração fiscal não reagir a um mecanismo transfronteiriço não implica a aceitação da validade ou do tratamento fiscal desse mecanismo.

4 PRAZOS PARA IMPLEMENTAÇÃO, MECANISMOS DE CONTROLE E SANÇÕES

As disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à Diretiva em comento devem ser adotadas e publicadas pelos Estados-membros, até 31 de dezembro de 2019, e as disposições da Diretiva devem ser aplicadas a partir de 01 de julho de 2020.

Porém, os intermediários e os contribuintes relevantes devem apresentar informações sobre os mecanismos transfronteiriços cujo primeiro passo da sua aplicação ocorra entre a entrada em vigor da Diretiva (25 de junho de 2018) e a data de sua aplicação (01 de junho de 2020), devendo a comunicação ser feita até 31 de agosto de 2020.

Os Estados-Membros devem apresentar à Comissão uma avaliação anual da eficácia da troca automática de informações, bem como dos resultados práticos alcançados, e também estão previstas a apresentação de relatórios, de cinco em cinco anos, sobre a aplicação da Diretiva, e de dois em dois anos, sobre a pertinência do Anexo IV, se for o caso, acompanhado de proposta legislativa.

Foi estabelecido que os Estados-Membros devem estabelecer sanções aplicáveis às violações das disposições nacionais que apliquem a presente diretiva, bem como tomar medidas necessárias para garantir a sua execução.

5 A TENTATIVA DE IMPLEMENTAÇÃO DE UM MODELO DE COMUNICAÇÃO DE PLANEJAMENTOS TRIBUTÁRIOS NO BRASIL

Ao contrário do que ocorre em muitos países do mundo e na União Europeia, ainda não existe, no Brasil, um diploma legal que exija a comunicação, às autoridades fiscais, de planejamentos tributários potencialmente agressivos.

A Medida Provisória nº 685, de 21 de julho de 2015, estabelecia o dever do contribuinte de comunicar, à Secretaria da Receita Federal

do Brasil, atos e negócios jurídicos praticados que acarretassem a redução, a eliminação ou o diferimento do tributo quando: a) não possuíssem razões extratributárias relevantes; b) a forma adotada não fosse usual, se tratasse de negócio jurídico indireto ou com cláusula que desnaturasse, ainda que parcialmente, os efeitos de um contrato típico; e c) fossem previstos em ato da Secretaria da Receita Federal (BRASIL, MP 685, 2015).

A revelação de estratégias de planejamento tributário foi justificada na Exposição de Motivos da Medida Provisória pelo então Ministro da Fazenda Joaquim Levy como necessária para aumentar a segurança jurídica no ambiente de negócios do país e gerar economia de recursos públicos em litígios desnecessários e demorados.

Segundo sustentado, a ausência de informações sobre planejamentos tributários nocivos seria um dos principais desafios enfrentados pelas administrações tributárias no mundo e o acesso tempestivo a tais informações ofereceria a oportunidade de responder rapidamente aos riscos de perda de arrecadação tributária por meio de fiscalização ou de mudança na legislação.

Foi destacado, também, que o Plano de Ação BEPS continha recomendações relacionadas com a elaboração de regras de revelação obrigatória a administrações tributárias de operações, arranjos ou estruturas agressivos ou abusivos, com base na experiência de diversos países, e que a revelação da operação daria segurança jurídica à empresa, além de estimular uma postura mais cautelosa quando do uso de planejamentos tributários agressivos.

No entanto, a iniciativa foi duramente criticada pela doutrina. Segundo Ricardo Lodi (2015), seria uma tentativa de, por via transversa, regulamentar a cláusula geral antielisiva do parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional, e haveria violação de princípios como o da legalidade tributária, da capacidade contributiva e da livre iniciativa.

Por fim, a Medida Provisória foi aprovada, mas sem que fossem mantidos os artigos que falavam em planejamento tributário.

6 CONCLUSÕES

Estudos recentes do Parlamento Europeu estimam que a evasão fiscal custa aos orçamentos públicos entre 50 e 70 bilhões de euros por ano (PARLAMENTO EUROPEU, 2015), e que um total de 173 bilhões de euros deixaram de ser arrecadados somente através dos esquemas conhecidos como *Panama Papers* (PARLAMENTO EUROPEU, 2017).

As novas regras implementadas na União Europeia permitem que os Estados-Membros tenham mais informações antes da implementação dos esquemas agressivos de planejamento tributário, podendo avaliar se seus sistemas facilitam a evasão e reagir aos riscos de abuso fiscal, orientando melhor as suas auditorias ou até mesmo alterando a sua legislação para colmatar quaisquer lacunas e evitar perda de recursos (COMISSÃO EUROPEIA, 2018).

Com as novas regras da Diretiva, aqueles que promovem esquemas agressivos de planejamento tributário estarão menos propensos a planejar arranjos que correm o risco de serem bloqueados, e as empresas também devem evitar comercializar/usar esses esquemas para não terem sua reputação atingida.

Um regime de comunicação obrigatória deverá ainda contribuir para criar condições equitativas para as empresas, por serem esses mecanismos de planejamento tributário transfronteiriços potencialmente agressivos muito mais utilizados pelas grandes sociedades empresariais (COMISSÃO EUROPEIA, 2018).

Como já mencionamos, a obrigação de comunicação, às autoridades fiscais, de planejamentos tributários potencialmente agressivos já é uma realidade em muitos países. Na União Europeia, a Diretiva (EU) 2018/822 cumprirá o papel de criar um sistema abrangente de combate à evasão e a fraude fiscais quando envolvidos mais de um Estado-membro ou um Estado-Membro e um país terceiro.

Pierre Moscovici, Comissário para Assuntos Econômicos e Financeiros, Tributação e Alfândega da União Europeia, frisou que as regras que estão sendo adotadas oferecem “mais segurança para aqueles intermediários que respeitam o espírito e a letra de nossas leis e tornam a vida muito difícil para aqueles que não o fazem” (COMISSÃO EUROPEIA, 2017).

No Brasil, como a pauta do dia tem sido o combate à corrupção e as empresas têm procurado cada vez mais *compliance* e transparência, talvez seja um bom momento para que regras estabelecendo a comunicação obrigatória de planejamentos tributários potencialmente agressivos voltem a ser pensadas.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto. *Os desafios do planejamento tributário internacional na Era pós-BEPS*. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2017/09/BEPS.pdf>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. *Medida Provisória nº 685, de 21 de julho de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv685.htm. Acesso em: 21 out. 2018.

CACHIA, Franklin. *Tax Transparency for Intermediaries: the Mandatory Disclosure Rules and Its EU Impact*. 27 EC Tax Review, Issue 4, 2018.

CALDAS, Marta. *O Conceito de Planeamento Fiscal Agressivo: novos limites ao Planeamento Fiscal?* Cadernos do IDEFF. Coimbra: Almedina, 2016.

CONSULTOR JURÍDICO. *Câmara aprova MP 685 e retira obrigação de informar planeamento fiscal*. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-17/camara-aprova-mp-685-obrigacao-informar-planeamento-fiscal>. Acesso em: 21 out. 2018.

COMISSÃO EUROPEIA. Recomendação C (2012) 8806, de 06 de dezembro de 2012, relativa ao planeamento tributário agressivo. Disponível em: https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/docs/body/c_2012_8806_en.pdf e em <https://www.conjur.com.br/dl/recomendacao-uniao-europeia.pdf>. Acesso em 20 de outubro de 2018.

COMISSÃO EUROPEIA. *Questions and Answers on new tax transparency rules for intermediaries*. 2018. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-1677_en.htm. Acesso em: 21 out. 2018.

COMISSÃO EUROPEIA. *Commission forges ahead on new transparency rules for tax planning intermediaries*. 2017. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1663_en.htm. Acesso em: 21 out. 2018.

COMISSÃO EUROPEIA. Commission Staff Working Document Impact Assessment. Accompanying the document Proposal for a Council Directive amending Directive 2011/16/EU as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation in relation to reportable cross-border arrangements. 2017. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SWD:2017:0236:FIN:EN:PDF>. Acesso em: 21 out. 2018.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva (UE) 2018/822, de 25 de maio de 2018, que altera a Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade em relação aos mecanismos transfronteiriços a comunicar*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L0822&from=EN>. Acesso em: 20 out. 2018.

DOURADO, Ana Paula. *Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6*. Intertax, v. 43, n. 1. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2015, p. 43. Disponível em: https://www.cideeff.pt/xms/files/Artigos_APD/Intertax__n._1__2015.pdf. Acesso em: 20 out. 2018.

MULLIGAN, Emer; OATS, Lynne. Tax risk management: evidence from the United States. *British Tax Review*, n. 6. Londres: Sweet & Maxwell, 2009, p. 681. Disponível em: <https://ore.exeter.ac.uk/repository/bitstream/handle/10036/3447/Mulligan%20and%20Oats%20BTR%202009.pdf?sequence=7&isAllowed=y>. Acesso em: 20 e out. 2018.

OECD (2015). *Mandatory Disclosure Rules, Action 12 - 2015 Final Report*. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/mandatory-disclosure-rules-action-12-2015-final-report-9789264241442-en.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.

OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. A Ação n. 4 do Projeto BEPS e a possível introdução de mais um critério de dedutibilidade de juros na legislação brasileira. In: Luis Eduardo Schoueri; Marcus Livio Gomes. (Org.). *A tributação internacional na era Pós-BEPS*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PARLAMENTO EUROPEU. *The Impact of Schemes revealed by the Panama Papers on the Economy and Finances of a Sample of Member States*. Study for the PANA committee. 2017. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/116947/20170412_panama_papers_study_final.pdf. Acesso em: 21 out. 2018.

PARLAMENTO EUROPEU. *Bringing transparency, coordination and convergence to corporate tax policies in the European Union. I - Assessment of the magnitude of aggressive corporate tax planning*. 2015. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/558773/EPRS_STU\(2015\)558773_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/558773/EPRS_STU(2015)558773_EN.pdf). Acesso em: 21 out. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. *Jornal Oficial da União Europeia*. 2012. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF. Acesso em: 21 out. 2018.

A IMIGRAÇÃO NO BRASIL E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À PREVIDÊNCIA SOCIAL

*THE IMMIGRATION IN BRAZIL AND THE EFFECTIVENESS
OF THE RIGHT TO SOCIAL SECURITY*

*Luciana Cristina Pereira Cardoso Zandonadi
Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso - UFMT
Procuradora Federal na Advocacia-Geral da União
Procuradoria Federal em Mato Grosso
Núcleo de Previdência e Assistência Social
Cuiabá – Mato Grosso*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O recente fluxo migratório no Brasil: perspectiva histórica e situação atual; 2 Do direito à previdência social como direito fundamental do imigrante; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: Com o incremento do fluxo migratório ao Brasil, decorrente de crises humanitárias ou econômicas em outras nações, a proteção dos direitos tidos como fundamentais do imigrante, entre os quais se insere o direito à previdência social, é tema de grande importância, não se podendo prescindir de um imediato debate, dada a sua natureza de produção de efeitos a longo prazo. Em que pese o Brasil já ter recentemente publicado a Lei n.º 13.445, denominada Lei de Migração, que assegura diversos direitos à tais cidadãos, precisa, ainda, encontrar mecanismos para que estes sejam de fato efetivados. O presente artigo visa, portanto, fomentar o debate acerca do tema, trazendo dados, apontando quais soluções já foram ou estão sendo tomadas pelo Brasil, e quais ainda pendem de maior atenção.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais. Imigração. Previdência Social. Acordos Bilaterais e Multilaterais.

ABSTRACT: With the increase of the migratory flow to Brazil, due to humanitarian or economic crises in other nations, the protection of the fundamental rights of the immigrant, including the right to social security, is a topic of great importance, and it is not possible to dispense with an immediate debate, given its long-term nature. Although Brazil has recently published the Law n.º. 13.445, known as the Migration Law, which guarantees various rights to such citizens, it must also find mechanisms to ensure that they are effectively enforced. The aim of this article is to promote the debate about the topic, bringing data, pointing out which solutions have already been or are being taken by Brazil, and which are still pending for more attention.

KEYWORDS: Fundamental Rights. Immigration. Social Security. Bilateral and Multilateral Agreements.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho deriva da participação da autora no curso promovido pela Escola Superior da Advocacia-Geral da União em parceria com a Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”, denominado “*Os desafios da advocacia pública na efetivação dos direitos na era global*”, realizado em Roma/Genebra, na data de julho de 2018, e visa a analisar a situação jurídica e fomentar o debate acerca do direito fundamental à previdência social no que tange ao imigrante, posto que, em futuro próximo, o Brasil terá um contingente expressivo de cidadãos de outras nacionalidades que para cá imigraram, e aqui exercem ou exerceram atividade remunerada, mas que alcançaram o final da sua vida produtiva, com justa expectativa pela aposentação.

Com o recente incremento no fluxo migratório, cujas causas serão estudadas no transcorrer do presente artigo, esta é uma questão que urge ser enfrentada, buscando-se soluções preventivas, considerando a natureza das prestações previdenciárias, cuja aquisição de direitos demanda longo período de tempo e, portanto, não pode ser relegada para quando o problema já estiver instalado.

Assim, o presente estudo volta-se ao debate tanto pelo viés de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais do imigrante, mais especificamente o direito à Previdência Social, quanto o da preservação do sistema previdenciário brasileiro, o qual, ao cabo, arcará com o incremento financeiro decorrente do pagamento dos benefícios.

1 O RECENTE LEVANTE IMIGRATORIO AO BRASIL: PERSPECTIVA HISTÓRICA E SITUAÇÃO ATUAL

O Brasil historicamente sempre foi destino de imigrantes de diversas nacionalidades, os quais, mais do que serem força de trabalho, ajudaram a formar a identidade da Nação Brasileira, e cujas culturas foram internalizadas à local de forma perene.

Embora o Brasil já fosse um país formado majoritariamente por imigrantes, dada a sua natureza de colônia portuguesa, no século 19 tiveram início grandes fluxos migratórios, compostos principalmente de italianos, portugueses, alemães, espanhóis e japoneses, atraídos primeiramente pela oferta de terras de forma gratuita pelo governo brasileiro, e posteriormente, mais ao final do citado século, com o intuito de substituir a mão de obra escrava, suprimida com a abolição definitiva da escravatura em 1.888.

Estima-se que mais de 4 milhões de estrangeiros imigraram para o Brasil entre o final do século 19 e começo do século 20.

Passados cerca de 100 anos assistimos a uma nova onda de imigrantes que se deslocam ao Brasil, não mais por ser este um país em desenvolvimento, com abundante oferta de emprego e terras, como no passado, mas sim em razão da ocorrência de crises econômicas ou humanitárias em seus países de origem.

Esse novo fluxo imigratório contemplou especialmente haitianos, bolivianos e, mais recentemente, venezuelanos.

Como é de conhecimento geral, o Haiti sofria com uma guerra civil que culminou, no ano de 2004, na renúncia do então presidente do país Jean Bertrand Aristide, e, em razão dos graves conflitos, as Nações Unidas enviaram uma missão de paz na tentativa de colaborar com a estabilização do País, missão esta comandada pelo Exército Brasileiro.

As dificuldades pelas quais o País passava foram extremamente agravadas com a ocorrência de um terremoto, em 2010, o qual, estima-se, tenha matado cerca de 220 mil pessoas e destruído a já precária infraestrutura do Haiti.

A missão da ONU então adquiriu contornos humanitários, e os militares brasileiros passaram a ter papel fundamental na reconstrução do País. Diante de tal proximidade e relação de confiança entre os militares brasileiros e o povo haitiano, era quase natural que o Brasil se tornasse o destino de muitos deles, que vislumbravam uma condição de vida melhor longe de seu país devastado.

Em relação aos colombianos, a questão foi primordialmente econômica, e estes migraram em sua quase totalidade em busca de uma vida melhor e mais estável. Ou seja, migraram em busca de emprego, ainda que, em muitos casos, este se dê em condições precárias, análogas ao trabalho escravo, como frequentemente tem-se noticiado na imprensa brasileira.

Já o recente incremento na imigração venezuelana é de caracterização um pouco mais tormentosa, pois há aqui uma linha tênue entre o que se classifica como imigrante e como refugiado.

De acordo com o art. 1-A da Convenção de Genebra - Estatuto dos Refugiados - de 1951, refugiado é:

toda a pessoa que, devido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontre fora do país de que tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a proteção daquele país; ou que, se não tiver nacionalidade e estiver fora do país no qual tinha a sua residência habitual após aqueles acontecimentos, não possa ou, em virtude do dito receio, a ele não queira voltar.

Simplificando, em regra, o refugiado não possui direito de escolha. Não é uma opção permanecer no seu país de origem ou de residência, em razão de fundado temor de dano à sua integridade e de sua família.

Já na imigração o fator econômico é, em geral, preponderante. A pessoa busca, para si e para seus familiares, uma perspectiva econômica mais satisfatória.

A situação atual da Venezuela tem provocado o movimento de sua população tanto pelas condições econômicas extremamente precárias a que estão submetidos, quanto pela instabilidade política, com a implantação, ao que parece definitiva, de um modelo de governo ditatorial, com perseguição aos seus opositores. Então, parte desses cidadãos que aportam no Brasil poderiam, em tese, ser considerados refugiados.

O Brasil, por sua vez, possui uma política externa favorável aos imigrantes. Não há proibição de que estes cidadãos ingressem no território nacional, e aqui solicitem seu visto de residente e autorização para o exercício de atividade remunerada.

A título de exemplo, apenas no ano de 2017, foi registrado no Departamento de Polícia Federal o pedido de ingresso de mais de 100.000 estrangeiros (OBSERVATÓRIO DAS MIGRAÇÕES INTERNACIONAIS, 2018). Esse é o número dos que efetivaram o pedido de registro, então estima-se que o número seja muito maior, considerando os que entram de modo informal.

Tal abertura ampla das fronteiras brasileiras aos imigrantes tem ocasionado problemas de natureza grave em algumas localidades, a exemplo do Estado de Roraima, que não possui estrutura para atender ao enorme fluxo de pessoas no que se refere ao fornecimento de saúde, educação, moradia, ainda que provisória, entre outros. Todavia, este não é o objeto do presente artigo, razão pela qual não se aprofundará no debate de tais questões.

O que se pretende ora discutir é a efetivação dos direitos previdenciários de tal população de estrangeiros, legalmente admitidos no País, e que aqui passaram ou passarão a laborar, eis que em um futuro próximo terão idade avançada e necessitarão cessar o exercício de atividade laborativa, não prescindindo, então, do amparo do sistema de previdência.

Isto porque, segundo estudo produzido pela professora Rosana Baeninger, da Unicamp, objeto de matéria do portal de notícias UOL (PORTAL DE NOTÍCIAS UOL, 2018), fundamentado no Atlas do Observatório das Migrações em São Paulo, o perfil do imigrante que chega ao Brasil é composto de homens, com idade entre 30 a 34 anos, pelo que se presume já possuísem, via de regra, uma vida laborativa com contribuições previdenciárias em seus países de origem, as quais não podem ser simplesmente desprezadas.

Há, portanto, que se buscar meios para que se possa integrar esse tempo contributivo estrangeiro ao sistema previdenciário brasileiro, beneficiando-se o imigrante trabalhador que não perderá o que já recolheu aos cofres de seu país de origem, e não ficará sujeito apenas a percepção de benefícios de natureza assistencial na velhice, bem como preservando a previdência brasileira, cujo caráter é contributivo, sendo vedado pela Lei que sejam pagas aposentadorias, pensões, e etc., sem a correspondente fonte de custeio.

2 DO DIREITO À PREVIDÊNCIA SOCIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL DO IMIGRANTE

A Constituição Federal, promulgada em 1988, com um forte viés democrático e com exacerbação dos direitos e garantias fundamentais, erigiu em seu artigo 6º, o direito à previdência social como um direito fundamental.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

Considerando, num conceito amplo, que direitos fundamentais são aqueles imprescindíveis à vida em sociedade, baseados nos princípios dos direitos humanos, como a liberdade, a vida, a igualdade, a educação, a segurança, etc, e tendo o constituinte erigido tanto o direito ao trabalho e, dele decorrente o direito à previdência social, à categoria de direitos sociais, é dever do Estado garantir a sua efetivação de forma plena.

Visando a dar efetividade a parte desses direitos também ao imigrante, em 24/05/2017 foi publicada a Lei brasileira n.º 13.445, denominada Lei de Migração, a qual dispõe sobre os direitos e deveres do migrante e do visitante, regula a sua entrada e estada no País e estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas para o emigrante. Tal Lei garantiu ao migrante que adentrar ao território nacional, o "*acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social, nos termos da lei, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória*", como se vê do artigo 4º, VIII, que ora se transcreve:

Art. 4º Ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como são assegurados:

- I - direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos;
- II - direito à liberdade de circulação em território nacional;
- III - direito à reunião familiar do migrante com seu cônjuge ou companheiro e seus filhos, familiares e dependentes;
- IV - medidas de proteção a vítimas e testemunhas de crimes e de violações de direitos;
- V - direito de transferir recursos decorrentes de sua renda e economias pessoais a outro país, observada a legislação aplicável;
- VI - direito de reunião para fins pacíficos;
- VII - direito de associação, inclusive sindical, para fins lícitos;
- VIII - acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social, nos termos da lei, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória;
- IX - amplo acesso à justiça e à assistência jurídica integral gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;
- X - direito à educação pública, vedada a discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória;
- XI - garantia de cumprimento de obrigações legais e contratuais trabalhistas e de aplicação das normas de proteção ao trabalhador, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória;
- XII - isenção das taxas de que trata esta Lei, mediante declaração de hipossuficiência econômica, na forma de regulamento;
- XIII - direito de acesso à informação e garantia de confidencialidade quanto aos dados pessoais do migrante, nos termos da Lei no 12.527, de 18 de novembro de 2011;
- XIV - direito a abertura de conta bancária;
- XV - direito de sair, de permanecer e de reingressar em território nacional, mesmo enquanto pendente pedido de autorização de residência, de prorrogação de estada ou de transformação de visto em autorização de residência; e

XVI - direito do imigrante de ser informado sobre as garantias que lhe são asseguradas para fins de regularização migratória.

§ 1º Os direitos e as garantias previstos nesta Lei serão exercidos em observância ao disposto na Constituição Federal, independentemente da situação migratória, observado o disposto no § 4º deste artigo, e não excluem outros decorrentes de tratado de que o Brasil seja parte.

Assim sendo, o imigrante que aqui vive possui, por lei, direito ao exercício de atividade remunerada e, de consequência, à proteção previdenciária, ou seja, ao se tornar segurado do Regime Geral da Previdência Social - RGPS, o que pode se dar de várias formas, entre elas exercendo trabalho formal como empregado de empresa ou labor autônomo, com o recolhimento das contribuições devidas, possuirá direito à percepção dos benefícios geridos pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, como por exemplo, auxílio-doença, licença-maternidade, auxílio-acidente, aposentadoria por tempo de contribuição ou por idade.

Se a vida laborativa do imigrante iniciar-se já no Brasil, nenhum grande problema se vislumbra, e o tratamento a ele dispensado será o mesmo de qualquer trabalhador brasileiro, com a aquisição do direito aos diversos benefícios à medida que as respectivas carências vierem a ser preenchidas.

Porém, pode ocorrer que o imigrante já tivesse vínculos empregatícios em seu país, possuindo muitas vezes contribuições ao sistema de seguridade da origem, e não seria justo fosse forçado a abrir mão de todo o montante por si arrecadado, tendo que reiniciar sua contagem de tempo de contribuição do zero, muitas vezes já na metade de sua vida economicamente ativa.

E, para que os trabalhadores estrangeiros no Brasil e, de igual modo, os brasileiros que laboram no exterior não fossem prejudicados, é que são firmados acordos bilaterais entre o Brasil e diversas nações, os quais tem por objetivo, segundo consta da página oficial da Secretaria de Previdência do Ministério da Fazenda na internet (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2018), garantir os direitos de seguridade social previstos nas legislações dos dois países aos respectivos trabalhadores e dependentes legais, residentes ou em trânsito no país.

Sua celebração é da competência da Coordenação-Geral de Cooperação e Acordos Internacionais, órgão da Secretaria de Previdência do Ministério da Fazenda.

Esses acordos possuem conteúdo variado, sendo que em algum deles não se admite o aproveitamento do tempo de contribuição ou de labor, mas apenas regulam a cobertura de situações extremas como doença, acidente, morte, etc.

Atualmente, estão em vigor os seguintes acordos bilaterais: Alemanha, Bélgica, Cabo Verde, Canadá, Chile, Coreia do Sul, Espanha, França, Grécia, Itália, Japão, Luxemburgo, Portugal e Quebec.

Já os multilaterais foram estabelecidos com países do Mercosul (Argentina, Paraguai e Uruguai) e países da península ibero-americana (Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, El Salvador, Equador, Espanha, Paraguai, Peru, Portugal e Uruguai). O rol de acordos supracitados foi extraído do site do Instituto Nacional do Seguro Social, e está atualizado até agosto de 2016 (INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, 2016).

Existem, ainda, acordos em fase de negociação com Suécia e República Tcheca, e outros já concluídos, mas que aguardam ratificação, estes com Estados Unidos, Suíça, Moçambique, Bulgária e da Convenção Multilateral de Segurança Social da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP), Israel, Áustria e Índia, sendo que estes três últimos estão pendentes de assinatura.

Como se vê, embora existam diversos acordos já estabelecidos, estes ainda são ínfimos se comparados às centenas de nações cujos cidadãos migraram para o Brasil.

E, considerando as nacionalidades que mais tem imigrado, como já informado acima, não há, por exemplo, nenhum acordo com o Haiti ou Venezuela.

Hoje o cidadão haitiano ou venezuelano que aqui reside e trabalha não pode computar em seu proveito o tempo de contribuição derivado do labor exercido antes de imigrar, caso exista.

Não se pode olvidar, que o sistema de seguridade brasileiro, segundo o artigo 201 da Constituição Federal de 1988, possui caráter contributivo e é de filiação obrigatória. E, ainda, não permite a utilização de nenhuma contribuição ficta.

Sobre o princípio da contributividade, a lição de Frederico Amado (2016, p.248):

Pelo Princípio da Contributividade, a previdência social apenas concederá os seus benefícios e serviços aos segurados (e seus dependentes) que se filiarem previamente ao regime previdenciário, sendo exigido o pagamento de tributos classificados como contribuições previdenciárias, haja vista se tratar do único subsistema da seguridade social com natureza contributiva direta.

Esta é a principal razão da pactuação de acordos, para permitir a transferência de recursos entre os países envolvidos, havendo, de fato,

ingresso de valores para compensar o país/órgão previdenciário que pagará os benefícios.

Mas, em não havendo o acordo com o país de origem, como ficará o imigrante? Perderá todo o recolhimento já feito? Não haveria, assim, violação ao artigo 4º, inciso VIII, que garante *acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social, nos termos da lei, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória*, da Lei de Migração supracitada?

E mais, não estaria se negando efetividade a direito fundamental da pessoa humana?

O advogado e mestrando em Direitos Fundamentais Michel Santos Batista, em seu artigo intitulado “O direito fundamental à previdência e sua efetividade na Justiça do Trabalho (Batista, 2016), já se manifestou sobre o tema:

A previdência social está diretamente ligada às necessidades sociais dos indivíduos, refletindo os riscos que são colocados seja de maneira previsível (como a velhice), seja como imprevisível (acidentes e doenças). A questão é que o direito fundamental a previdência enquanto direito basilar dos indivíduos deve ser garantida, mas acima de tudo, efetivada em virtude da sua fundamentalidade.

Pois bem, muito se volta à atenção ao direito fundamental à previdência dos trabalhadores devido aos riscos sociais a que todos estão passíveis: doenças, acidentes e a própria velhice. Então, o Estado deve criar mecanismos eficazes e capazes de resguardar esse direito social para que não ocorra nenhum tipo de *antinomias* ou conflitos que venham obstar o acesso à previdência.

Uma vez estabelecido que o direito à previdência social é direito fundamental, partícipe do princípio da dignidade da pessoa humana, a efetivação deste direito deve estender-se também ao imigrante.

O Brasil, então, por meio dos órgãos responsáveis, deveria concentrar esforços na ampliação do rol dos países com os quais efetuou acordos previdenciários, objetivando, principalmente, contemplar os cidadãos originários dos países que concentram o maior número de imigrantes. Paralelamente, e desde já, sugere-se a instituição de grupos de estudo para debater soluções alternativas para as hipóteses de ausência ou impossibilidade de realização dos citados acordos.

O que não se pode é, daqui a 20 ou 30 anos, negar ao imigrante o direito fundamental à aposentação, submetendo-o ao recebimento de

irrisória assistência governamental, ou então, ao inverso, determinar o pagamento compulsório de benefícios sem que tenha havido o prévio custeio, impondo ao INSS que arque com tal despesa, causando desequilíbrio atuarial no já frágil sistema previdenciário brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo o que se expôs, resta claro que o Brasil ainda precisa envidar esforços, com viés eminentemente preventivo, visando a assegurar de forma plena ao imigrante o direito à previdência social.

Embora, como já visto, exista no ordenamento jurídico brasileiro norma que garante o acesso a tal direito, far-se-á necessário dar-lhe efetividade com medidas concretas, principalmente com o desenvolvimento de meios para o aproveitamento dos períodos contributivos realizados no país de origem.

A busca de soluções para esse desafio, sejam legais, jurídicas ou administrativas, antecipando-se ao surgimento do problema, minorará as consequências financeiras futuras, permitindo uma alocação adequada e prévia dos recursos previdenciários.

Demais disso, fortalecerá a imagem do Brasil como um País que garante aos que aqui vivem, natos ou imigrantes, a efetivação de um direito fundamental, conduta esperada de uma nação que se pretende democrática.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. *Curso de Direito e Processo Previdenciário*. 8. ed. JusPodium, 2016.

BATISTA, Michel Santos. O direito fundamental à previdência e sua efetividade na Justiça do Trabalho. Publicado em 10/2016. *Portal Jus Navigandi*. Disponível em : <<https://jus.com.br/artigos/53007/o-direito-fundamental-a-previdencia-e-sua-efetividade-na-justica-do-trabalho/1>>. Acesso em: 16 out. 2018.

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. Acordos Internacionais. Disponível em: <<https://www.inss.gov.br/orientacoes/assuntos-internacionais/acordos-internacionais/>>. Acesso em: 26 set. 2018.

OBSERVATÓRIO DAS MIGRAÇÕES INTERNACIONAIS. *Anuários*. Disponível em: <<http://obmigra.mte.gov.br/index.php/anuarios>>. Acesso em: 16 out. 2018.

PORTAL DE NOTÍCIAS UOL. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2018/04/23/com-fechamento-das-fronteiras-dos-paises-do-norte-brasil-volta-para-rota-das-migracoes.htm>>. Acesso em: 25 set. 2018.

SECRETARIA DE PREVIDÊNCIA DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. *Acordos Internacionais*. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/a-previdencia/assuntos-internacionais/assuntos-internacionais-acordos-internacionais-portugues/>>. Acesso em: 26 set. 2018.

OS NOVOS ACORDOS DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS E A PARTICIPAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

*THE NEW INVESTMENT COOPERATION AND
FACILITATION AGREEMENTS AND THE PARTICIPATION OF
THE FEDERAL ATTORNEY GENERAL*

Marcela Silva Bezerra

*Procuradora da Fazenda Nacional lotada na Procuradoria-Regional da Fazenda
Nacional da 1ª Região.*

Mestre em Direito Internacional pela University of Westminster.

Raquel Frota Fontenelle Sousa

*Procuradora da Fazenda Nacional lotada na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.
Mestranda em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Proteção do Investidor Internacional na História do Direito Internacional; 2 Os Tratados Bilaterais de Investimento e a Arbitragem Internacional de Investimentos; 3 As Críticas ao Modelo Tradicional; 4 O Modelo Brasileiro; 5 A participação da Advocacia-Geral da União e Possíveis Contribuições; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo pretende analisar o novo modelo de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos proposto pelo Brasil, no contexto dos tratados bilaterais de proteção ao investimento externo, buscando demonstrar a participação da Advocacia-Geral da União no processo, bem como as contribuições que podem ser prestadas pelo órgão na implementação de tais acordos. Para tal, será desenvolvido um apanhado histórico do regime de proteção internacional dos investidores externos, assim como da evolução dos tratados bilaterais de investimento a nível mundial e os fatores que levaram o Brasil à sua política de evasão ao regime tradicional e à elaboração do novo modelo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional dos Investimentos; Arbitragem Internacional de Investimento. Tratados Bilaterais de Investimento. Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos. Advocacia-Geral da União. Brasil.

ABSTRACT: This article intends to analyze the new model of Investment Cooperation and Facilitation Agreement proposed by Brazil, in the context of the bilateral treaties for the foreign investment protection, seeking to demonstrate the participation of the Federal Attorney General in the process, as well as the contributions that may be provided by this organization in the implementation of such agreements. To this end, a historical overview of the international regime for the protection of foreign investors will be presented, as well as the evolution of the Bilateral Investment Treaties worldwide and the factors that have led Brazil to its policy to avoid the traditional regime and the elaboration of the new model.

KEYWORDS: International Investment Law. Foreign Direct Investment Arbitration. Bilateral Investment Treaties. Investment Cooperation and Facilitation Agreements. Federal Attorney General. Brazil.

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, o processo de globalização tem exigido uma completa readequação do Direito Internacional às novas relações jurídicas emergentes. Um exemplo deste processo é o surgimento de um novo campo, denominado Direito Internacional dos Investimentos.

Apesar de haver sérias controvérsias a respeito da independência deste ramo como disciplina jurídica própria, a especialização do estudo é essencial para a análise de uma relação jurídica especial, formada entre um Estado e um investidor estrangeiro. Na grande maioria dos casos, o Estado Receptor do investimento é um país em desenvolvimento, enquanto que a empresa investidora geralmente é nacional de um país desenvolvido.

Diferentemente da relação jurídica do Direito Internacional clássico, formada entre dois Estados, ambos detentores de todos os poderes que emanam da soberania estatal, nesta nova relação, um Estado (chamado Estado Receptor) contrata diretamente com uma empresa estrangeira, que pretende investir no território nacional daquele país. Nesta relação, uma das partes possui a prerrogativa incontroversa da soberania estatal, o que tornaria a aplicação das regras clássicas do Direito Internacional inadequada, por tornar extremamente penosa a posição de uma das partes. Diante disso, foram surgindo por todo o mundo modelos especiais de contratos para regular tais situações e, posteriormente, tratados entre Estados visando tornar esta relação mais equânime, através da mitigação da soberania estatal do Estado Receptor do investimento.

No entanto, mais recentemente, a comunidade internacional tem percebido alguns efeitos colaterais deste regime, e iniciado um movimento de resistência aos padrões internacionais de proteção ao investidor estrangeiro, visando a proteção da soberania estatal do estado receptor. Segundo Van Harten (2007), tal processo se deu, principalmente, diante do resultado catastrófico de algumas arbitragens internacionais de investimento, que utilizam de princípios oriundos dessa “rede internacional de proteção” para interpretar contratos e tratados internacionais, de forma a evitar a assunção de riscos e prejuízos pelas empresas investidoras.

Neste contexto, o Brasil se mostra um interessante estudo de caso diante de sua tradicional resistência na ratificação de tratados bilaterais de investimento, e pela criação de um modelo próprio para facilitar a cooperação entre estados na promoção e proteção do investimento externo.

O presente artigo pretende estudar a evolução histórica dos instrumentos protetivos do investimento externo, chegando a uma breve análise do novo modelo desenvolvido pelo Brasil. Ao fim, busca-se

refletir as possíveis atuações e contribuições que possam ser prestadas pela Advocacia-Geral da União nos novos procedimentos que derivam destes novos ajustes.

CAPÍTULO 1 - A PROTEÇÃO DO INVESTIDOR INTERNACIONAL NA HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL

Para Sornarajah (2017), o processo de criação de normas internacionais de proteção ao investidor estrangeiro se iniciou com a independência das antigas colônias europeias, o que tornou a atividade de investir em tais países mais arriscada. Isso porque os novos estados em formação não contavam com um sistema jurídico estável, e não mais possuíam a garantia de um estado colonizador.

Nessa época, ante a inexistência de regramento internacional próprio (incluindo aqui também os Costumes Internacionais), a única forma através da qual um investidor poderia buscar compensação por prejuízos sofridos no Estado Receptor era através da proteção diplomática de seu próprio Estado (o chamado Estado Anfitrião). Nestes casos, apenas o Estado Anfitrião teria um direito de reclamar compensação contra o Estado Receptor, por violação da regra costumeira de proteção do estrangeiro (MUCHLINSKI, ORTINO E SCHREUER, 2008). No entanto, a concretização de tal proteção era de difícil realização, estando sujeita a fatores como as relações políticas entre os Estados envolvidos, exigência de exaurimento dos remédios internos, dentre outros.

Neste contexto, a busca de novos padrões de proteção do investidor internacional culminou com a elaboração de acordos bilaterais entre Estados, com o objetivo de conferir proteção recíproca aos investidores nacionais de um deles, quando investem no território do outro. Na prática, tais acordos eram geralmente formalizados através de tratados entre um país desenvolvido, que via de regra era o Estado Anfitrião dos investidores, e um país em desenvolvimento, que quase sempre figurava como Estado Receptor. Estava criada a figura do Tratado Bilateral de Investimento.

Assim, através de uma obrigação bilateral, os Estados envolvidos criam um novo conjunto de princípios a serem observados por todos os acordos de investimento atingidos, gerando regras especiais de Direito Internacional aplicável a tais casos. A disseminação de tais tratados ocorreu numa velocidade e quantidade tal que ocasionou a criação de uma rede mundial de princípios e regras de proteção do investidor internacional, não obstante ainda restarem dúvidas quanto ao seu *status* de norma consumerista geral (MUCHLINSKI, ORTINO E SCHREUER, 2008).

CAPÍTULO 2 – OS TRATADOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO E A ARBITRAGEM INTERNACIONAL DE INVESTIMENTOS

Como mencionado, a figura do Tratado Bilateral de Investimento, conhecido internacionalmente como “BIT” (do inglês *Bilateral Investment Treaty*), é um ajuste entre dois Estados, visando criar um conjunto de medidas protetivas ao investidor internacional, especialmente contra a expropriação de sua propriedade¹ pelo Estado Receptor, situação que já ocorreu bastante no passado.

Mas porque razão um Estado tipicamente receptor de investimentos assinaria um instrumento que visa primordialmente limitar os poderes oriundos de sua soberania?² Como explica Sachs (2009), os países em desenvolvimento, que ocupam por mais das vezes a posição de Estado Receptor, são impulsionados a assinar tais tratados pela promessa de atrair investidores estrangeiros para seu território, o que traria vantagens como o incremento na economia local, aumento da oferta de emprego, da qualificação de seus trabalhadores e da transferência de tecnologia.

Além dos clássicos princípios internacionais de proteção do investidor, como o “Tratamento Justo e Equitativo”, “Tratamento Nacional” e “Tratamento da Nação Mais Favorecida”, outra figura comum nos BITs é a previsão de um método próprio de resolução de conflitos entre o investidor e o Estado Receptor, através de um sistema independente de arbitragem internacional especializada. Para exercer este papel, foi criado em 1966 o Centro Internacional para o Estabelecimento de Disputas sobre Investimentos (CIRDI), como órgão pertencente ao Banco Mundial.

Este sistema visa garantir, através de um colegiado externo, a aplicação da regra do devido processo legal, evitando possíveis decisões viciadas das cortes do Estado Receptor. Desta forma, o investidor internacional não mais depende de seu estado anfitrião para defender-se em âmbito internacional, nem necessita, obrigatoriamente, exaurir os remédios judiciais locais para ter acesso à corte internacional de arbitragem.

Como consequência da multiplicação do número de BITs assinados pelo mundo, as disputas entre Estado Receptor e investidor também se proliferaram na mesma velocidade, resultando em um grande número de severas decisões contrárias aos Estados Receptores. Até o final de 2014, conforme dados da UNCTAD apresentados pelo Ministério da Indústria,

1 Termo utilizado no sentido amplo. Segundo a definição da UNCTAD, “*The term ‘investment’ shall mean every kind of asset and in particular shall include, though not exclusively: a) movable and immovable property and any other property rights such as mortgages, liens and pledges; b) shares, stocks and debentures of companies or interests in the property of such companies; c) claims to money or to any performance under contract having a financial value; d) intellectual property rights and goodwill; e) business concessions conferred by law or under contract, including concessions to search for, cultivate, extract, or exploit natural resources*” (UNCTAD 2004).

Comércio Exterior e Serviços, o número de casos Investidor X Estado resolvidos pelo CIRDI chegou a 608, dos quais três quartos incluíram países em desenvolvimento e economias em transição, e 29% deles países da América Latina e do Caribe.

Esta situação gerou um desconforto aos países em desenvolvimento a respeito de tais ajustes, tendo em vista os grandes prejuízos sofridos e o baixo custo-benefício das medidas, conforme expuseram Singh e Ilge (2016) e Vandeveld (2005). Este processo provocou duas reações principais: alguns países começaram a denunciar os tratados já assinados ou não os renovaram, retirando-se do sistema como um todo; outros estão modificando os seus modelos de BIT, visando evitar o modelo tradicional.

As principais razões para esta “crise” do modelo tradicional de tratado bilateral de investimento serão discutidas no próximo item.

CAPÍTULO 3 - AS CRÍTICAS AO MODELO TRADICIONAL

A primeira razão que gerou receio nos países em desenvolvimento quanto ao sistema tradicional de proteção ao investidor estrangeiro diz respeito às dúvidas quanto à sua própria efetividade em atrair investimentos. Neste sentido, alguns estudos foram realizados visando verificar a ocorrência de uma relação direta entre a assinatura de um BIT e o aumento do fluxo de investimento no Estado considerado receptor.

O primeiro deles, publicado em 1998 pela UNCTAD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) concluiu que a influência dos BITs no fluxo de investimento externo é fraca, enquanto outros fatores tem um impacto maior nesse processo, como por exemplo o tamanho do mercado local (SAUVANT e SACHS, 2009). Outros estudos apontam ainda a presença de recursos naturais, estabilidade econômica e política e até mesmo fatores geográficos e de infraestrutura como mais importantes para a decisão do investidor na escolha do Estado a investir (GALLAGHER e BIRCH, 2006).

Apesar de sofrerem críticas quanto à fragilidade dos resultados, os estudos indicam ao menos uma incerteza na efetividade dos BITs em atingir seu objetivo principal para os países em desenvolvimento, que seria o de atrair investimento externo. Tal conclusão certamente influenciou na decisão de tais países em assinar ou não novos tratados, especialmente quando as condições de proteção ao investidor propostas são mais benéficas (HALLWARD-DRIEMEIER, 2003).

Uma segunda razão de desconfiança com o modelo tradicional diz respeito às provisões comuns aos diversos modelos já assinados, que desconsideram a responsabilidade do investidor por questões afetas

ao desenvolvimento sustentável do Estado Receptor (como questões ambientais, trabalhistas, combate à violação dos direitos humanos, dentre outras). Esta situação pode criar uma falta de coerência entre a regulação específica prevista no BIT e as normas já em vigor no país em questão.

Para Zhan (2017), o desafio de um novo modelo de proteção do investidor estrangeiro é integrar o desenvolvimento sustentável dentre os objetivos do ajuste, evitando aqueles instrumentos focados exclusivamente na promoção de investimento.

Por fim, como já adiantado, o sistema de resolução de conflitos é hoje o maior responsável pelas críticas ao modelo tradicional de BIT. Algumas preocupações com relação à chamada “arbitragem internacional de investimentos” são levantadas pela doutrina.

Uma delas é a presunção de vício na própria formulação do sistema, uma vez que, diferentemente de outros tipos de procedimento arbitral, apenas uma das partes – o investidor – pode iniciar o processo, apresentando uma reclamação, e apenas a outra – o Estado Receptor – pode ser condenada a pagar compensação por danos sofridos com base nos textos dos tratados aplicáveis (SALACUSE, 2007).

Outro fator problemático é a aceitação, por diversos tribunais arbitrais, da chamada “*forum-shopping*”, que é a possibilidade de empresas investidoras escolherem a nacionalidade de sua conveniência, com o objetivo de apresentar uma reclamação contra o Estado Receptor com base em um tratado existente que inclua o país a ser “escolhido”. Assim, a empresa pode adquirir a nacionalidade de um Estado–parte de um BIT, ganhando acesso ao sistema de arbitragem acordado em tal instrumento simplesmente por criar uma “*holding*” naquele país (HARTEN, 2016).²

Outras desvantagens do regime comumente apontadas pela European Federation for Investment Law and Arbitration (EFILA) são a falta de transparência, os altos custos do sistema, a falta de independência e imparcialidade dos árbitros, e a criação de uma elite de árbitros.

Todas essas críticas levaram, mais recentemente, a um processo de realinhamento dos modelos de BITs aplicados pelos países em desenvolvimento, inclusive visando adequá-los à evolução normativa que tem ocorrido em tais países. Segundo De Magalhães Silva (2008, p. 53):

² Um exemplo famoso desta situação foi a decisão do CIRDI no caso “Agua Del Tunari vs. Bolívia” (Caso CIRDI n° ARB/03/2), no qual a empresa reclamou compensação pela terminação da concessão pelo uso da água na cidade de Cochabamba, devido a sérias manifestações populares contrárias ao ajuste. A companhia era constituída pela lei boliviana, mas pertencia a diversas empresas estrangeiras, originárias dos Estados Unidos, Espanha, Uruguai e Ilhas Cayman. Entretanto, visando utilizar os benefícios de um BIT assinado entre a Bolívia e os Países Baixos, a empresa mudou sua estrutura para incluir uma *holding* intermediária incorporada nos Países Baixos. Apesar das severas críticas ao esquema, o tribunal arbitral decidiu que um investidor pode mudar sua estrutura corporativa para obter os benefícios de um BIT, contanto que a reestruturação seja feita antes da pretensa violação de direitos.

Enquanto os BITs limitam a flexibilidade regulatória dentro da qual as partes contratantes podem perseguir suas políticas de desenvolvimento econômico, os tratados mais recentes incluem uma ampla variedade de disciplinas que afetam mais áreas do país hospedeiro da atividade de modo mais detalhado e complexo. Ao mesmo tempo, esses tratados colocam mais ênfase nas questões de política pública, em particular por meio, entre outros, da inclusão de salvaguardas e exceções relativas à saúde pública, meio-ambiente e segurança nacional.

CAPÍTULO 4 - O MODELO BRASILEIRO

Como já adiantado anteriormente, a posição do Brasil no sistema normativo internacional de investimentos é peculiar. Enquanto no final do milênio países desenvolvidos e em desenvolvimento pareciam ter entrado em uma corrida para assinatura do maior número de BITs possível, o Brasil se manteve isolado desta rede, não tendo ratificado nenhum tratado bilateral de investimentos no formato tradicional³. Esta postura pode ser explicada por fatores históricos que o país vivenciava à época.

De fato, no início da década de 1990, momento de maior popularidade dos BITs, o Brasil havia recentemente se libertado da ditadura militar e iniciado com sucesso um processo de liberalização econômica, que resultou, nos anos seguintes, na estabilização da economia e no controle da inflação. Tais eventos incentivaram em grande medida o direcionamento de investimentos externos ao país, apesar da inexistência de tratados bilaterais de proteção do investidor internacional em vigor⁴.

Tal posição confortável deixou o Brasil em um mero estado de vigília quanto aos problemas enfrentados pelos demais países emergentes que aderiram ao modelo tradicional de BIT e à arbitragem de investimentos através do CIRDI (cujo tratado de adesão o país também não aderiu).

No entanto, o próprio processo de liberalização e estabilização econômica ocorrido no Brasil gerou uma nova preocupação: o país aos poucos perdia sua posição clássica de Estado Receptor para se tornar, em alguns casos, o Estado Anfitrião de diversas empresas brasileiras que começaram a investir em outros países. Neste cenário, a ausência de tratados de proteção de investimentos colocava estas empresas em uma situação de fragilidade em comparação com investidores de outras nacionalidades.

Este processo, que não tem ocorrido apenas com o Brasil, mas também em outros países que se veem em uma “posição intermediária”

3 Apesar de ter efetivamente assinado 14 BITs, os quais tiveram sua ratificação recusada no Congresso Nacional.

4 Neste momento de liberalização, alguns BITs foram assinados, com países como França, Dinamarca, Alemanha, dentre outros, porém nenhum deles chegou a ser ratificado.

entre Estado Receptor e Anfitrião, fortaleceu o clamor pela criação de novos modelos de tratados bilaterais de proteção dos investimentos externos, que não apresentassem o engessamento observado no tradicional BIT, e pudessem refletir essas novas realidades.

Nesse sentido, países emergentes como Índia e África do Sul reformularam seus modelos de BIT, e o Brasil, por seu turno, criou um novo modelo próprio, chamado de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI), apresentando uma “*abordagem positiva que busca fomentar a cooperação institucional e a facilitação dos fluxos mútuos de investimentos entre as Partes*” (sítio do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços).

Todos os Acordos já ratificados até a presente data foram assinados com países em desenvolvimento, o que reforça a política brasileira de fortalecimento das chamadas relações “sul-sul”, e demonstra uma tendência entre tais países na criação de novos mercados nunca antes explorados e fortalecimento dos acordos regionais como forma de competir com os clássicos países exportadores de capital (FONTAINE e SEIFERT, 2010).

Contrariamente ao modelo tradicional de BIT, focado primariamente na proteção do investidor estrangeiro, o novo modelo brasileiro é mais preocupado com a cooperação e facilitação do investimento, nem que deste objetivo resulte uma redução justa nas previsões protetivas ao investidor. Para Brauch (2015), tal estratégia pode parecer conflitante com o interesse emergente de defesa das empresas brasileiras que investem no exterior, mas apresenta uma combinação de interesses dos mais diversos, incluindo as preocupações do governo quanto à proteção de seu espaço regulatório, as limitações constitucionais e o clamor da sociedade civil por um enfoque mais sustentável.

O resultado é um modelo substancialmente diverso do modelo tradicional de BIT, baseado na constante cooperação entre os Estados envolvidos, inclusive incluindo obrigações ao Estado Anfitrião, o que era praticamente inexistente no modelo tradicional de BIT (MOROSINI e RATTON, 2015). Suas características principais são: a busca de uma integração sustentável entre as partes; a necessidade de balancear os direitos e obrigações do investidor e do Estado Receptor; o desenvolvimento de agendas temáticas para facilitação e cooperação nos investimentos e a “mitigação” do risco do investidor, em contraste com o termo amplo “proteção” utilizado pelos BITs (Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços).

Há também previsões relativas à responsabilidade social do investidor e respeito aos direitos humanos reconhecidos internacionalmente, baseadas nas Diretrizes da OCDE para as Empresas Multinacionais.⁵

5 Veja o texto em < https://www.oecdwatch.org/publications-en/Publication_3816/at_multi_download/files?name=OECD%20Watch%20brochure%20%28Portugues%29 >.

Com relação ao sistema de resolução de conflitos, o país manteve sua conduta de permanecer ausente do sistema tradicional regulado pela Convenção de Washington, que criou o CIRDI. Os instrumentos ratificados inserem na discussão algo não muito explorado até então: a prevenção de conflitos. Isso é feito através da criação de um corpo de órgãos específicos, constituindo a chamada “governança institucional”.

Cada Estado signatário deve criar um “ponto focal”, grupo responsável por receber as queixas dos seus investidores, propor soluções e interagir com o ponto focal da outra parte, caso necessário (BRAUCH, 2015). Por outro lado, o chamado “comitê conjunto” deve ser formado por representantes das duas partes, e tem como funções o monitoramento da implementação do acordo, discussão de novas oportunidades para investimento e a prevenção e solução amigável de conflitos (Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços).

Com relação a este procedimento, sua grande diferença do modelo tradicional é a previsão da arbitragem Estado-Estado, e não mais Estado-Investidor, como previsto na quase totalidade dos BITs. No entanto, a solução de conflitos será realizada apenas como último recurso, no caso em que o mecanismo de prevenção de conflitos. De fato, o procedimento de tratamento de conflitos previsto nos acordos já ratificados prevêem uma fase de negociações anterior à instalação formal da disputa.

Não se pretende no presente artigo realizar uma análise pormenorizada de tais instrumentos, mas apenas demonstrar suas principais inovações e seu potencial de sucesso perante a nova ordem que se desenha no campo do Direito Internacional de Investimentos. Para maiores informações sobre o novo modelo desenvolvido, assim como sobre os Acordos já assinados, sugere-se a pesquisa ao sítio do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços⁶.

CAPÍTULO 5 - A PARTICIPAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES

É importante observar que as tratativas para elaboração do modelo inicial dos Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos contaram com a participação de diferentes órgãos da União, que possuem competência sobre a matéria. Assim, foi estabelecida uma equipe técnica que contou com representantes do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, Ministério de Relações Exteriores, Ministério da Fazenda, CAMEX e Banco Central (informações constantes da Apresentação Geral

6 <<http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/218-negociacoes-internacionais-de-investimentos/1949-nii-acfi>>.

do Modelo Brasileiro de Acordos de Investimentos sítio do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços).

Paralelamente, o assessoramento jurídico do processo contou com a intensa participação da Advocacia-Geral da União, através das Consultorias Jurídicas (CONJURs) dos Ministérios do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e de Relações Exteriores, bem como da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, como assessoria jurídica do Ministério da Fazenda.

Assim, na fase de elaboração do modelo do Acordo que culminou com os instrumentos já assinados e suas alterações, tais órgãos tiveram efetiva participação, dirimindo os questionamentos jurídicos levantados por meio de pareceres exarados pelas CONJURs ou pela Coordenação-Geral de Operações Financeiras (pertencente ao órgão central da PGFN). Além disso, esta última acompanhou as negociações dos acordos assinados, integrando a equipe brasileira nas negociações com as delegações estrangeiras⁷. Após a fase de negociações, tais órgãos foram também ouvidos para os fins de encaminhamento dos acordos assinados ao Congresso Nacional.

Não obstante a participação dos diversos setores da AGU como assessoramento jurídico na elaboração e negociação dos ACFIs, percebe-se que há ainda um campo amplo cuja participação do órgão pode ser de extrema valia.

Como exemplo, podemos citar a constituição dos pontos focais de cada ACFI já assinado. O Decreto nº 8.863, de 28 de setembro de 2016, que dispõe sobre a criação e estrutura de tais grupos, determina que deles participarão representantes dos Ministérios que constituem a CAMEX (Câmara de Comércio Exterior) e de pontos focais de órgãos e entidades da administração pública e de entidades paraestatais. Entende-se que a participação de representantes da AGU nestes grupos contribuirá com a manutenção da segurança jurídica em todos os procedimentos do grupo.

Paralelamente, outras atuações podem vir a se mostrar necessárias conforme os procedimentos previstos em cada Acordo comecem a ganhar efetividade. De fato, a busca de maior participação da AGU como assessoria jurídica da União em temas de Direito Internacional vem sendo promovida como prioridade pelo órgão, desde a criação do Departamento de Assuntos Internacionais, ainda no ano de 2005.

Em estudo realizado por Albarran (2010) expôs-se os desafios enfrentados pela AGU ao buscar maior participação na defesa e assessoria

7 O Regimento Interno da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (Portaria MF 36/2014), traz como competência da Coordenação-Geral de Operações Financeiras (art 12, XIII) *“participar de negociações internacionais relativas a Acordos de Promoção e Proteção de Investimentos e emitir pareceres quanto à legalidade de tais acordos”*.

jurídica da União em temas de Direito Internacional, dada a tradição do Itamaraty em contratar escritórios jurídicos especializados em Direito Internacional para este fim.

Assim, percebe-se que a intenção do órgão é a de capacitar seus advogados públicos cada vez mais em temas relacionados ao Direito Internacional, de forma a participar de forma mais efetiva da defesa da União a nível mundial. Entendemos que a sua atuação no campo dos ACFIs, por ainda estarem em fase de implementação, e terem contado com a participação da AGU desde o princípio, é uma boa oportunidade para demonstrar a importância do órgão como assessoria jurídica da União em temas internacionais, contribuindo para objetivo institucional acima apresentado.

6 CONCLUSÃO

Em resumo, pode-se concluir que o novo modelo de tratado de proteção de investimentos proposto pelo Brasil é hoje considerado uma inovação no campo do Direito Internacional dos Investimentos, trazendo diversos pontos que prometem contribuir para a discussão do tema em nível mundial. No entanto, a fase de implementação de tais acordos ainda está em seu princípio, e é importante que a questão seja tratada de forma séria e cuidadosa.

Para tal, considerando a experiência acumulada com a atuação no tema até então, entende-se que a participação ativa da AGU nas diversas fases e fóruns a serem implementados daqui em diante se mostra essencial para conferir a segurança jurídica durante este processo. Além disso, tal participação contribuirá para uma maior especialização do órgão e ao fortalecimento do seu objetivo institucional de intensificar sua participação em temas relacionados à defesa e assessoria jurídica da União em âmbito internacional.

REFERÊNCIAS

ALBARRAN, Michel Ivan Osandon. *A representação do Brasil em nível internacional: o lugar da Advocacia Geral da União*. 2010.

BRAUCH, MD. *The Brazil–Mozambique and Brazil–Angola Cooperation and Investment Facilitation Agreements (CIFAs): A descriptive overview* (Investment Treaty News, 21 May 2015). Disponível em: <www.iisd.org/itn/2015/05/21/the-brazil-mozambique-and-brazil-angola-cooperation-and-investment-facilitation-agreements-cifas-a-descriptive-overview/> Acesso em: 8 Ago 2018.

DE MAGALHÃES SILVA, Lauriana. Direito Internacional dos investimentos e tratados internacionais contra dupla tributação da renda doi. Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília: *Escola de Direito*, v. 2, n. 1, 2008, p. 53.

EUROPEAN FEDERATION FOR INVESTMENT LAW AND ARBITRATION (EFILA). *A response to the criticism against ISDS* (2015). Disponível em: <http://efila.org/wp-content/uploads/2015/05/EFILA_in_response_to_the-criticism_of_ISDS_final_draft.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2018.

FONTAINE, D De la; SEIFERT, J. *The role of South-South cooperation in present Brazilian foreign policy: Actors, interests and functions* (2010). Disponível em:<www.lai.su.se/polopoly_fs/1.135252.1368796865!/menu/standard/file/STCHLM_PAPERS_LatAm_2010_dana%20et%20al.pdf>. Acesso em: 8 Ago. 2017.

HALLWARD-DRIEMEIER, Mary. *Do bilateral investment treaties attract foreign direct investment? Only a bit... and they could bite*. The World Bank, 2003.

GALLAGHER, Kevin P.; BIRCH, Melissa BL. Do Investment Agreements Attract Investment-Evidence from Latin America. *J. World Investment & Trade*, v. 7, p. 961, 2006.

HARTEN, GV. *A critique of investment treaties* in K Singh and B Ilge (ed), *Rethinking Bilateral Investment Treaties* (Both ENDS, Madyam and SOMO, 2016) Disponível em: <www.bothends.org/en/Publications/document/159/Book-Rethinking-Bilateral-Investment-Treaties-Critical-Issues-and-Policy-Choices> Acesso em: 27 Ago. 2018.

MINISTÉRIO DA INDÚSTRIA, COMÉRCIO EXTERIOR E SERVIÇOS. *Apresentação Geral do Modelo Brasileiro de Acordos de Investimentos*. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/218-negociacoes-internacionais-de-investimentos/1949-nii-acfi>>.

MOROSINI, F; RATTON, M. *The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI): a new formula for international investment agreements* (*Investment Treaty News*, 4 August 2015). Disponível em: <www.iisd.org/itn/2015/08/04/the-brazilian-agreement-on-cooperation-and-facilitation-of-investments-acfi-a-new-formula-for-international-investment-agreements/> Acesso em: 8 ago. 2018.

MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph (Ed.). *The Oxford handbook of international investment law*. Oxford University Press on Demand, 2008.

SALACUSE, JW. *Is There a Better Way - Alternative Methods of Treaty-Based, Investor-State Dispute Resolution*. (2007) Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol31/iss1/6>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

SAUVANT, Karl P.; SACHS, Lisa E. *The effect of treaties on foreign direct investment: Bilateral investment treaties, double taxation treaties, and investment flows*. Oxford University Press, 2009.

SINGH, K; ILGE, B. *Rethinking Bilateral Investment Treaties* (2016). Disponível em: <www.bothends.org/en/Publications/document/159/Book-Rethinking-Bilateral-Investment-Treaties-Critical-Issues-and-Policy-Choices>. Acesso em: 27 ago. 2018.

SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *The international law on foreign investment*. Cambridge University Press, 2017.

SWENSON, Deborah L. Why do developing countries sign BITs. *UC Davis J. Int'l L. & Pol'y*, v. 12, p. 131, 2005.

UNCTAD, Key terms and concepts in IIAs: a glossary (2004). Disponível em: <https://unctad.org/en/Docs/iteit20042_en.pdf> Acesso em: 25 set. de 2018.

VANDEVELDE, KJ. *A Brief History of International Investment Agreements* (2005). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1478757>>. Acesso em: 25 set. 2018.

VAN HARTEN, Gus et al. *Investment treaty arbitration and public law*. OUP Catalogue, 2007.

ZHAN, J. *International Investment Rule-making: trends, challenges and way forward*. Disponível em: <www.bothends.org/en/Publications/document/159/Book-Rethinking-Bilateral-Investment-Treaties-Critical-Issues-and-Policy-Choices>. Acesso em: 27 ago. de 2018.

FLUXOS DE DESLOCAMENTO EM MASSA NA EUROPA E NO BRASIL: UMA BREVE ABORDAGEM JURÍDICO- SOCIOLÓGICA

*FLOWS OF HUMAN DISPLACEMENT IN EUROPE AND
BRAZIL: A BRIEF LEGAL-SOCIOLOGICAL APPROACH*

Mariana Clara Stefanoni

*Pós-Graduada em Direito Público pela Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes
Consultora Jurídica da União Adjunta no Rio Grande do Sul. Advogada da União.*

SUMÁRIO: Considerações Introdutórias; 1 Os recentes fluxos de deslocamento humano em massa na Europa e o confronto entre a moral e o medo do desconhecido; 2 Evolução e novo do tratamento jurídico do migrante no Brasil e as expectativas de um acolhimento efetivamente humanitário; 3 Considerações finais; Referências.

RESUMO: A “crise migratória” é tema recorrente em matérias de jornal, noticiários de TV, reflexões acadêmicas e discursos políticos. Embora existam diferenças substanciais entre migrantes econômicos, refugiados e solicitantes de refúgio, esses heterogêneos grupos são vistos genericamente como migrantes internacionais e a superexploração indistinta de suas imagens acaba por desgasta-las e até banaliza-las. Este estudo se propõe a fazer uma breve exposição dos impactos sociais causados pelos grandes fluxos de deslocamento humano que se dirigem especialmente para a Europa e da cultura de medo que se forma ao redor do “problema migratório”. O artigo destaca, ainda, a participação do Brasil no cenário de acolhimento humanitário, trazendo à baila, em rápidas pinceladas, a nova legislação sobre migração e os desafios que enfrenta para concretizar seu arcabouço legislativo face ao fluxo migratório que se intensificou aqui a partir do ano do 2017.

PALAVRAS-CHAVE: Crise Migratória. Migração Econômica. Refugiados. Fluxos de Deslocamento Humano. Acolhimento Humanitário.

ABSTRACT: The “migratory crisis” is a recurring subject of newspaper articles, TV news, academic reflections and political speeches. While there are substantial differences between economic migrants, refugees and refugee seekers, these heterogeneous groups are viewed generally as international migrants, and the indistinctly image exploitation ends up by wearing them down and trivializing them. This research aims to expose the social impacts caused by the high flows of human reallocation especially towards Europe, as well as the fear surrounding the “migratory problem”. These article also highlights the participation of Brazil in the scenario of humanitarian reception. Also showing the new legislation about the migration and the challenges it forces in order to execute its legislative framework in view of the migratory flow that has intensified here since year of 2017.

KEYWORDS: Migratory Crisis. Economic Migration. Refugees. Human Displacement Flow. Humanitarian Reception.

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A Declaração Universal de Direitos Humanos preceitua, em seu art. XIII, numeral 2, que toda pessoa tem direito de abandonar o país em que se encontra, incluindo o seu, e o direito de regressar ao seu país. Além disso, prevê que toda pessoa sujeita a perseguição tem direito de procurar e de beneficiar de asilo em outros países.

A proteção concedida aos indivíduos que deixam voluntariamente seu país, movidos, sobretudo, pela busca de melhores condições de vida, é diferente da proteção que se concede a indivíduos que são obrigados a deixar seus territórios por questões humanitárias. As causas dos deslocamentos são diferentes, como também são o perfil desses indivíduos, suas expectativas e anseios e sua intenção de permanência. Carecem, pois, de soluções diferentes, mas a classificação indistinta como migrantes internacionais prejudica a leitura sociológica das causas e consequências desses fluxos de deslocamento e acarreta a banalização do problema da migração.

Embora saibamos que imigrantes econômicos e refugiados recebem tratamentos jurídicos diferentes, por vezes a eles nos referiremos somente como “imigrantes”, como se esse termo fosse um gênero do qual são espécies as duas categorias acima mencionadas. A atecnia tem uma justificativa: nos países europeus, que viram na última década um aumento substancial do número de pessoas que ingressaram no continente em busca de refúgio, os preconceitos e medos dirigidos a um dos grupos se estende ao outro, e vice e versa, com graves prejuízos para a adequada solução do problema.

O Brasil inaugurou com a Lei de Migração (Lei n. 13.445, de 2017), que revogou expressamente o Estatuto do Estrangeiro, um novo e oportuno capítulo concernente ao Direito da Mobilidade Humana. Fala-se oportuno se considerarmos o grande aumento, nos últimos anos, do número de imigrantes, refugiados e solicitantes de refúgio.

Entretanto, a legislação nova, que tem sido alvo de elogios, precisa vir acompanhada de políticas públicas eficientes de integração das pessoas que são acolhidas no Brasil. E esse é grande e atual desafio.

Além disso, a eficiente operacionalização do recebimento dos imigrantes, refugiados e solicitantes de refúgio é essencial para que o fluxo migratório que vivemos agora não replique os problema sociais que verificamos na Europa. A acolhida, afinal, deve ser humanitária, e não apenas estatística.

1 OS RECENTES FLUXOS DE DESLOCAMENTO HUMANO EM MASSA NA EUROPA E O CONFRONTO ENTRE A MORAL E O MEDO DO DESCONHECIDO

A última década assistiu um aumento substancial no contingente de refugiados e migrantes, especialmente aqueles que batem à porta da Europa fugindo das crises econômicas de suas nações, de guerras tribais ou sectárias, instabilidade institucional, desastres ambientais e violações generalizadas de direitos humanos. Soma-se, então, aos constantes fluxos dos “migrantes econômicos”, o fluxo de refugiados que tentam escapar da violência arbitrária. E cabe, para começar, tecer a distinção entre esses dois conjuntos de fluxos humanos.

Refugiados são pessoas que estão fora de seus países de origem por fundados temores de perseguição, conflito, violência ou outras circunstâncias que perturbam seriamente a ordem pública e que, como resultado, necessitam de proteção internacional. É a essa proteção que se refere o art. 14 da Declaração Universal de Direitos Humanos, também chamada de Declaração de Paris, ao afirmar que é direito de toda e qualquer pessoa procurar e se beneficiar de refúgio (NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL, 2017).

Apesar do reconhecimento do direito ao refúgio na Declaração de Paris, foram, na verdade, a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados – a Convenção de 1951 – e seu Protocolo de 1967 que trouxeram os pilares do moderno regime de proteção aos refugiados. O dispositivo mais importante da referida Convenção é o artigo 33, que alberga o princípio do *non-refoulement* (não devolução), segundo o qual refugiados não podem ser expulsos ou devolvidos a situações onde suas vidas ou liberdade possam estar sob ameaça.

No Brasil, considera-se refugiado o indivíduo que, devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país ou, não tendo nacionalidade, por estas mesmas circunstâncias não possa ou não queria retornar ao seu país de residência habitual. Ademais, também se considera refugiado o indivíduo que, em razão de grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país (BRASIL, 1997).

Refugiados e solicitantes de refúgio recebem proteção de organismos internacionais, possuem Convenção Internacional específica e, no Brasil, resguardo legal – Lei n. 9.474, de 22 de julho de 1997.

Não há, contudo, uma definição legal uniforme em nível internacional para o termo “migração”. Em geral, fala-se de migração o fluxo voluntário de pessoas que buscam melhores condições econômicas, fugir de dificuldades significativas decorrentes de desastres naturais, reunir-se a familiares, dentre outras razões. Pessoas que deixam seus países nessas circunstâncias geralmente não recebem a proteção internacional concedida a refugiados.

Em seu sítio eletrônico na internet, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR – ressalta o perigo de usar indiscriminadamente as expressões “refugiados” e “migrantes” (ACNUR, 2016):

Alguns formuladores de políticas, organizações internacionais e meios de comunicação compreendem e utilizam o termo “migrante” como um termo generalista que abarca migrantes e refugiados. Por exemplo, estatísticas globais em migrações internacionais normalmente utilizam uma definição de “migração internacional” que inclui os movimentos de solicitantes de refúgio e de refugiados.

Em discussões públicas, no entanto, essa prática pode facilmente gerar confusão e pode também ter sérias consequências para a vida e segurança de refugiados. “ Migração ” é comumente compreendida implicando um processo voluntário; por exemplo, alguém que cruza uma fronteira em busca de melhores oportunidades econômicas. Este não é o caso de refugiados, que não podem retornar às suas casas em segurança e, conseqüentemente, têm direito a proteções específicas no escopo do direito internacional.

Desfocar os termos “refugiados” e “migrantes” tira atenção da proteção legal específica que os refugiados necessitam, como proteção contra o *refoulement* e contra ser penalizado por cruzar fronteiras para buscar segurança sem autorização. Não há nada ilegal em procurar refúgio – pelo contrário, é um direito humano universal. Portanto, misturar os conceitos de “refugiados” e “migrantes” pode enfraquecer o apoio a refugiados e ao refúgio institucionalizado em um momento em que mais refugiados precisam de tal proteção.

Embora recebam tratamentos de proteção legal distintos, refugiados, solicitantes de refúgio e imigrantes são, em geral, enxergados indistintamente pela população do país que os recebe, pelos governantes e pela mídia ávida por audiência. As notícias veiculadas a respeito do fenômeno do deslocamento em massa, seja qual for o germe desse deslocamento, causa, segundo Zygmunt Bauman (BAUMAN, 2016), uma espécie de pânico moral

nos países receptores do fluxo de pessoas. A propósito, o sociólogo e filósofo polonês lembra que é o nosso próprio modo de vida moderno que cria as chamadas “pessoas redundantes” (localmente inúteis, excessivas ou não empregáveis, ou localmente intoleráveis, rejeitadas por agitações, conflitos e dissensões causadas por transformações sociais/políticas e consequentes lutas pelo poder).

Os impactos dos atuais movimentos de massa também são bastante disformes nos pontos de chegada: por um lado, há um claro interesse empresarial na mão de obra barata – e, de certo modo, resiliente – que refugiados e imigrantes representam. Por outro lado, a população local, muitas vezes fragilizada por seus próprios problemas internos, sinaliza uma dificuldade de administrar o crescente medo do desconhecido que representa a chegada dos imigrantes e refugiados.

A respeito da mixofobia, que é esse medo do desconhecido e incontrolável, Alberto Nardelli, ex-editor de dados da revista *The Guardian*, destacou que um a cada dois britânicos menciona a imigração como uma das questões mais importantes que o país enfrenta (NARDELLI, 2017). É evidente que a opinião pública a respeito da entrada de estrangeiros no país é demasiadamente distorcida: os britânicos acreditam que 23% dos migrantes que entram na Europa chegam ao Reino Unido para buscar asilo; esse percentual, na verdade, é de menos de 5%. Além disso, acreditam que cerca de 25% de sua população é formada de imigrantes, ao passo que os imigrantes correspondem a cerca de 10% da população (DUCAN, 2015). Essa desproporção se repete em outros países europeus que também são destinos de fluxos migratórios.

Esse crescente movimento de migração em massa somado a falsas percepções dos efeitos/consequências da entrada de estrangeiros no país explica a expansão da xenofobia e do racismo, do nacionalismo exacerbado e (por que não arriscar dizer?) dos movimentos políticos de extrema direita. Sobre este último ponto, Bauman nos lembra que a Frente Nacional, liderada por Marine Le Pen, obtém votos justamente nas camadas de base da sociedade francesa, feridas pela exclusão social e temerosas de que o pouco espaço que possuem seja roubado pelos imigrantes. O nacionalismo, neste caso, lhes devolve a autoestima perdida (BAUMAN, 2016). Nas palavras de Bauman:

Ser francês (ou francesa) é uma característica (a única viável?) que situa seus compatriotas na mesma categoria das pessoas boas, nobres, imaculadas e poderosas situadas no topo, situando-os acima de estrangeiros também miseráveis, os sem-pátria recém-chegados.

Os migrantes representam aquele fundo desejado que se situa mais embaixo ainda – abaixo do fundo a que os *misérables* nativos foram destinados e relegados.

O fluxo migratório e a chegada de refugiados ou solicitantes de refúgio na Europa acentua, ainda, a discussão sobre securitização: grande parte dos europeus associa a chegada de refugiados ao aumento do terrorismo. É o que revela um estudo realizado pelo centro de pesquisas PEW, em Washington. A pesquisa constatou que em oito dos dez países pesquisados, mais da metade dos entrevistados acreditam que “a chegada dos refugiados aumenta a probabilidade de terrorismo em seus países” (G1, 2016).

Os números da pesquisa se materializam em declarações como as do primeiro-ministro húngaro, Viktor Orban, para quem “há uma clara ligação entre a imigração clandestina que vem para a Europa e a propagação do terrorismo” (EURONEWS, 2015).

A consequência de associar a (in)segurança aos movimentos migratórios e de refúgio é que isso favorece os verdadeiros recrutadores de terroristas. Identificar o problema da imigração como problema de segurança nacional estimula três intenções dos verdadeiros terroristas. A primeira intenção é inflamar sentimentos anti-islâmicos e, conseqüentemente, mobilizar jovens muçulmanos (extremidades receptoras do ressentimento). A segunda intenção dos recrutadores é disseminar a ideia de que as culturas são incomunicáveis, pois quanto pior a vida dos muçulmanos, melhor para a causa terrorista. E, por fim, a terceira intenção é tirar proveito dos impactos sofridos pelas pessoas estigmatizadas: o estigma é um golpe em seu autorrespeito, resultando nas agonias de humilhação e vergonha e possível autodepreciação, o que favorece o recrutamento para a causa terrorista. (BAUMAN, 2016).

O perigo de classificar os imigrantes como terroristas é que eles passam a se situar fora dos domínios da responsabilidade moral e à margem da compaixão e do impulso de ajudar. Cultiva-se, pois, o senso de não-responsabilidade e da indiferença. E não é isso que se espera do acolhimento humanitário.

Embora não se possa resumir as políticas europeias de acolhimento humanitário ao insucesso, tampouco podemos atribuir-lhes êxito, especialmente quando se apresenta uma expectativa de refúgio, mas só para quem arriscou sua vida na travessia e conseguiu chegar vivo ao continente.

2 EVOLUÇÃO E NOVO DO TRATAMENTO JURÍDICO DO MIGRANTE NO BRASIL E AS EXPECTATIVAS DE UM ACOLHIMENTO EFETIVAMENTE HUMANITÁRIO

O Direito Internacional da Mobilidade Humana, que abarca regras gerais incidentes sobre imigrantes, emigrantes, apátridas, refugiados e

outras formas de acolhimento, assegura, em geral, o direito de sair do país e de buscar asilo, mas não assegura o ingresso indiscriminado em qualquer país do mundo. O tratamento jurídico internacional atribuído a refugiados, no entanto, representa uma exceção: os Estados são obrigados a acolher os solicitantes de refúgio até a definição de sua condição jurídica de refugiado (RAMOS, 2018).

No Brasil, o tratamento jurídico ao migrante passou por três fases que refletiam a visão do estrangeiro em cada época. A vinda da família real ao Brasil, em 1808, encerrou uma fase marcada pela intolerância religiosa e de proibição de entrada de pessoas de determinadas origens, e inaugurou um período de estímulo à imigração, com a concessão de tratamento jurídico não discriminatório aos estrangeiros.

A Constituição de 1824, por sua vez, cuidou de distinguir com clareza o cidadão brasileiro do estrangeiro naturalizado, excluindo estes últimos, por exemplo, do exercício do cargo de ministro. A legislação infraconstitucional, seguindo essa mesma linha, alargava o rol de proibições aos estrangeiros, que não podiam advogar, requerer *habeas corpus* ou exercer a direção de colégios.

Na segunda fase, a Constituição de 1891, movida pela necessidade de povoar o território brasileiro e promover o desenvolvimento nacional, equiparou os estrangeiros aos nacionais no que concerne aos direitos civis e públicos não políticos.

A essa fase de tratamento igualitário seguiu-se uma fase de cerramento das fronteiras nacionais e de xenofobia, reflexo da aversão às ideologias que emergiram com a Revolução Russa de 1917, da crise econômica de 1929 e da crença de que o estrangeiro roubava o emprego dos nacionais. Tolerava-se apenas a imigração dirigida ao trabalho agrícola. Materializando essa tendência de racismo e xenofobia, a Constituição de 1934 restringiu, inclusive em números percentuais, a entrada de estrangeiros no Brasil, permitindo à legislação infraconstitucional a fixação de um limite numérico de estrangeiros empregados em determinados ramos de trabalho. Tais restrições aumentaram ainda mais com a Constituição de 1937.

O fim do regime ditatorial representou o restabelecimento dos ideais de igualdade, embora as Constituições de 1946, 1967 e 1969 ainda reservassem aos nacionais alguns privilégios. Foi nesse contexto sócio-político, marcado pelo baixo fluxo imigratório – que tirou a migração do centro de interesse do legislador nacional – que foi promulgada a Lei n. 6.815, de 1980, o Estatuto do Estrangeiro, o qual vigorou até 2017.

A Constituição de 1988, ao garantir, em seu art. 5º, aos brasileiros e estrangeiros residentes no país “a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (direitos estendidos

pela doutrina, pacificamente, a todos os estrangeiros, e não somente aos residentes), estreou a fase da igualdade e amenizou gradativamente (a partir de seguidas reformas constitucionais) as diferenças entre brasileiros e estrangeiros. A título de exemplo, oportunizou-se aos estrangeiros o ingresso em cargos públicos e universidades, a exploração de recursos minerais e hidráulicos por sociedades organizadas no Brasil (e não somente por brasileiros), a atuação no setor de navegação, dentre outras alterações (RAMOS, 2018).

A nova Lei de Migração – Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017, ao revogar expressamente o Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815/1980), coroou essa fase de tratamento igualitário. Sobre o novel diploma normativo, observa André de Carvalho Ramos (RAMOS, 2018, P. 916):

Ao contrário do agora revogado Estatuto do Estrangeiro (adotado na ditadura militar e inspirado na doutrina de segurança nacional), a nova lei é fruto da constatação de que negar direitos, gerar entraves burocráticos na regularização migratória, atuar com arbítrio e sem coerência, são condutas que não reduzem o deslocamento de pessoas, mas apenas degradam as condições de vida do migrante.

[...]

Estabelece-se, com o novo marco legal, a regra geral de vedação da discriminação e proibição do arbítrio na entrada, permanência e saída compulsória do migrante, com várias menções ao direito de ser informado e de obter assistência jurídica integral.

[...]

Por sua vez, a Lei não prejudica a aplicação de norma internas e internacionais específicas sobre refugiados, asilados, agentes e pessoal diplomático ou consular, funcionários de organização internacional e seus familiares (art. 2º da Lei n. 13.445/2017). Os refugiados e solicitantes de refugio continuam a ser regidos pela Lei n. 9.474/97 (art. 121).

Entre os princípios da nova Lei de Migração, elencam-se a inclusão social, laboral e produtiva do migrante por meio de políticas públicas, além do acesso igualitário e livre do migrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social (BRASIL, 2017).

No rol dos direitos e garantias do migrante, há a previsão de acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social, sem discriminação em razão da nacionalidade ou condição migratória, à assistência jurídica gratuita, quando houver hipossuficiência e direito à educação pública (BRASIL, 2017).

Ademais, simplifica e amplia as possibilidades de concessão de vistos aos estrangeiros. Os atuais cinco tipos de vistos (visita, temporário, diplomático, oficial e de cortesia), que se subdividem em vários outros, se coadunam com o novo perfil migratório brasileiro. Especialmente nos últimos cinco anos, além do aumento substancial do número de migrantes de países desenvolvidos – que pode caracterizar uma terceira onda migratória, houve, também, um crescimento significativo do número de migrantes por questões humanitárias, sobretudo da Venezuela e do Haiti.

Dados da Polícia Federal mostram que de 2000 a 2010, o número médio de imigrantes no Brasil era de 40 a 70 mil por ano; a partir de 2011, essa média subiu de 100 a 120 mil imigrantes (POLÍCIA FEDERAL, 2016).

Um dos grandes méritos da nova Lei de Migração foi criar um ambiente favorável ao acolhimento dos que ingressam no Brasil por razões humanitárias. O silêncio do Estatuto do Estrangeiro no que concerne à acolhida humanitária induzia a soluções casuísticas, baseada em tratados internacionais e legislação infralegal. Aos imigrantes haitianos que não preenchiam os requisitos para a solicitação de refúgio, concedeu-se acolhida com respaldo em atos do Conselho Nacional de Imigração (CNIg) e do Conselho Nacional para Refugiados (CONARE). Como consequência da ausência de regramento legal propício ao amparo humanitário, o Brasil, que deveria ser um país mais colaborador em razão de sua extensão territorial e de ausência de guerras e de desastres ambientais, recebeu em 2015 pouco mais de trinta e cinco mil pessoas deslocadas, número bastante pequeno se analisarmos o universo de mais de 63 milhões de pessoas que foram obrigadas a deixar seus países por razões de perseguição, violação de direitos humanos, conflito ou violência generalizada naquele ano (VARELLA, OLIVEIRA, OLIVEIRA, LIGIERO, 2017).

O novo diploma dá o necessário respaldo legal e afasta o caráter discricionário da acolhida humanitária praticada até então. Considerando que de 2010 a 2015 houve um aumento de 2.868% de solicitações de refúgio e de 127% de refugiados no Brasil, a mudança foi muito bem-vinda (VARELLA, OLIVEIRA, OLIVEIRA, LIGIERO, 2017). E dentre as novidades, podemos destacar a concessão, para ingresso no país, de visto temporário para acolhida humanitária. Aos que já se encontram em território nacional, previu a nova lei a possibilidade de obtenção de residência para fins de acolhida humanitária e, enquanto aguarda a resposta

do governo federal ao pedido de autorização de residência, o solicitante de refúgio, asilo ou proteção aos apátridas fará jus a autorização provisória de residência (BRASIL, 2017).

As políticas públicas de acolhida humanitária no Brasil estão sendo desafiadas pelo ingresso em massa de venezuelanos que entram no território nacional pelo Estado de Roraima. O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) divulgou em agosto do corrente ano a estimativa de que cerca de 30,8 mil venezuelanos vivem no Brasil atualmente. Destes, aproximadamente 10 mil cruzaram a fronteira somente nos seis primeiros meses de 2018. Em 2015, viviam no país cerca de mil venezuelanos; o aumento, então, é da ordem de 3.000% (três mil por cento) (G1, 2018). Em que pese parecer um número alarmante, o Brasil não figura entre os principais destinos dos venezuelanos: Segundo a Organização Internacional para Migrações (OIM) - Agência das Nações Unidas para Migrações -, o Brasil recebeu apenas 2% dos 2,3 milhões de venezuelanos que deixaram o país fugindo da crise política, econômica e social que assola a Venezuela (BBC, 2018).

Face a dificuldade do Estado de Roraima de acolher os venezuelanos que entram no Brasil principalmente pelo Município de Pacaraima, foi editada a Medida Provisória n. 820, de 2018, convertida na Lei n. 13.684, de 2018, que dispõe sobre ações de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária. Na mesma data da edição da mencionada Medida Provisória, fora editado o Decreto n. 9.285, de 2018, que reconheceu a situação de vulnerabilidade dos venezuelanos.

Em que pese a nova e louvável legislação nacional sobre direitos relacionados a mobilidade humana, a falta de infraestrutura do Estado de Roraima para a promoção da adequada acolhida humanitária pode desnobrecer a atuação brasileira. A medida que aparenta ser mais adequada, ao menos em médio prazo, para diminuir a tensão nas fronteiras, é a agilização do programa de interiorização desses imigrantes, associado à eficiente documentação e registro dos venezuelanos e da criação de condições para que os imigrantes possam se integrar à nova sociedade.

Ao contrário do que se constata no continente europeu, no Brasil não se detectam movimentos xenófobos e aversão aos imigrantes, em geral. É verdade que existe grande tensão em Pacaraima e Boa Vista, mas é bastante provável que isso se verifique porque, “por azar, a nossa fronteira com a Venezuela se dá numa região onde a infraestrutura é muito precária e numa área pouco povoada. Então, a entrada de 50 mil venezuelanos cria um tipo de pressão política e sobre a infraestrutura que nunca aconteceria se eles estivessem chegando por São Paulo ou o

Rio de Janeiro”, como sintetiza Maurício Santoro, professor de Relações Internacionais da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (BBC, 2018).

Do total de venezuelanos que imigraram para o Brasil, o IBGE aponta que 99% (noventa e nove por cento) está em Roraima, o que representa mais de 8% (oito por cento) do total de habitantes da capital (G1, 2018). Considerando a grande proporção de venezuelanos em relação à população local, não é estranha a dificuldade que o Estado enfrenta de prover-lhes assistência básica e acolhida adequadas. O Exército Brasileiro calcula que cerca de 416 venezuelanos cruzam diariamente a fronteira por Pacaraima. Se considerarmos, contudo, toda a população brasileira, esse número é irrisório.

Os episódios de recepção violenta aos venezuelanos em Roraima parecem ser um reflexo do grande impacto que esse relevante número de imigrantes tem causado ao Estado, mas não podemos afirmar, ainda, que o comportamento agressivo traduz as mesmas reações sociológicas que se observa nos países europeus. Noticia-nos a imprensa uma série de ocorrência de manifestações xenófobas, de agressões a venezuelanos e é possível, ainda, constatar neste ano de eleição tentativas de exploração do sentimento anti-venezuelano por políticos ansiosos por galgar posição nas pesquisas eleitorais. No entanto, ainda assim, não reproduzimos a política de “portas entreabertas” dos países europeus, que se dispõem a receber os imigrantes, mas não tantos; se dispõem a conceder o refúgio, mas não a todos; e a ajudar, mas só naquilo que não incomode seus nacionais.

3 CONCLUSÃO

O novo conjunto brasileiro de normas sobre mobilidade humana, especialmente sobre a acolhida humanitária, posiciona o Brasil entre os países com arcabouço normativo mais avançado, como bem lembrou o professor de Direito Constitucional da Universidade de Sevilla, Joaquin Urias (URIAS, 2018), que reconheceu em palestra ministrada no âmbito do curso “Os desafios da Advocacia Pública na efetivação de direitos na Era Global”, realizado em Roma no ano de 2018, a excelência da legislação brasileira.

O professor espanhol ressaltou, ainda, o potencial que o país tem para figurar como um dos países mais proativos no que concerne ao amparo de pessoa deslocadas por questões humanitárias, vez que no Brasil não se identificam movimentos xenófobos acentuados. O terrorismo não é um dos principais medos do brasileiro. Embora o maior medo seja a violência, segundo o Instituto de Paraná Pesquisas

(PARANÁ PESQUISAS, 2018) – seguido do medo da crise econômica, do desemprego, de ficar doente e não ter assistência médica, da ausência de investimentos em educação e do corte da aposentadoria – esse medo diz respeito à criminalidade interna, praticada pelo indivíduo que aqui reside contra o indivíduo que aqui reside, e não pelos imigrantes ou refugiados, e sem qualquer ligação com ataques terroristas.

No entanto, para que o Brasil faça jus à nova legislação de acolhida humanitária, é imprescindível a adequação de políticas públicas, especialmente no que tange às políticas sociais, para atendimento da população imigrante (usando a expressão em seu sentido amplo).

A imigração de venezuelanos para o Estado de Roraima deverá perdurar por mais quatro anos, somando 79 mil pessoas para o período de 2015 a 2022. A estimativa faz parte do estudo Projeção da População, divulgado nesta quarta-feira (25) pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). De acordo com Leila Ervatti, analista de Estudos e Análise da Dinâmica Demográfica do IBGE, o impacto populacional para o país da chegada dos venezuelanos seria de apenas 0,09 para cada 1.000 habitantes. Fora Roraima, o IBGE considera zero o saldo migratório de outros Estados (VALOR, 2018). Mas se considerarmos que a entrada se dá principalmente por Pacaraima, o impacto populacional deixa de ser irrelevante e passa a reclamar dos entes federativos, especialmente da União, políticas de interiorização e integração eficientes, capazes de promover acolhimento humanitário efetivo, e não apenas normativo.

O Brasil, com seu território amplo e seu povo miscigenado, está diante de uma interessante oportunidade de mostrar como se substitui a *hostilidade* pela *hospitalidade* e de materializar a Opinião Consultiva n. 18 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, segundo a qual a não discriminação e a igualdade são princípios básicos indispensáveis à proteção internacional dos direitos humanos e devem ser aplicados a todos os indivíduos, independentemente de origem ou status migratório.

REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. *Estranhos a nossa porta*. Rio de Janeiro: Zahar, e-book, 2016.
- BRASIL. Lei n. 13.445, 21 de junho de 2017. *Institui a Lei de Migração*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso em: 14 out. 2018.

BRASIL. Lei n. 9.474, 22 de julho de 1997. *Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm>. Acesso em: 14 out. 2018.

BRASIL. Lei n. 13.684, 24 de maio de 2018. *Dispõe sobre medidas de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária; e dá outras providências*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13684.htm>. Acesso em: 14 out. 2018.

BRASIL. Decreto n. 9.285, de 15 de fevereiro de 2018. *Reconhece a situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária na República Bolivariana da Venezuela*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9285.htm>. Acesso em: 14 out. 2018.

BRASIL tem cerca de 30,8 mil imigrantes venezuelanos; somente em 2018 chegaram 10 mil, diz IBGE. *G1*, 29.08.2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/08/29/brasil-tem-cerca-de-308-mil-imigrantes-venezuelanos-somente-em-2018-chegaram-10-mil-diz-ibge.ghtml>> Acesso em: 14 out. 2018.

BRASIL recebe apenas 2% dos 2,3 milhões de venezuelanos expulsos pela crise. *BBC Brasil*, 21.08.2018. Disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45251779>>. Acesso em: 20 out. 2018.

DUCAN, Pamela. Revelado: a lacuna entre o que você sabe sobre o seu país e a realidade. *The Guardian*, 02.12.2015. Disponível em: <<<https://www.theguardian.com/society/datablog/2015/dec/02/revealed-gap-between-your-knowledge-reality>>>. Acesso em: 19 set. 2018.

EM 10 anos, número de imigrantes aumenta 160% no Brasil, diz PF. *G1*, 25.06.2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/06/em-10-anosnumero-de-imigrantes-aumenta-160-no-brasil-diz-pf.html>>. Acesso em: 14 out. 2018.

EM quatro anos, 39 mil venezuelanos devem chegar a Roraima, diz IBGE. *Valor*, 25.07.2018. Disponível em: <https://www.valor.com.br/brasil/5686209/em-quatro-anos-39-mil-venezuelanos-devem-chegar-roraima-diz-ibge>. Acesso em: 14 out. 2018.

HUNGRIA: Primeiro-ministro considera que imigração aumenta o risco de terrorismo. *Euronews*, 25.07.2015. Disponível em: <<https://pt.euronews.com/2015/07/25/hungria-primeiro-ministro-considera-que-imigracao-aumenta-o-risco-de-terrorismo>>. Acesso em: 10 out. 2018.

MAIORIA dos europeus associa refugiados e risco terrorista. *GI*, 11.07.2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/07/maioria-dos-europeus-associa-refugiados-e-risco-terrorista.html>>. Acesso em: 14 out. 2018.

NARDELLI, Alberto. A mídia precisa dizer a verdade sobre a migração e não vender mitos. *The Guardian*, 11.12.2015. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2015/dec/11/the-media-needs-to-tell-the-truth-on-migration-not-peddle-myths>>. Acesso em: 19 set. 2018.

QUAL a diferença entre refugiados e migrantes? *ONU-BR*. Disponível: <<https://nacoesunidas.org/qual-a-diferenca-entre-refugiados-migrantes/>>. Acesso em: 19 set. 2018.

REFUGIADOS e Migrantes. *ACNUR BRASIL*. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/2016/03/22/refugiados-e-migrantes-perguntas-frequentes/>>. Acesso em: 23 set. 2018.

URIAS, Joaquin. *Imigração*. Palestra ministrada no curso *Os Desafios da Advocacia Pública na Efetivação de Direitos da Era Global*. Roma, 04.07.2018.

VARELLA, Marcelo Dias; OLIVEIRA, Clarice G.; OLIVEIRA, Mariana S.C.; LIGIERO, Adriana P. O caráter humanista da Lei de Migrações: avanços da Lei n. 13.445/2017 e os desafios da regulamentação. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, 2017, p. 253-266.

CORRUPÇÃO SISTÊMICA E AS CONSEQUÊNCIAS NOS DIREITOS HUMANOS

*SYSTEMIC CORRUPTION AND CONSEQUENCES ON HUMAN
RIGHTS*

Priscila Martinho da Costa

Procuradora da Fazenda Nacional-DIAFI/PGFN 3 Região

Pós Graduada em Direito Público pela Universidade Católica de Petrópolis

Pós Graduada em Direito Empresarial e Processo Falimentar pela Universidade

Cândido Mendes. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro

SUMÁRIO: Introdução; 1 O bom e o mau governo. Virtudes e vícios. Seus efeitos no campo e cidade. Uma antiga preocupação; 2 A corrupção e seu modo de atuar; 3 Os nefastos efeitos da corrupção nos direitos humanos; 4 A corrupção na pauta das agendas mundiais; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente estudo parte do cenário artístico italiano, o qual remete a antiga preocupação do cidadão em ser submetido à um bom governo, justo, bem como a visualização da relação de causa e efeito com o bem-estar da sociedade. Após, passa-se para a análise da corrupção tendo como premissa, ainda na Itália, da chamada operação “Mãos Limpas”, a qual descortinou uma intrincada rede de corrupção, envolvendo diferentes setores da sociedade. A forma sistêmica em que organizada, conduz a uma atuação que tem a potência de realocar e reorganizar toda a máquina pública de acordo com sua lógica própria. Como decorrência direta desse viciado mecanismo tem-se como efeito devastador a vulneração de direitos humanos. O reconhecimento da importância dessa relação de causa e efeito alçou o debate como pauta das principais agendas dos Organismos Internacionais. A conjugação de esforços para o combate à corrupção, a fim de se proteger os direitos humanos, covardemente, violados é um importante caminho a se percorrer.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção Sistêmica. Consequências nos Direitos Humanos. Combate. Agenda Global.

ABSTRACT: The present study starts with the artistic cenarium, that referring a citizen's old worry to submitted a good government, fair, also see the cause-effect relationship with to the well-being of the Society. After that, goes to analyse of the corruption, still in Italy, in Operation “clean hands”, that uncovered an intricate network of corruption, involving different sectors of society. The systematic way in which organized, leads to an action which has the power to reallocate and reorganize the entire public machine according to its own logic. Direct consequence of this addictive mechanism has as a devastating effect the violation of human rights. Recognition of the importance of this cause-and-effect relationship launched the debate as a guideline of the main agendas of International Organization. The joint efforts for combating corruption in order to protect human rights cowardly, it is an important way to go.

KEYWORDS: Systemic Corruption. Consequences on Human Rights. Combat. Global Agenda.

INTRODUÇÃO

Os recentes eventos catastróficos envolvendo corrupção em países democráticos, infelizmente, não deflagram a preocupação da sociedade com tal tema.

No entanto, devido à sofisticação de seu *modus operandi*, com a conjugação de importantes setores da sociedade, em intrincadas redes de corrupção que acabam por, verdadeiramente, aniquilar a consecução de políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais, torna-se premente seu estudo e análise.

Os deletérios efeitos potencializados pela organização sistêmica da corrupção, em intrincada rede que envolve a vida política das sociedades contemporâneas, lançam a problemática às principais pautas de debates mundiais.

O reconhecimento desta infeliz relação: corrupção e violação de direitos humanos, conclama à conjugação de esforços não só da sociedade, como de toda a comunidade internacional.

1 O BOM E O MAU GOVERNO. VIRTUDES E VÍCIOS. SEUS EFEITOS NO CAMPO E CIDADE. UMA ANTIGA PREOCUPAÇÃO.

Com efeito, recente palestra ministrado pelo professor de Ciência Política e Política Pública, da Universidade de Pisa, Itália, Alberto Vanucci, teve como introdução uma pintura localizada no Palácio Público de Siena, Itália.

São afrescos alegóricos do Bom e do Mau Governo, pintados por Ambrogio Lorenzetti, nas paredes do Palácio Comunal de Siena (Sala dei Nove), os quais denotam uma antiga preocupação sobre o tema, dado à sua estreita correlação com o bem-estar da sociedade.

Aludida obra, que remonta ao século XIV, retrata o panorama do que seria um bom e mau governo, com suas virtudes e vícios.

Trata-se, num afresco, de uma alegoria do Bom Governo. E, em outros dois, o Mau Governo (tirano) e os efeitos sociais decorrentes do bom governo, na cidade e no campo. Pois, para os pensadores políticos medievais o bom governo alastrava seus efeitos pela cidade e pelo campo.

Na alegoria do Bom Governo, o rei é retratado com um homem virtuoso, que simboliza tanto a cidade de Siena, como também o bem-estar público.

Segura em sua mão direita um cetro da justiça, a justiça pensada neste caso pela comuna é fundamentalmente a ordenação de uma tributação justa, que pese proporcionalmente aos recursos dos cidadãos.

E, o sentido de bem público deve se antepor ao do bem privado.

De outro giro, o mau governo é retratado como o tirano, uma figura maléfica, demoníaca, que é assessorado pelos vícios: Avareza, Soberba e a Vanglória.

A Avareza é vista com um homem velho, portando duas bolsas, provavelmente cheias de moedas. Enquanto a Vanglória é uma linda e jovem mulher com um espelho dourado, onde olha sua beleza. Ela representa o gosto pela vaidade de que se alimenta o tirano, bem como a má utilização do espelho, o espelho da vaidade.

E, acima de todos, a presunçosa Soberba, temível por sua arrogância, faz do tirano um orgulhoso e prepotente governador.

Em razão desses vícios- Soberba, Avareza e Vanglória- o mau governo sempre confunde o público e o privado. Pois o tirano ignora a Justiça, usando-a em seu próprio proveito.

A arte traça, ainda, uma ilustrativa correspondência entre um bom governo e seus efeitos na cidade, por meio de paisagens harmoniosas que mostram a sincronia dos ofícios em seu cotidiano, as quais seriam fruto do Bom Governo.

A influência política da cidade se estende ao campo. Assim, a cidade e o campo se harmonizam para a perfeita consecução dos fins do corpo social. Todo povo trabalha em paz. Tal panorama seria possível porque o bom governo teria evitado os vícios do tirano.

Assim, o estudo das virtudes necessárias ao bom governante, as capacidades que se exigem dele, a distinção entre bom e mau governo e os vícios que se deveria evitar para que o corpo político chegasse a um bom termo, ao longo da história, retratado nesta expressão artística, é uma dentre muitas outras que denota a antiga preocupação humana em se definir contornos sobre o que seria um bom e mau governo e sua relação direta com o bem-estar e dignidade dos cidadãos. E, lança luzes sobre o tema que se pretende abordar.

Ainda, na Itália, alguns séculos à frente, na denominada “Operação Mani pulite” (mãos limpas), temos outro objeto de estudo valioso para compreender a corrupção nas democracias contemporâneas e seus efeitos deletérios na concretização de direitos.

2 A CORRUPÇÃO E SEU MODO DE ATUAR

O que pode ser chamado o fio da meada, que detonou um dos esquemas de corrupção mais famosos dos últimos tempos é ponto de partida para a idéia a ser desenvolvida a seguir, senão vejamos.

Com efeito, a operação Mani Pulite teve sua gênese com a prisão de Mario Chiesa, o qual ocupava o cargo de diretor de uma instituição filantrópica de Milão, em razão de conluio político com o Partido Socialista Italiano.

Preso com propina no bolso, que seria fruto de um contrato com uma empresa de limpeza, no mês seguinte, começou a confessar o esquema de corrupção que descortinava uma intrincada relação entre a vida política, administrativa, e do empresariado e até do crime organizado.

No artigo “Considerações sobre a Operação Mani Pulite” o fenômeno é descrito por Sérgio Fernando Moro (jul./set.2004):

[...] A ação judiciária revelou que a vida política e administrativa de Milão, e da própria Itália, estava mergulhada na corrupção, com o pagamento de propina para a concessão e todo contrato público...

[...] Chiesa exigiria o pagamento de propina em cada contrato celebrado pela instituição filantrópica e a utilizaria para o financiamento de suas ambições políticas e seu Partido, a fim de manter o cargo junto à instituição filantrópica: Em substância, para entender as razões pelas quais eu tive de me expor diretamente no esquema de propina, é necessário entender que eu não me mantinha como presidente de uma organização com Trivulzio simplesmente porque eu era um bom técnico ou um bom administrador da área de saúde, mas uma força a ser considerada em Milão, tendo um certo número de votos a minha disposição.

Ora, se a corrupção não é um fenômeno novo quais as razões que levam o tema para o centro das principais discussões mundiais? A resposta apesar de não ser simples, pode ter um de seus elementos residente na seguinte premissa: a corrupção chegou a tal nível sistêmico que para além de prejudicar, reduzir, tem, verdadeiramente, suprimido direitos humanos básicos.

Pois, ao desvirtuar o dinheiro público para a manutenção de uma engrenagem paralela ao dever ser da máquina pública: arrecadação de impostos e alocação às políticas públicas de implementação de direitos; acaba por alijar toda uma sociedade de seus direitos mais básicos.

Tal mecanismo é de tal monta construído que reverbera não apenas sobre sob este aspecto, mas também sobre todo a economia de um país, pois irá redesenhar o mercado, na medida em que irão dele participar os sujeitos que fazem parte dessa engrenagem viciada, afastando, assim, os

reais investidores, empreendedores que iriam fazer a máquina girar de maneira sadia.

A ONG Transparência Internacional elaborou uma lista dos países mais corruptos do mundo, e nela ocupam os primeiros lugares os países que ostentam uma postura mais assistencialista.

Com efeito, tal razão de ser pode ser assim explicada: nos países em que a arrecadação de impostos é maior, com a finalidade precípua de destiná-los à consecução de políticas públicas, tendem a proporcionar maiores oportunidades para a realização de desvios nesse trajeto-arrecadação-consecução do interesse público.

Conforme destaca FERREIRO (2003):

O enriquecimento ilícito obtido por meio do abuso da função pública constitui a essência da corrupção. A corrupção representa, em termos gerais, uma relação socialmente patológica entre duas fontes de poder: o poder econômico e o poder político. Mediante tal relação, aqueles que detêm um de tais poderes, o transacionam em troca de outro, em uma relação corrupta, o poder do dinheiro busca influir sobre a função pública em benefício próprio e, inversamente, aqueles que exercem esta última a distorcem para favorecer aqueles que lhes proporcionam rendimentos econômicos.

Neste ponto, cabe transcrever o seguinte trecho do já citado artigo de autoria de Sérgio Moro:

[...] oportuno destacar o ocorrido com um dos principais investigados ou talvez o principal: Bettino Craxi, Líder do PSI e ex-primeiro-ministro, foi um dos principais alvos da operação mãos limpas. Craxi, já ameaçado pelas investigações, reconheceu cinicamente a prática disseminada das doações partidárias ilegais, em famoso discurso no Parlamento Italiano, em 3/7/1992: Os partidos políticos têm sido o corpo e a alma das estruturas democráticas...Infelizmente, é usualmente difícil identificar, prevenir e remover áreas de infecção na vida dos partidos... Mais, abaixo da cobertura do financiamento irregular dos partidos casos de corrupção e extorsão floresceram e tornaram-se interligados.O que é necessário dizer e que de todo modo, todo mundo sabe, é que a maior parte do financiamento da política é irregular ou ilegal. Os partidos e aqueles que dependem da máquina partidária (grande, média ou pequena), de jornais, de propaganda, atividades associativas ou promocionais têm recorrido a recursos adicionais irregulares. Se a maior parte disso deve ser considerada pura

e simplesmente criminoso, então a maior parte do sistema político é um sistema criminoso....

Neste ponto, explica, ainda:

A gravidade da constatação é que a corrupção tende a espalhar-se enquanto não encontrar barreiras eficazes. O político corrupto, por exemplo, tem vantagens competitivas no mercado político em relação ao honesto, por poder contar com recursos que este não tem. Da mesma forma, um ambiente viciado tende a reduzir os custos morais da corrupção, uma vez que o corrupto costuma enxergar o seu comportamento como um padrão e não a exceção.

São nestes catastróficos eventos envolvendo corrupção em países democráticos onde se pode vislumbrar, com clareza, a relação inversamente proporcional entre o desenvolvimento da corrupção e o desenvolvimento econômico.

Ora, essa relação causa e efeito é sentida de forma tão intensa pois a corrupção influencia nas decisões do governo, desde as simples as mais importantes e decisivas para o rumo de políticas públicas e implementação de direitos.

Tais efeitos já foram abordados pelo Banco Mundial, o qual chamou a atenção para o fato de que os Estados em que existem altos índices de corrupção são prejudicados uma vez que a propina aumenta o risco da operacionalização de negócios nesses países, afastando investidores. Assim se manifestou o Presidente daquela instituição sobre esse enorme mal: É praticada em todos os países e uma sondagem chegou à conclusão que 40% dos fornecedores ou empreiteiros tiveram de pagar propinas ao governo sob uma forma ou outra. Existem os corruptores e, neste caso, os países industrializados não são inocentes: na Alemanha e na França e certamente em outros países, os gastos de corrupção podem ser deduzidos do Imposto de Renda.

3 OS NEFASTOS EFEITOS DA CORRUPÇÃO NOS DIREITOS HUMANOS

Nesse patológico cenário, há uma verdadeira negação ao tratamento igualitário de acesso aos serviços públicos, pois a lógica dos corruptos é contrária a esta dinâmica da consecução das políticas públicas. Na corrupção se dá mais a quem paga mais, o vetor aqui para a distribuição dos recursos, do acesso aos serviços públicos não é o direito dos cidadãos, subvertendo-se, assim, a lógica basilar que deveria reger tal estrutura.

E, assim sendo, todos os tipos de garantias podem ser negadas e realocadas de acordo com a lógica da corrupção. E, assim, quanto mais se elevam os níveis de corrupção, menor é a eficiência dos serviços públicos e a confiança nas instituições públicas.

Neste ponto cabe trazer à lume a seguinte observação de STARLING (2008, p. 259):

A palavra corrupção aponta para dois movimentos: algo que se quebra em um vínculo; algo que se degrada no momento dessa ruptura. As consequências são consideráveis. De um lado, quebra-se o princípio da confiança, o elo que permite o cidadão associar-se para intervir na vida de seu país. De outro, degrada-se o sentido do público. Por conta disso, nas ditaduras, a corrupção tem funcionalidade: serve para garantir a dissipação da vida pública. Nas democracias- e diante da República- seu efeito é outro: serve para dissolver os princípios políticos que sustentam as condições para o exercício da virtude do cidadão.

A corrupção, especialmente quando sistêmica, tem como efeito violações de diversas ordens, como violações ao direito de trabalho, de participação política, de acesso ao sistema de saúde pública, de educação, bem como os mais básicos como moradia e alimentação.

Paulo Roberto Galvão de Carvalho (2015, p.186) pontua bem em sua obra quem sofre os efeitos deletérios da corrupção:

Com efeito, a corrupção tem três características que a diferenciam dos demais ilícitos e dificultam a utilização de técnicas convencionais de repressão. Em primeiro lugar, a corrupção é invisível e secreta: trata-se de um acordo entre o corrupto e o corruptor, cuja ocorrência, em regra, não chega ao conhecimento de terceiros. Além disso, a corrupção não costuma deixar rastros: o crime pode ser praticado mediante inúmeras condutas cuja identificação é difícilíssima, e, ainda, que provada uma transação financeira, é ainda necessário demonstrar que o pagamento tinha realmente por objetivo um suborno. Por fim, a corrupção é um crime sem vítima individualmente determinada- a vítima é a sociedade-, o que dificulta sua comunicação às autoridades, já que não há um lesado direto que se sinta obrigado a tanto.

Ainda, como efeito perverso da corrupção podemos citar a redução de investimentos empresariais em inovação, pesquisa e desenvolvimento e com isso menos inovação na força de trabalho.

A operação Mãos Limpas deixou claro para o mundo do alto preço que a sociedade paga com a corrupção, considerando-se que a propina paga é inserida como custo de uma obra pública, a qual no final das contas irá custar aos cofres públicos o dobro, o triplo, ou mais de seu real valor. Ora, a sangria causada pelos inúmeros contratos que a Administração Pública tem que se valer para gerir a coisa pública com o adicional da propina irá ter uma principal consequência: a conta não vai fechar. É indubitável que algum serviço público ficará a descoberto, e em geral, os mais básicos, como saúde, educação e segurança.

Daí advém a relação direta entre os esquemas corruptos e a violação aos direitos fundamentais mais básicos e caros à uma vida digna.

Neste ponto, cabe trazer à lume o esclarecimento de GORCZEWSKI (2014, p. 70):

Os direitos Humanos e os Direitos Fundamentais dos cidadãos são profundamente afetados pelos atos de corrupção e, evidentemente os indivíduos mais necessitados serão os mais atingidos, na medida em que hospitais reduzem o atendimento, escolas reduzem vagas, assistência social reduz pessoa e investimentos, programas sociais são abandonados, tudo porque os recursos foram ilicitamente desviados para atender interesses vis de alguns.

Com isso, ocorre uma verdadeira “brain drain”, ou seja, a emigração da mão de obra qualificada. E ainda, taxas mais baixas de educação.

Neste aspecto esclarece o pesquisador Clóvis de Melo (2010, P.68):

Nos municípios em que a corrupção foi detectada, a estrutura educacional apresentava índices de precariedade superiores aos dos municípios sem corrupção: menor número de bibliotecas, de equipamentos pedagógicos, de dependências administrativas e de estruturas de apoio, além de turmas maiores e maior contingente de professores menos qualificados e com menor remuneração [...] Em suma, os alunos dos municípios com corrupção passam a contar com menor quantidade de insumos educacionais, o que resulta em deficiência de aprendizagem.

Este aspecto, da educação, é ainda mais sensível, pois é um dos responsáveis pela manutenção deste ciclo vicioso.

Pois, na medida em que os recursos públicos ao invés de serem investidos no sistema de educacional, com o fim de propiciar o acesso à educação, são utilizados para superfaturar obras, pagar propina aos atores deste mecanismo viciado há a formação de uma frágil massa de manobra incapaz de questionar tal status quo.

GORCZEWSKI (2014, P.70), de forma elucidativa, explica o fenômeno:

Para quem governa sem a ética intenção de fazer o bem coletivo, mas apenas de defender meros interesses privados, a omissão popular é providencial, já que, quando não há cobranças ou participação/fiscalização, os administradores atuam a seu bel-prazer, enquanto os administrados assistem a tudo de forma apática. Isso acaba por fortalecer o caráter assistencialista dos governos, de modo que enquanto todos tiverem “pão e circo”, ninguém irá cobrar mais nada. Porém, esta concepção, de mera participação passiva, como dita, enfraquece a democracia e fortalece o surgimento das patologias corruptivas.

Diante disso, revela-se salutar a conjugação das políticas públicas a mecanismos eficientes de controle e combate a corrupção.

4 A CORRUPÇÃO NA PAUTA DAS AGENDAS MUNDIAIS

A relação causa e efeito - corrupção e violação de direitos humanos - em níveis tão alarmantes alçou o tema às mesas de debate das principais Organizações Internacionais.

Com efeito, a inclusão deste problema, de estatura mundial, atualmente, tem sido incluído nas principais agendas, a revelar o reconhecimento da gravidade do assunto, e a premente necessidade de busca de soluções.

Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31.10.2003, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida) obteve adesão de mais de cem países, entre eles o Brasil, onde vigora sob a forma do Decreto n. 5.687/2006.

Em seu texto, pode-se observar a percepção da gravidade dos problemas e ameaças decorrentes da corrupção para a estabilidade e a segurança das sociedades ao enfraquecer as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça e ao comprometer o desenvolvimento sustentável e o Estado Democrático de Direito. Pontua, ainda, os estreitos vínculos mantidos entre a corrupção e, em especial, o crime organizado e a lavagem de capitais, fatores capazes de comprometer grandes somas de recursos públicos, de modo a ameaçar a estabilidade política e o desenvolvimento socioeconômico.

No âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) temos a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 1996. Internalizada no Brasil cerca de 6 anos depois por força do Decreto n. 4.410/2002, o documento regional lista no seu preâmbulo vários fundamentos que lhe deram corpo, tais como o fato de que a democracia representativa traduz-se

em condição indispensável para a estabilidade, a paz e o desenvolvimento da região, de maneira a exigir o combate a toda forma de corrupção no desempenho das funções públicas e aos atos de corrupção especificamente ligados ao seu exercício. A Convenção de 1996 realça que o combate à corrupção fortalece instituições democráticas e evita distorções na economia, vícios na gestão pública e deterioração da moral social.

Nesse cenário, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos editou a Resolução n. 1/2017 sobre os Direitos Humanos e a Luta contra a Impunidade e a Corrupção, da qual consta que a luta contra a corrupção está intrinsecamente associada ao exercício e gozo dos direitos humanos.

Valendo-se novamente do art. 41, b, da CADH, a Comissão IDH aprovou em 02.03.2018, na cidade colombiana de Bogotá, a Resolução n. 1/2018 sobre Corrupção e Direitos Humanos. Suas diretrizes acentuam que a corrupção é um complexo fenômeno que afeta os direitos humanos em sua integralidade – civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais –, assim como o direito ao desenvolvimento. Além disso, práticas corruptas debilitam a governabilidade e as instituições democráticas, estimulam a impunidade, deterioram o Estado Democrático de Direito e intensificam a desigualdade social.

Ainda, nesta conjuntura internacional, verifica-se que, os crescentes escândalos que descortinaram corrupções sistêmicas colocou o tema em pauta na última cúpula do G7, grupo dos líderes das sete economias mais desenvolvidas e da União Européia, realizada no centro de Japão.

Apesar do foco ser a luta contra o terrorismo e em limitar os efeitos do arrefecimento econômico e potencializar o crescimento global, os líderes do G7 comprometeram-se em empreender esforços individuais e coletivos na luta contra a corrupção global, reconhecendo a seriedade do problema e da sua importância para realizar a Agenda do Desenvolvimento Sustentável de 2030.

Com efeito, o “Plano de Ação do G7 para Combater a Corrupção” destaca como um de seus instrumentos de combate à corrupção em escala global a promoção da contratação pública aberta, responsável, justa e eficaz.

Para tanto, pretendem ampliar a publicação dos dados de todo o ciclo da contratação, com vistas a melhorar a transparência fiscal dos processos concursais e dos contratos relacionados com grandes infraestruturas - devido a sua “grande escala” e complexidade - e potencializar as competências institucionais para auditar estes procedimentos.

O texto defende também o fortalecimento da cooperação além da fronteira na hora de fazer cumprir as leis sobre corrupção e a melhorar as capacidades técnicas nesse sentido.

A corroborar esse movimento de trazer para o debate o tema da corrupção, destaca-se, ainda, recente encontro, ocorrido em maio de 2018, marcado para celebrar os 15 anos da Convenção contra a Corrupção.

Na ocasião, o Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas alertou que os atos de corrupção tiram dinheiro da saúde e da educação, considerando-se que as sociedades não teriam como funcionar quando existe enriquecimento ilícito por parte de funcionários do Estado.

António Guterres, em seu discurso afirmou que “uma sociedade não pode funcionar de forma equitativa e eficiente quando funcionários públicos, de médicos a policiais, juízes e políticos, enriquecem ilicitamente em vez de desempenhar as suas funções com integridade.”

Ele traçou a inevitável consequência da corrupção: o desvio do dinheiro de hospitais, escolas, infraestrutura e outros serviços vitais. Apontou ainda o prejuízo ao desenvolvimento econômico, pois sufoca o empreendedorismo e impede investimentos.

Ainda, nessa toada, em mensagem para marcar o Dia Internacional contra a *Corrupção*, seu predecessor, Ban Ki-moon, *afirmou* que embora nenhum país seja imune, todos devem enfrentar a responsabilidade de eliminá-la. Na oportunidade foi destacado que a corrupção é um impedimento para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). Foi destacado, ainda, que “A corrupção sufoca pessoas, comunidades e nações. Enfraquece a educação e a saúde, contamina os processos eleitorais e reforça injustiças ao desmoralizar os sistemas de justiça criminal e o Estado de Direito. Ao desviar recursos nacionais e internacionais, a corrupção destrói a economia e o desenvolvimento social, aumentando a pobreza”.

A ODS constitui-se em um conjunto de 17 objetivos e 169 metas aprovadas pela ONU em 2015 para serem implementados até 2030, é um verdadeiro manifesto que inspira o mundo a transformá-lo e construir um futuro melhor para todos.

É na busca desse objetivo que a corrupção levanta-se como uma grande barreira, pois afeta todos e provoca mais sofrimento aos mais pobres e vulneráveis.

Aludido secretário-geral da ONU, que permaneceu no cargo por dez anos, lembrou que a ODS número 16 é justamente aquele que pede reduções substanciais em corrupção e propina, bem como o desenvolvimento das instituições de maneira efetiva, confiável e transparente, em todos os níveis.

Vale a pena trazer à lume, ainda, o seguinte trecho de sua mensagem:

A Convenção da ONU contra a Corrupção, apoiada por mecanismos de controle, está mobilizando para a governança honesta, transparente e confiável, mas é preciso fazer muito mais.

[...] “Precisamos reafirmar nosso compromisso para acabar com a fraude e a desonestidade que estão ameaçando a Agenda 2030 e nossos esforços para alcançar paz e justiça para todas e todos num planeta saudável.

O ex-chefe de direitos humanos da ONU, Zeid Ra’ad Al Hussein, foi ainda, mais incisivo quanto à estas terríveis consequências, ao afirmar que a “Corrupção corrói direitos humanos. Pois, “roubando-as do que deveriam ser bens comuns e privando-as de direitos fundamentais, como saúde, educação ou acesso igualitário à justiça”.

Isso prejudica, destacou Zeid, as instituições democráticas e corrompe a confiança pública. “O progresso para descobrir e abrir processos contra a corrupção em altos níveis de governo é um passo essencial para assegurar o respeito pelos direitos das pessoas, incluindo a justiça”, acrescentou o chefe do escritório de direitos humanos da ONU.

Diante desse cenário, pode-se constatar, com clareza que, propostas começam a ganhar força para tratar da corrupção como uma ameaça aos direitos fundamentais. Há, inclusive, em trâmite, uma proposta que recomenda que a corrupção sistemática seja considerada como um “crime contra humanidade”.

5 CONCLUSÃO

A corrupção longe de se constituir em fenômeno moderno, já era fonte de preocupação pela sociedade ao longo dos séculos, na medida em que notória sua estreita relação com o bem-estar da povo, bem como a fruição de seus direitos mais fundamentais.

De forma exemplificativa de tal estreita relação, destacou-se os afrescos, donde visualiza-se, com clareza o que seria um bom e mau governo, com suas virtudes e vícios, e a forma como os homens da cidade e do campo eram afetados pela escolha por um deles.

A corrupção, encarada como um conjunto de condutas e práticas nocivas, situadas no âmbito político-administrativo, apesar de não ser um tema afeto às sociedades modernas, ao evoluir para encarnar uma forma sistêmica, acabou por deflagrar como consequência deletéria à violação massiva de direitos fundamentais.

A corrupção, em suma, prejudica a todos, pois para além de gerar óbices às negociações comerciais entre os Estados e suas empresas, de forma justa e real, acaba por reorganizar toda a máquina pública segundo uma nova lógica. A lógica da corrupção, onde quem paga mais, recebe mais.

E, assim sendo, todos os tipos de garantias podem ser negadas e realocadas de acordo com a lógica da corrupção. E, assim, quanto mais se elevam os níveis de corrupção, menor é a eficiência dos serviços públicos e a confiança nas instituições públicas.

Com efeito, este atuar viciado, que envolve agentes políticos do baixo ao alto escalão, empresariado, funcionários públicos e o crime organizado, atingiu tal nível de sofisticação que foi alçada à mesa de debates das Organizações Internacionais e das grandes potências mundiais. A seriedade reconhecida ao tema convida todos ao debate sério em busca de resoluções e conjugação de esforços para o combate a estes desvios de conduta, de ordem criminosa, que privilegiam a vantagem indevida em detrimento do interesse coletivo.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Legislação anticorrupção no mundo: análise comparativa entre a lei anticorrupção brasileira, o Foreign Corrupt Practices Act norte-americano e o Bribery Act do Reino Unido. Lei Anticorrupção. In: SOUZA, J.M.; QUEIROZ, R.P.(Orgs.)Salvador:Jus PODIVM. 2015.

GAZETA DO POVO. Mundo, São Paulo, 20 de setembro de 1997.

GORCZEWSKI, Clóvis.Borba e Reis (2011, p.70)-BORBA, E.J.H. de; REIS, J.R.Democracia cooperativa eletrônica: novas perspectivas para a aquisição de um espaço público não estatal. In: REIS, J.R. dos GORCZEWSKI, C (Org.) Constitucionalismo contemporâneo:desafios modernos. Curitiba: Multideia, 2011.

MELO, Clóvis Alberto Vieira de. Corrupção e Políticas Públicas: Uma análise empírica dos municípios brasileiros. Repositório. UFPE. Data: 2010.

MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a operação mani pulite, CEJ, Brasília, n.26, p.56-62, jul/set.2004.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Citando Brasil, comissário da ONU alerta para vínculo entre corrupção e perda de direitos*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/citando-brasil-comissario-da-onu-alerta-para-vinculo-entre-corrupcao-perda-direitos/>.

_____. *Corrupção destrói economia e desenvolvimento social dos países, diz chefe da ONU*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/corrupcao-destrói-economia-e-desenvolvimento-social-dos-paises-diz-chefe-da-onu/>.

PORTA, Donatella della; VANNUCCI, Alberto. *Corrupt exchanges: actors, resources and mechanisms of political corruption*. New York. Alcinede Gruyter, 1999, p.149-151.

STARLING, Heloisa Maria Murgel. Ditadura Militar. In: AVRITZER, Leonardo (Org.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: UFMG, 2008

O PAPEL DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL
DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NA
PROTEÇÃO DO EQUILÍBRIO AMBIENTAL:
PERSPECTIVAS PARA O ESTADO
BRASILEIRO

*THE ROLE OF THE WORLD INTELLECTUAL PROPERTY
ORGANIZATION IN THE PROTECTION OF THE
ENVIRONMENTAL BALANCE: PERSPECTIVES FOR THE
BRAZILIAN STATE*

*Paulo Roberto Azevedo Mayer Ramalho
Procurador Federal*

Mestre em Direito Ambiental e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Amapá

*Rachel Nogueira de Souza
Procuradora da Fazenda Nacional*

Mestre em Direito Ambiental e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Amapá

SUMÁRIO: Introdução; 1 Proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado: Meio ambiente e sustentabilidade e Equilíbrio ambiental; 2 Propriedade intelectual: Aspectos gerais, Propriedade intelectual no direito brasileiro e Organização Mundial da Propriedade Intelectual; 3 OMPI Verde: a contribuição da OMPI

para o equilíbrio ambiental; 3.1 Patentes verdes: uma questão duplamente global; 3.2 Perspectivas para o Estado brasileiro: disseminação de tecnologias verdes na infraestrutura do país; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Partindo do fato de que um dos grandes dilemas da modernidade atualmente é a harmonização do crescimento econômico com a proteção ao equilíbrio ambiental, buscou-se demonstrar neste artigo que o sistema de patentes pode ser importante indutor de comportamentos que favoreçam a criação de tecnologias verdes. Nesta seara, ganha destaque o WIPO Green, em português, OMPI Verde, por meio do qual são divulgadas inúmeras dessas tecnologias verdes. Assim, a relevância da presente pesquisa repousa justamente na novidade do tema no âmbito brasileiro, sobretudo na medida em que estabelece perspectivas de uso do sistema OMPI Verde no país.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade Intelectual. Meio Ambiente. Patentes Verdes. Infraestrutura. OMPI.

ABSTRACT: Based on the fact that one of the great dilemmas of modernity nowadays is the harmonization of economic growth with the protection of environmental equilibrium, we sought to demonstrate in this article that the patent system can be an important inducer of behaviors that Promote the creation of green technologies. In this way, WIPO Green is highlighted in Portuguese, Ompi Verde, through which countless of these green technologies are disseminated. Thus, the relevance of this research rests precisely in the novelty of the theme in the Brazilian context, especially as it establishes perspectives for the use of the green WIPO system in the country.

KEYWORDS: Intellectual Property. Environment. Green Patents. Infrastructure. WIPO.

INTRODUÇÃO

Um dos grandes dilemas da modernidade atualmente é a harmonização do crescimento econômico com a proteção ao equilíbrio ambiental.

Uma das formas de promover essa dificultosa conciliação é o estímulo à criação, divulgação e implementação das tecnologias “verdes”, assim chamadas por contribuírem para um desenvolvimento econômico sustentável e, conseqüentemente, para o equilíbrio ambiental em todo o planeta.

Partindo dessas premissas, o presente trabalho tem por escopo inicial analisar a influência da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) na proteção do equilíbrio ambiental, por meio do sistema denominado WIPO Green, em português, OMPI Verde, por meio do qual são divulgadas inúmeras dessas tecnologias verdes.

A relevância da presente pesquisa repousa justamente na novidade do tema no âmbito brasileiro, sobretudo na medida em que estabelece perspectivas de uso do sistema OMPI Verde no país.

Para isso, serão abordadas questões elementares sobre sustentabilidade e equilíbrio ambiental, demonstrando sua importância ética e jurídica nos dias atuais.

Lançando luzes da temática em terras tupiniquins, observa-se que, na atualidade, o Brasil já iniciou um projeto-piloto com relação às patentes desde 2012, tendo verificado alguns avanços.

No entanto, diante da necessidade de se envidar esforços para a melhoria da infraestrutura necessária aos modais logísticos do país, questiona-se: como a OMPI Verde pode auxiliar o Brasil nesta missão?

1 PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILBRADO: MEIO AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE E EQUILIBRIO AMBIENTAL

No período pós-guerra, o mundo experimentou um forte desenvolvimento econômico. Foi preciso reconstruir o que foi destruído na Segunda Grande Guerra, ao passo que surgira uma disputa entre socialismo e capitalismo. Nesse contexto, a massificação da produção – inclusive a bélica – aumentou drasticamente a pressão sobre os recursos naturais, fazendo com que tomasse forma uma crise ambiental.

Com a conscientização acerca dessa crise, a sociedade moderna passa a se preocupar cada vez mais com as relações entre economia e meio ambiente. A própria ideia de comunhão entre homem e natureza nos remete à ecologia profunda, que prega uma visão de mundo sistêmica,

entendendo o planeta como um todo interligado, e não apenas como um conjunto de partes dissociadas (CAPRA, 2012).

Essa percepção ecológica profunda “reconhece a interdependência fundamental de todos os fenômenos, e o fato de que, enquanto indivíduos e sociedades, estamos todos encaixados nos processos cíclicos da natureza (e, em última análise, somos dependentes desses processos)” (CAPRA, 2012, p. 25).

Com base nesse ideal, Capra (2012) defende a utilização de um pensamento ecológico holístico, em que se deve partir do todo para entender partes, rompendo, deste modo, com o paradigma cartesiano, que tem por essência justamente o contrário. Conclui então pela existência de uma teia da vida, consistente em redes aninhadas dentro de redes mais amplas.

Conforme essa visão holística, o meio ambiente é considerado como uma inter-relação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que favorecem o desenvolvimento equilibrado da vida, humana ou não-humana (MILARÉ, 2013). Essa definição permite a inclusão, na concepção de meio ambiente, do ambiente natural (solo, ar, água, fauna e flora), urbano, do trabalho, cultural (histórico, artístico, arqueológico, paisagístico e linguístico) e inclusive do digital (FIORILLO, 2012).

Percebe-se, de fato, que:

As grandes questões ambientais do nosso tempo [...] devem ser entendidas como questões naturais, sociais e econômicas, simultaneamente, motivo pelo qual só podem ser equacionadas mediante uma abordagem integrada, objetiva, fortemente empírica e, numa palavra, sistemática (FREITAS, 2012, p. 31).

Ganha força nesse contexto a ideia da sustentabilidade ambiental como componente do desenvolvimento sustentável, que desafia a humanidade a encontrar uma forma de eliminar o crescimento econômico irracional, conseguido às custas de consideráveis externalidades negativas sociais e ambientais (SACHS, 2008). Para tanto, a sustentabilidade deve ser considerada como um novo paradigma axiológico, contrapondo-se ao consumismo insaciável, alimentado pela ideia de um crescimento que ignora os limites do planeta, marca maior da modernidade (FREITAS, 2012).

Embora tenha se iniciado em uma dimensão econômica, a sustentabilidade possui uma natureza multidimensional: ética e jurídico-política. Quanto à dimensão ética, abre-se um campo de estudo completamente novo ante a vulnerabilidade do meio ambiente provocada pela interferência técnica humana: o homem passa a ser responsável por toda a biosfera do planeta, pois adquiriu poder de afetar toda ela (JONAS, 2006).

Jonas (2006), tal como Beck (2011), alerta que as ações humanas passam a ter efeitos cumulativos e largamente protraídos no tempo. Jonas (2006) ainda proclama que a humanidade teria uma obrigação incondicional de existir, pois não seria possível supor que as futuras gerações possam concordar com a sua própria inexistência. Por isso mesmo, pode-se dizer que a sustentabilidade se baseia em um imperativo ético de solidariedade duplo, um sincrônico, com a geração atual, e outro diacrônico, com as gerações futuras (SACHS, 2008).

Partindo da concepção de meio ambiente como um sistema de múltiplas interconexões, é óbvio que, quando uma parte da rede é afetada, por menor que seja, pode-se causar problemas de funcionalidade em qualquer outra parte da rede, comprometendo, em casos extremos, a própria teia da vida (CAPRA, 2012).

Os dias atuais exigem, como se vê, uma nova forma de agir, de pensar e de ver o mundo a nossa volta. Essas mudanças, dada a sua magnitude, não serão conseguidas rapidamente. Será necessário, além de ações de comando e controle, medidas que aliem o desenvolvimento econômico com a proteção ao equilíbrio ambiental, permitindo que humanidade seja salva de si mesma (FREITAS, 2011).

Com a maior percepção dos efeitos nocivos que a intensa degradação ambiental produz para a vida, a saúde e, em geral, para o bem-estar dos seres humanos, as questões ambientais passam a ter uma crescente influência na concepção de dignidade da pessoa humana, que tem como base filosófica a ideia kantiana de que o ser humano, cuja autonomia, liberdade, racionalidade e autodeterminação lhe são inerentes, não pode ser empregado como simples meio ou objeto para a satisfação da vontade alheia, devendo sempre ser tratado como fim em si mesmo ou sujeito em qualquer relação, seja em relação a outros indivíduos, seja em relação ao próprio Estado (KANT, 2007).

Como já restou dito, Jonas (2006) prega que a espécie humana desenvolveu a capacidade técnica de afetar de forma irreversível e cumulativa a natureza, o que demanda uma reconfiguração de responsabilidades, ou o que o autor chama de um agir responsável, já que a ética tradicional cuida apenas das relações dos humanos entre si e sem a preocupação com condutas cumulativas no tempo.

No âmbito sociológico, portanto, é evidente que há uma alteração significativa na forma de encarar as relações entre o meio ambiente e o homem, notadamente tendo as futuras gerações em perspectiva. Essa modificação acabou repercutindo, como de costume, no campo jurídico.

Ainda no final do Século XX, a sustentabilidade ambiental passa por um processo de adensamento jurídico, de modo que o próprio equilíbrio

do meio ambiente passa a ser considerado um direito, previsto inclusive na constituição de diversos países. Assim, constrói-se um constitucionalismo ecológico (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012), contribuindo imensamente para a consolidação do direito ambiental. Essa constitucionalização é salutar, pois “a norma constitucional, sobretudo em países com firme tradição constitucional, é uma poderosa ferramenta exegética” (BENJAMIN, 2012, p. 106-7).

Hodiernamente, pode-se falar inclusive na existência de um direito fundamental ao equilíbrio ambiental, dada a forte conexão entre meio ambiente e direitos fundamentais clássicos, como vida, saúde, segurança e propriedade entre outros (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012).

2 PROPRIEDADE INTELECTUAL: ASPECTOS GERAIS, PROPRIEDADE INTELECTUAL NO DIREITO BRASILEIRO E ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

A discussão sobre a propriedade suscita calorosos debates de cunho ideológico, econômico e sociológico, que fogem ao escopo do presente trabalho.

Dito isto, cumpre destacar que, ao apropriar-se de determinada coisa, o ser humano passa a exercer sobre esta o domínio, surgindo, assim, um vínculo entre ambos. A propriedade é, pois, um fato social verificado em praticamente todas as sociedades desde a antiguidade.

Nesse sentido, o direito de propriedade diz respeito à tutela jurídica, à forma como o ordenamento jurídico regula essa relação entre os indivíduos e as coisas. Com base na lição de teóricos clássicos do direito civil, pode-se afirmar que o direito de propriedade, em uma acepção restrita, é um direito subjetivo composto basicamente pelas faculdades do detentor de usar, gozar e dispor de determinado bem. Em uma concepção mais ampla, no entanto, o direito de propriedade abrangeria ao menos outros quatro componentes, quais sejam: a liberdade de adquirir bens; a liberdade de os alienar; o direito de não ser privado deles; e o direito de reavê-los.

Originalmente, o direito de propriedade consistia em um domínio absoluto do indivíduo sobre a coisa, imune a qualquer encargo público ou privado. Com o passar do tempo, esse direito foi sofrendo relativizações, como, por exemplo, a possibilidade da incidência de tributação e de desapropriação, mas seguiu como elemento fundamental para a subsistência e o poder de autodeterminação dos cidadãos. Foi nesse sentido que constou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, o art. 17º, assim dispondo:

Artigo 17º Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de justa e prévia indenização.

Por fim, ainda que sem negar o seu imenso papel para a existência dos indivíduos, reconheceu-se que a propriedade deve ter uma função social.

Dada sua relevância, oriunda da forte ligação com as liberdades individuais, as constituições dos diferentes países, em regra, abordam o direito de propriedade, mas não definem o que este vem a ser, limitando-se a traçar limites gerais. Em verdade, a propriedade pode se dividir em inúmeras espécies (a propriedade de valores imobiliários, a propriedade literária e artística, a propriedade industrial, a propriedade do solo (urbano ou rural), entre outras⁴).

Como bem se sabe, ser humano é, por natureza, um ser pensante, traço este que inclusive está registrado no nome atribuído a nossa espécie. A produção de conhecimento, conseqüentemente, é uma constante na vida humana. O conhecimento produzido, por sua vez, reflete uma capacidade de resolver problemas de alta complexidade. Esse conhecimento útil pode se constituir em um capital intelectual e, com isso, passar a ter um valor econômico passível de apropriação.

Surge então a ideia de propriedade intelectual, abarcando um conjunto de direitos imateriais, economicamente valoráveis, que recaem sobre o produto do intelecto humano (BOCCHINO et al, 2010). Esse instituto jurídico tem grande relevância nas sociedades modernas, pois é uma forma de reconhecimento da atividade inventiva, possibilitando que o inventor receba uma compensação financeira pelos investimentos realizados na pesquisa e desenvolvimento de determinado produto, o que inclusive vem a estimular mais investimentos em inovações tecnológicas (SAMPAIO e SANTOS, 2000).

A propriedade intelectual é, pois, um método de apropriação dos frutos do capital intelectual, na medida em que impede a utilização da inovação por terceiros sem autorização do inventor (CORREA, 1999). No Brasil, a propriedade intelectual pode ser desmembrada em três grandes grupos: a propriedade industrial, o direito autoral e o *sui generis*.

A propriedade industrial objetiva a proteção os direitos relativos às patentes (de invenção ou de modelos de utilidade), marcas, desenho industrial e indicação geográfica, cabendo de acordo com a lei ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) a repressão a concorrência desleal (Lei n. 9.279/1996).

Por outro lado, o direito autoral protege as obras decorrentes do intelecto humano, ou seja, protege as obras literárias, científicas e artísticas (Lei n. 9.610/1998), bem como os programas de computador (Lei n. 9.609/1998).

As novas variedades vegetais obtidas por meio de melhoramento vegetal, recebem proteção pelo sistema *sui generis*, regida em nosso país pela Lei n. 9.456/97 – Lei Proteção de Cultivares. Pode-se destacar ainda, nessa seara, a Lei n. 10.973/2004 – Lei de Inovação e a Lei n. 11.484/2007 – Topografia de circuitos integrados.

No âmbito internacional, o Brasil é signatário de instrumentos jurídicos que incluem vários países, conferindo uma maior homogeneidade a direitos referentes à propriedade intelectual (TRIPS), dentre os quais importa citar a Convenção de Paris (Decreto n.º 75.572/1975, Decreto n. 635/1992 e Decreto n. 1.263/1994), a Convenção de Berna (Decreto n. 75.699/1975), o Acordo sobre a classificação internacional de patentes (Decreto n. 76.472/1975) e o Acordo sobre os aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao Comércio da Organização Mundial do Comércio (Decreto n. 1.355/1994), dentre outros.

Ademais, não se ignora que, no dia 20 de junho de 2017, a Casa Civil da Presidência da República remeteu a Mensagem n. 201 ao Congresso Nacional, submetendo a votação o Protocolo de Madri, avença que impõe regras unificadas acerca de marcas da OMPI.

Sabe-se que a evolução tecnológica dos transportes e dos meios de comunicação intensificaram o potencial transnacional dos meios de produção. Empresas que antes restringiam seus negócios a um único país, quando muito, se viram diante da possibilidade de expansão para todo o globo. Era imperioso, portanto, uma maior proteção sobretudo a marcas e patentes, indo além das fronteiras de uma única nação.

Disso resulta a criação da OMPI, ou WIPO, na sigla em inglês, pela Convenção de Estocolmo de 1967, posteriormente guindada à condição de uma das agências especializadas da Organização das Nações Unidas, com sede em Genebra.

A finalidade essencial da OMPI, nos termos do art. 3º da citada Convenção de Estocolmo de 1967, é “promover a proteção da propriedade intelectual em todo o mundo, pela cooperação dos Estados, em colaboração, se for caso disso, com qualquer outra organização internacional”. Para atingir esse objetivo, a Organização, segundo o art. 4º, incisos I, VI e VII da mesma Convenção:

I) Promoverá a adoção de medidas destinadas a melhorar a proteção da propriedade intelectual em todo o mundo e a harmonizar as legislações nacionais neste domínio;

[...]

VI) Reunirá e difundirá todas as informações relativas à proteção da propriedade intelectual, efetuará e encorajará estudos neste domínio e publicará os respectivos resultados;

VII) Assegurará os serviços que facilitem a proteção internacional da propriedade intelectual e, sendo caso disso, lavrará registos referentes a esta matéria e publicará os dados relativos a estes registos.

Após o acordo TRIPS, que, sob a forma de tratado, veio a estabelecer as normas básicas sobre propriedade intelectual no cenário internacional, a OMPI acabou por receber maior autonomia no exercício de tais funções.

Nesse sentido, a OMPI exerce relevantes funções no registo internacional de marcas e patentes, contribuindo para sua proteção não apenas dentro dos Estados-membros, mas de modo global.

3 OMPI VERDE: A CONTRIBUIÇÃO DA OMPI PARA O EQUILÍBRIO AMBIENTAL

3.1 PATENTES VERDES: UMA QUESTÃO DUPLAMENTE GLOBAL

Conforme abordado em linhas anteriores, observa-se, hodiernamente, que as demandas por desenvolvimento sustentável tomaram dimensões globais e, considerando que a inovação, principal propulsor de desenvolvimento, pode possuir alcance global, percebe-se que as chamadas patentes verdes é uma questão duplamente global.

Esta vinculação propriedade intelectual e meio ambiente já havia sido estabelecida em 2003, no *“Green Intellectual Property (GIP) Project”*, desenvolvido em Genebra, pelo Dr. Itaru Nitta, que demonstrava que as tecnologias “verdes” corresponderiam ao norte para a integração harmoniosa entre o crescimento econômico e o desenvolvimento tecnológico, de modo a possibilitar um controle da degradação ambiental.

Outrossim, a ideia do desenvolvimento de Tecnologias Ambientalmente Amigáveis antecede o referido projeto, datando Conferência das Nações

Unidas para o Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro (Rio Summit 92), que trouxe no seu capítulo 34¹ o conceito de “*Environmentally Sound Technologies*” (EST’s), *in verbis*:

34.1. As tecnologias ambientalmente saudáveis protegem o meio ambiente, são menos poluentes, usam todos os recursos de forma mais sustentável, reciclam mais seus resíduos e produtos e tratam os dejetos residuais de uma maneira mais aceitável do que as tecnologias que vieram substituir.

Resta clara a superação da ideia de que a proteção ambiental prejudica o crescimento econômico. Neste sentido, observam-se as palavras de Derani (2009, p. 90), “a máxima de que cada um deve ocupar-se do próprio negócio permitiu uma série de resultantes da produção que não participassem do cálculo privado, o que conduziu a uma sequência de ‘deseconomias’”. Assim, é necessário uma alteração de comportamento, de modo possibilitar a efetiva proteção ao meio ambiente.

É necessário compreender que a problemática ambiental vai além de se admitir que existem riscos desconhecidos decorrentes dos efeitos das atividades humanas no meio ambiente. E a inovação passa a ter papel essencial, conforme ensina Enrique Leff (2001, p. 294):

As estratégias de um desenvolvimento urbano sustentável não podem surgir da análise de indicadores atuais de produção e consumo, de seus custos econômicos e desigualdade sociais e de seus impactos ecológicos locais e globais; mas de um estratégia para gerar fontes alternativas de fornecimento de água e energia que sejam renováveis e não contaminantes; da sustentabilidade da cidade e de seus padrões de consumo no sistema ecológico global.

Desta forma, em 2008, Sr. Ban Ki-Moon, o Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, solicitou à OMPI que fossem criadas ferramentas que possibilitassem uma maior harmonização dos conceitos de tecnologias verdes observadas em diversos países-membros (REIS, 2013).

Em 2010, a OMPI divulgou o Inventário Verde (*IPC Green Inventory – WIPO*), a lista com a Classificação Internacional de Patentes (CIP) relacionadas com EST’s, graças à intervenção da ONU. De acordo com Cláudia Cardinale Nunes Menezes, Sergio Menezes dos Santos e Robélius de Bortoli (2016):

1 <http://www.mma.gov.br/informma/item/714-cap%C3%ADtulo-34.html>

A Propriedade Industrial exerce forte influência sobre o encorajamento de investimentos em novas tecnologias, além de estimular o desenvolvimento econômico de uma nação. Essa intervenção da ONU visou tão somente incentivar planos de desenvolvimento estratégico nas nações ao redor do planeta, os quais deveriam ser empreendidos ampla e difusamente e convertidos em ações de avaliação de riscos, minimização de vulnerabilidades e maximização de oportunidades de desenvolvimento sustentável, por meio de incentivos às tecnologias “verdes”.

O referido inventário abarcou a seguintes áreas para proteção especial: a) Energia Alternativa; b) Transporte; c) Conservação de Energia; d) Gerenciamento de Resíduos; e) Agricultura; f) Energia Nuclear; g) norma e regulamentos administrativos.

Em 2013, a OMPI criou um mercado interativo que conecta tecnologia verde e provedores de serviços que procuram soluções inovadoras. Essa plataforma ganhou o nome de WIPO Green, OMPI Verde, em tradução livre.

Segundo Ropp (2012), a WIPO Green:

Can be used by a wide range of actors operating with diverse business models. A small or medium-sized enterprise (SME) operating in a niche market but looking for new opportunities in other geographical regions, or for new partners with specific skills, will find the database useful in the same way as a university with a portfolio of promising early stage ESTs might find partners with the capacity to develop, adapt or commercialize their technologies. Larger companies with established connections can use this platform to identify new opportunities for business development. Participation is low risk, but the potential benefits in terms of new business opportunities and enhanced environmental credentials are significant.

Emerging economies have an important role to play in stimulating the WIPO GREEN marketplace, not only as technology seekers but as technology providers, because technologies from these countries are often better suited to the needs of developing countries. As technology seekers, they have access to better information about available technologies and can enhance the chances of a successful outcome by submitting a clear outline of their technology needs to the WIPO GREEN platform².

² Tradução nossa: pode ser usada por uma ampla gama de atores operando com diversos modelos de negócios. Uma pequena ou média empresa operando um nicho de mercado, mas procurando por novas oportunidades

Ainda conforme Ropp (2012), a WIPO Green é uma plataforma única, pois possibilita a oferta de soluções integradas, com elementos complementares, mais apropriadas para contextos operacionais específicos, além de não possuir taxas associadas a seus usos.

De acordo com Marcos Vinicius Viana da Silva e José Everton da Silva (2016), o objetivo das patentes verdes consiste em “promover uma sustentabilidade principalmente ambiental, fazendo assim uma menor deterioração do meio ambiente”.

O projeto-piloto de patentes verdes no Brasil foi de iniciativa do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), através do INPI, pela Resolução PR 283, de 2012. Atualmente, o projeto encontra-se disciplinado pela Resolução INPI n. 175, de 2016, que estabelece incentivos para as seguintes Categorias: a) energias alternativas; b) Transporte; c) Conservação de Energia; d) Gerenciamento de resíduos; e) Agricultura sustentável.

3.2 PERSPECTIVAS PARA O ESTADO BRASILEIRO: DISSEMINAÇÃO DE TECNOLOGIAS VERDES NA INFRAESTRUTURA DO PAÍS

O site do INPI informa que o objetivo do seu Programa Patentes Verdes é “contribuir para as mudanças climáticas globais e visa a acelerar o exame dos pedidos de patentes relacionados a tecnologias voltadas para o meio ambiente” (INPI, 2018). A resolução INPI n. 175, de 2016 inaugurou a possibilidade do exame prioritário dos pedidos relacionados a tecnologias verdes como serviço.

De acordo com Marcos Vinicius Viana da Silva e José Everton da Silva (2016), “o diferencial estabelecido pelo INPI das patentes verdes em relação as patentes convencionais, está relacionado com o tempo administrativo para análise e concessão ou negativa do pedido patentário”.

Os mesmos autores, citando Rafael Monaco, afirmam que o tempo médio para concessão de patentes é de 11 anos para o seu deferimento. Com o regime prioritário a ser dado para as patentes verdes, pretende-se que este tempo seja de 9 meses, uma vez que será eliminado o período de sigilo exigido em uma patente convencional.

em outras regiões geográficas, ou por novos parceiros com habilidades específicas, encontrarão um banco de dados útil ao passo que uma universidade com um portfólio de ESTs promissoras em estágio inicial possa achar parceiros com capacidade para desenvolver, adaptar ou comercializar suas tecnologias. Empresas maiores com conexões estabelecidas podem usar esta plataforma para identificar novas oportunidades de desenvolvimento de negócios. A participação possui baixo risco, mas os potenciais benefícios em termos de novas oportunidades de negócios e o destaque nas credenciais ambientais é significativo. Economias emergentes têm papel importante no estímulo da WIPO Green no mercado, não apenas como procuradores de tecnologia, mas como provedores de tecnologia, uma vez que a tecnologia advinda destes países corresponde na necessidade de países em desenvolvimento. Como buscadores de tecnologia, eles têm acesso a melhores informações sobre as tecnologias disponíveis e podem aumentar as chances de um resultado bem-sucedido enviando um esboço claro de suas necessidades tecnológicas para a plataforma WIPO GREEN.

Interessante estudo desenvolvido na área de patentes verdes, elaborado por Alessandra Vanessa Teixeira (2017), faz análise do projeto na sua terceira fase (17/04/2014 a 16/04/2016), concluindo que “o tempo de processamento (tempo entre a solicitação de entrada no Programa Piloto Patentes Verdes e o deferimento do pedido) variou entre um, dois e três anos, concentrando-se mais no período de dois anos”. Assim, a redução de tempo de patentes evidencia a efetividade do Programa.

Contudo, embora já se vislumbre um avanço no projeto no Brasil, é possível verificar que, com relação à infraestrutura, a sua efetiva pode ainda ser classificada como incipiente, seja em virtude dos poucos pedidos de patentes nesta área, seja pela sua parca divulgação³.

Assim, considerando que o Estado Brasileiro enfrenta desafios em virtude dos imprescindíveis investimentos nesta área, mister estar atento às exigências ambientalistas, e os instrumentos prioritários concebidos pela OMPI Verde no sentido de divulgar as patentes verdes, possibilitando a difusão e estímulo à inovação, bem como a efetiva utilização de tecnologias ambientalmente amigáveis (EST's).

4 CONCLUSÃO

O atendimento prioritário estabelecido para as patentes verdes tem se mostrado bem-sucedido no Brasil, o que significa maximizar o apoio às inovações ambientalmente amigáveis (EST's), possibilitando que as empresas tenham chances de obter patentes em menos tempo, correspondendo a uma maior segurança jurídica para as suas negociações.

Identificou-se que o projeto-piloto de patentes verdes no Brasil, embora já corresponda a um atendimento prioritário dos pedidos, ainda conta com uma lacuna no que diz respeito à divulgação. É neste ponto que a OMPI Verde corresponde a instrumento valioso para o Brasil para a sistematização, divulgação e efetiva utilização das tecnologias verdes.

Sendo a infraestrutura um problema que precisa de urgentes soluções para o desenvolvimento econômico brasileiro, a solução precisa estar em consonância com o espírito norteador das patentes verdes, ou seja, sempre buscando a inovação aliada ao desenvolvimento sustentável.

3 Cláudia Cardinale Nunes Menezes, Sergio Menezes dos Santos e Robélius de Bortoli (2016), ao analisar o primeiro biênio do projeto piloto das patentes verdes no Brasil, concluíram que a segunda área com mais patentes deste tipo foi a Energia Alternativa. A referida área corresponde àquela mais abrangente, contudo necessita de bastante aprimoramento, uma vez que ainda há muita importação de tecnologia para o aprimoramento das matrizes energéticas. Ainda analisando à questão da infraestrutura, a referida pesquisa apontou poucos pedidos de patentes relacionados à área de transporte, o que demonstra o incipiente processo de conscientização nesta área. Ademais, verifica-se uma limitação na lista trazida pela Resolução, excluindo tecnologias outras que possam ser ambientalmente amigáveis (TEIXEIRA, 2017).

REFERÊNCIAS

- ALTEC2013. *Programa das Patentes Verdes no Brasil: Aliança Verde entre o Desenvolvimento Tecnológico, Crescimento Econômico e a Degradação Ambiental*. Disponível em: www.altec2013.org/programme_pdf/1518.pdf. Acesso em: 01 out. 2018.
- BECK, U. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Traduzido por Sebastião Nascimento. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2011.
- BELCHIOR, G. P. N. *Hermenêutica jurídica ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BENJAMIN, A. H. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BOCCHINO, L. de O. et al. *Publicações da Escola da AGU - Propriedade Intelectual: conceitos e procedimentos – Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - N. 6, 2010*.
- CAPRA, F. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. Traduzido por Newton Roberval Eichenberg. 13. ed. São Paulo: Cultrix, 2012.
- CORREA, C. M. *Normativa nacional, regional e internacional sobre propiedad intelectual y su aplicación en los INIAS del Cono Sur*. Programa Cooperativo para el desarrollo tecnológico agropecuario del Cono Sur – PROCISUR. Uruguay, 1999.
- DERANI, C. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 2009.
- MENEZES, C. C. N.; SANTOS, S. M. dos; BORTOLI, R.de. Mapeamento de tecnologias ambientais: um estudo sobre Patentes verdes no brasil. *Revista de Gestão Ambiental e Sustentabilidade – GeAS*. v. 5, n. 2, jan./abr. 2016. E-ISSN: 2316-9834. Disponível em: <file:///C:/Users/04567353480/Downloads/Dialnet-MapeamentoDeTecnologiasAmbientais-5454555.pdf>. Acesso em: 01 out. 2018.
- FIORILLO, C. A. P. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FREITAS, J. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI). *Patentes Verdes*. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/patente/patentes-verdes-v2.0>. Acesso em: 01 out. 2018.

JONAS, H. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, PUC-Rio, 2006.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Ícone, 2007.

LEFF, E. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade e poder*. Petrópolis: Vozes, 2001.

MILARÉ, É.; COSTA JR., P. J. da; COSTA, F. J. *Direito penal ambiental*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

REIS, P. C. et. al. *Programa das patentes verdes no Brasil: aliança verde entre o desenvolvimento tecnológico, crescimento econômico e a degradação ambiental*. In: CONGRESSO LATINO-IBEROAMERICANA GESTÃO E TECNOLOGIA – ALTEC, v15., 2013, Porto. Anais... Rio de Janeiro: INPI, 2013. p. 1-17.

SAMPAIO, M.J.A.; SANTOS, M. M. Direitos de Propriedade Intelectual na agricultura. In: *Annual Bank Conference on Development*, Paris, 2000.

ROPP, A. *WIPO Green: Facilitating Dissemination of Green Technology*. WIPO Magazine, 2012. Disponível em: http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2012/03/article_0006.html. Acesso em: 01 out. 2018.

SACHS, I. *Desenvolvimento: incluyente, sustentável e sustentado*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. *Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do meio ambiente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TEIXEIRA, A. V. *Patentes Verdes: tecnologias para o desenvolvimento sustentável*. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação Stricto Senso – Mestrado em Direito. Universidade de Passo Fundo. Passo Fundo/RS, 2017.

VIANA DA SILVA, M. V.; SILVA, J. E. da. A Organização Mundial da Propriedade Intelectual e a necessidade de adoção transnacional de medidas para promoção das patentes verdes. *Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência*, e-ISSN: 2526-0014 | Curitiba | v. 2 | n. 2 | p. 152 - 170 | jul./dez. 2016.

FAKE NEWS: A CRISE MIGRATÓRIA EUROPÉIA E A DISSEMINAÇÃO DE NOTÍCIAS FALSAS PELA INTERNET E REDES SOCIAIS

*FAKE NEWS: THE EUROPEAN MIGRATORY CRISIS AND THE
DISSEMINATION OF FAKE NEWS IN THE INTERNET AND
SOCIAL NETWORKS*

Raquel da Silva Freire Assumpção

Pós-Graduada em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Gama Filho

Pós-Graduada em Administração Pública pela Universidade Gama Filho

*Procuradora Federal lotada Procuradoria Seccional Federal de São Bernardo do
Campo/SP*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O problema migratório na Europa; 1.1 Histórico europeu; 1.2 Compreensão da atual crise mediterrânea; 2 A influência da internet e redes sociais; 2.1 Ampliação do envolvimento mundial e sucesso inicial 2.2 Fake News: o crescimento de notícias falsas e prejuízo; 3 Repensando a utilização das redes sociais e o poder da mídia para efetivação de direitos humanos e fundamentais dos povos; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Europa e imigrantes possuem uma longa história. Cada país europeu teve seu próprio grande grupo de imigrantes e as demandas eram resolvidas internamente. Atualmente a União Européia vive a chamada crise mediterrânea, uma onda de refugiados da Síria, Iraque e Afeganistão parados em suas fronteiras. A globalização e o desenvolvimento da internet e redes sociais possibilitaram o acesso às notícias em tempo real e de diversas fontes. Notícias falsas têm ocasionado a proliferação de políticas públicas de exclusão em prejuízo dos refugiados. No presente artigo, focamos na real situação européia, nos perigos de disseminação de notícias falsas e como podemos utilizar a mídia para encontrar soluções para crises humanitárias.

PALAVRAS-CHAVE: Imigração. Crise Mediterrânea. Notícias Falsas. Redes Sociais. Refugiados. Crise Humanitária.

ABSTRACT: Europe and immigrants have a long story. Each European country had its own big group of immigrants and the demands were solved internally. Nowadays the European Union lives the Mediterranean crisis, a wave of refugees from Syria, Iraq and Afghanistan stopped at its borders. The globalization and development of the internet and social networks made possible the access to real time news and different sources. Fake news have created the proliferation of public policies of exclusion in prejudice of the refugees. In the present article we focused on the real European situation, the dangers of the dissemination of fake news and how we can use the media to find solutions for humanitarian crisis.

KEYWORDS: Immigration. Mediterranean Crisis. Fake News. Social Networks. Refugees. Humanitarian Crises.

INTRODUÇÃO

A União Européia enfrenta atualmente uma crise imigratória em razão de conflitos em países como Síria, Iraque e Afeganistão. Historicamente acostumados a lidar com problemas migratórios, os europeus, no caso atual, enfrentam a nova influência das redes sociais e internet, que possibilitam o acesso a notícias falsas e de fontes ilimitadas. Faz-se necessário compreender melhor essa nova dinâmica e como utilizar essas ferramentas para propiciar a eficiente realização dos direitos fundamentais e direitos humanos.

1 O PROBLEMA MIGRATÓRIO NOS PAISES DA EUROPA

1.1. HISTÓRICO EUROPEU

Por toda sua história os países europeus têm enfrentado o problema de imigração de populações em massa. Durante séculos as principais nações europeias foram responsáveis pela criação de colônias em países da África e do Oriente Médio, estabelecendo com seus povos relações de língua e cultura. Muitos destes países presenciaram cenários de guerra e escassez em que milhões de pessoas escolhem abandonar seus lares e migrar para outros países. Para os habitantes das colônias, o caminho natural para uma vida melhor sempre foi a imigração para países com língua e hábitos similares e, assim, os países europeus enfrentaram o problema de lidar com populações inteiras em busca de novas oportunidades.

Historicamente, a França recebia em sua maioria imigrantes vindos da Argélia, enquanto a Alemanha recebia pessoas oriundas da Turquia e a Grécia pessoas vindas do Paquistão. A Espanha era o destino para indivíduos da América do Sul. Antes da formação da União Européia, cada país desenvolvia soluções locais e não havia relevante problema com os imigrantes.

Muitos são os fatores que podem influenciar um indivíduo na difícil escolha de abandonar sua vida em um país e imigrar para outro: guerras, fome, crise econômica e crise política. Importante reconhecer que em todos os casos trata-se de uma verdadeira ruptura, com a perda de bens materiais e referências em todas as áreas da vida comum.

Entende-se que está estabelecida uma crise humanitária quando uma grande população de determinada região é forçada a imigrar em

razão de ameaças à sua própria existência. Assim, o país que recebe estes indivíduos enfrenta a delicada missão de alocar pessoas marcadas por atrocidades e, neste caso, os imigrantes assumem a posição de refugiados, amplamente protegidos pelo Direito Internacional.

Em 1951, foi estabelecida a Convenção para Refugiados, que não permitia rejeitar indivíduos buscando asilo político antes de responder ao seu pedido. Ademais, os países também eram obrigados a resgatar pessoas em perigo em alto mar e transportá-las para o porto mais seguro.

Ocorre que, com a criação do bloco europeu e tendo em vista a globalização, indivíduos de outros países sem o passado colonial também passaram a encontrar na União Européia o destino de suas aspirações. Este é o caso de países que presenciaram conflitos recentes no Oriente Médio. Atualmente, o bloco europeu enfrenta uma crise humanitária de grandes proporções que, devido a sua relevância mundial, recebeu o nome de crise do Mediterrâneo.

1.2. COMPREENSÃO DA ATUAL CRISE DO MEDITERRÂNEO

Desde o início do século XXI ondas de refugiados provenientes de países como a Síria, Iraque e Afeganistão vem realizando a dura travessia marítima com o objetivo de chegar principalmente à França, Alemanha, Grécia e Espanha. O Tratado Schengen alterou a situação nas fronteiras através de uma política comum que perdurou até a crise econômica mundial iniciada em 2008 e que perdurou até meados de 2013.

Milhares de pessoas chegavam à fronteira da Grécia com o objetivo de acessar a rota conhecida como Rota dos Balcãs, situação que atingiu o ápice no ano de 2014. Com o bloqueio da rota, os imigrantes buscaram novos caminhos, com a criação da rota da Líbia por volta de 2017. Neste ponto, restou claro que o problema não devia ser tratado como sendo apenas da Grécia: percebeu-se que o objetivo da maioria das pessoas não era permanecer na Grécia e sim o acesso aos demais países do bloco europeu.

Neste ponto estabelecia-se uma crise sem precedentes: seria necessária uma resposta conjunta europeia.

Uma das características mais marcantes nos padrões atuais de deslocamento forçado é a sua dispersão mais ampla pelo mundo, em diferentes escalas, tanto regional quanto global, assim como o prolongamento de sua situação nesse processo (ZETTER, 2015).

Tentou-se assim o desenvolvimento de uma legislação europeia para pessoas que buscavam asilo – The Dublin Regulations – em que foi

determinado que o país da União Européia onde o solicitante pedisse asilo político em primeiro lugar seria o único responsável pela concessão. Isso implicou na deportação forçada de milhares de indivíduos e o aumento da pressão sobre os países europeus que estão localizados na fronteira mais extrema do bloco, tais como Grécia. A legislação também buscou regular a situação de crianças, para que fossem destinadas ao país em que seus pais já estivessem alocados.

Tendo em vista o contínuo aumento do problema, desenvolveu-se uma política comum europeia com o estabelecimento de um acordo com a Turquia em 2016, em que fundos financeiros foram transferidos com o objetivo de subsidiar a ação do governo e impedir o acesso dos indivíduos às fronteiras. Os países europeus conseguiram manter os imigrantes no território turco e evitar seu acesso ao território europeu e assim foi atingido o objetivo inicial. No entanto, restou a difícil tarefa de realocar todas essas populações, o que de fato não aconteceu, permanecendo até hoje milhares de pessoas em campos de refugiados que deveriam ser temporários mas tornaram-se permanentes. Ademais, o acordo sofre críticas daqueles que entendem que o acordo fere frontalmente leis de Direito internacional. Finalmente, existe o conflito moral de se realizar verdadeira externalização das fronteiras, sem que o problema seja resolvido, sendo apenas transferido para o país que recebe o apoio financeiro.

O estabelecimento de uma política comum europeia também enfrentou a oposição dos países e partidos políticos mais conservadores. Ressalte-se que naquele momento histórico o mundo presenciou a ascensão de políticos de extrema direita com grande rejeição aos imigrantes, fruto do medo generalizado do terrorismo. Ademais, existia grande confusão acerca dos conceitos de imigrante e refugiado. Países como Polônia, Bulgária, Hungria fecharam completamente suas fronteiras, sendo a Áustria exemplo para várias nações. Finalmente, o estabelecimento de um novo governo na Alemanha também alterou sobremaneira a política do bloco. Conforme noticiado pelo periódico Agência Brasil em 19/09/2018:

Europeus apoiam acolhimento a refugiados, mas rejeitam política da UE

Pesquisa conduzida pelo instituto Pew Research Center, com sede em Washington (EUA), mostra que três anos depois de uma migração recorde no mundo, que levou 1,3 milhão de pessoas só para a Europa, a maioria dos europeus apoia a política de acolhimento aos refugiados e discorda da forma como a União Europeia trata do assunto.

A pesquisa foi conduzida em dez países e oito nações de vários continentes. Na Espanha, Nova Zelândia, Suécia e Alemanha mais de 80% dos europeus entrevistados são favoráveis ao acolhimento dos estrangeiros que fogem da violência e fome de seus locais de origem. No entanto o percentual fica em torno de 75% entre os mais resistentes, que estão na Polônia, Hungria, Itália e Grécia, sendo que o nível de rejeição a imigrantes é o maior entre poloneses e húngaros.

Em junho, o Parlamento da Hungria aprovou legislação que tornava crime dar assistência a requerentes e refugiados. A medida levou o Parlamento Europeu a discutir sanções contra a Hungria sob a justificativa de violação aos valores fundamentais do bloco.

Cerca de dois terços ou mais de pessoas no México, Canadá, Austrália, Estados Unidos e Japão dizem apoiar o acolhimento de refugiados de países onde as pessoas estão fugindo de guerra.

Na África do Sul, na Rússia e em Israel, as pessoas têm opiniões divergentes sobre a política de acolhimento dos refugiados. Nas três nações, mais de 45% indicaram ter resistências à política de acolhimento a imigrantes.

Pesquisa anterior do Pew Research Center mostrou que na maioria dos países da UE pesquisados prefere que o governo local (de cada nação) e não a União Europeia tome decisões sobre questões de migração.

O descontentamento com a forma como a União Europeia lida com a questão dos refugiados surge no momento em que a Áustria está prestes a assumir o comando do bloco até ao final deste ano. A Áustria defende medidas de restrição ao ingresso de imigrantes na região sem autorização e que solicitem asilo.

Novo acordo surgiu em 2018, com o fim de parar o movimento de pessoas solicitantes de asilo político, mediante a criação de plataformas de desembarque de imigrantes fora da União Européia, centros de controle no território comum e maior proteção das fronteiras exteriores do bloco. Os migrantes resgatados em águas internacionais serão transferidos a estas plataformas financiadas pela UE, onde se fará uma seleção entre aqueles que podem tentar obter asilo na Europa e os migrantes econômicos. Nenhum país fora do bloco se ofereceu para acolher estas plataformas, bem como ainda persistem dúvidas acerca da compatibilidade dessas plataformas com o direito internacional.

2 A INFLUÊNCIA DA INTERNET E REDES SOCIAIS

2.1. AMPLIAÇÃO DO ENVOLVIMENTO MUNDIAL E SUCESSO INICIAL

A globalização ampliou as questões humanitárias para o nível mundial. Acompanhamos a evolução da internet e o barateamento de equipamentos como computadores pessoais e celulares com câmeras e acesso à internet, o que viabilizou aos indivíduos presentes em áreas de conflito realizarem filmagens e produzirem fotos de eventos terríveis. A expansão dos relacionamentos através de redes sociais como o Facebook e troca de mensagens por aplicativos gratuitos como o whatsapp possibilitam o acesso direto e imediato a notícias em tempo real.

Inicialmente este novo cenário contribuiu para o fortalecimento das causas humanitárias em todo o mundo. Organizações não governamentais e agências como a ONU passaram a dispor de plataformas eficientes para a divulgação de suas ações e recebimento de recursos financeiros. Pessoas físicas passaram a contribuir para causas que entendiam legítimas e a cobrar das marcas comerciais o patrocínio de atividades altruístas. O mercado percebeu a abertura de um novo campo de propaganda social e o amparo aos refugiados tornou-se prática rentável, com a associação de marcas mundialmente conhecidas aos esforços de salvamento de pessoas em situação de imigração e pedido de refúgio.

Os governos perceberam a inclinação dos eleitores e candidatos começaram a incluir em seus programas propostas voltadas a situação dos necessitados. Diariamente era possível assistir vídeos da guerra na Síria e relatos emocionantes dos sobreviventes. As manchetes de jornais televisivos foram tomadas pelos barcos lotados de pessoas desesperadas e histórias de pessoas que morreram tentando realizar a travessia marítima para ingressar na União Européia. Todos assistiram horrorizados às imagens de famílias sendo impedidas de acessar os portos na Grécia e Itália e esses países começaram a sofrer retaliações de várias partes do mundo.

2.2. FAKE NEWS: O CRESCIMENTO DE NOTÍCIAS FALSAS E PREJUÍZO

No entanto o apelo através das redes sociais, ao invés de solucionar os problemas, por vezes tornou ainda mais difícil a situação do conflito.

Com o aumento das denúncias de abusos aos direitos humanos cresceu a xenofobia e medo de partidos políticos tradicionais em relação ao terrorismo e imigração. Em todo o mundo a eleição de candidatos de extrema direita foi celebrada e uma nova ordem instaurada. A celebração

de acordos de blocos econômicos como o Mercosul e União Européia perdeu apoiadores, cedendo espaços a discursos nacionalistas e a busca da proteção de fronteiras.

Faz-se necessário compreender que muitas das imagens vinculadas atualmente correspondem a uma realidade do início da crise do Mediterrâneo, em meados de 2015.

Atualmente, conforme o relatório *Jornadas Desesperadas* (*Desperate Journeys*, em inglês) elaborado em 2018 pela Agência das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR/UNHCR, houve na realidade a diminuição do fluxo de imigrantes e mortes:

The most notable trends in 2017 were the significant reduction of arrivals to Italy from Libya as the number of refugees and migrants using this route decreased from July onwards, as well as the increase in sea arrivals to Spain.

In the first three months of 2018, arrivals to Italy remained significantly lower than in the first three months of 2017 (a 74% decrease), those to Greece increased 33% compared to last year, while arrivals to Spain increased 13%. So far 489 deaths have been reported at sea this year compared to 870 in the first three months of last year.

Ainda, em oposição às notícias falsas vinculadas nas redes sociais, a página oficial da ACNUR/UNHCR na internet aponta progressos em relação ao assentamento de indivíduos e a evacuação das populações em perigo:

O relatório do ACNUR mostra, no entanto, alguns progressos positivos no número de pessoas reassentadas na Europa no ano passado, com um aumento de 54% desde 2016. A maioria desses 26.400 refugiados eram sírios (84%) e foram reassentados da Turquia, Líbano e Jordânia. Entre os países europeus, o Reino Unido, a Suécia e a Alemanha foram os que mais receberam pessoas.

Outra ação positiva começou no final do ano passado. O ACNUR começou a facilitar a evacuação de refugiados vulneráveis da Líbia para o Níger e para a Itália.

“As evacuações para fora da Líbia e as maiores oportunidades de reassentamento que vimos no ano passado são boas notícias. Ainda existem obstáculos significativos que limitam o acesso a vias seguras

e legais, incluindo a reunião familiar para pessoas que precisam de proteção internacional. Pedimos mais solidariedade”, disse Pascale Moreau.

Este fenômeno ocorre em parte pelo aumento do desemprego e dificuldades econômicas dentro do próprio bloco europeu. Neste novo cenário em que é difícil aos próprios nacionais o acesso ao pleno emprego, refugiados residentes estão buscando o caminho de volta aos seus países de origem. Ressalte-se que em muitos países os conflitos foram controlados e o processo de reconstrução apresenta novas oportunidades àqueles que retornam ao lar, como é o caso do Iraque e Afeganistão. Ademais, conforme o Professor Joaquim Urías, professor da Universidade de Sevilla esclareceu no curso Os Desafios da Advocacia Pública na Efetivação de Direitos na Era Global realizado na Universidade di Roma em 2018, o refugiado sempre que possível deseja retornar à sua pátria natal, tendo em vista que sua condição é uma imposição do destino e jamais uma escolha voluntária e livre. Neste sentido, conforme noticiado pelo jornal *Él País* em outubro de 2017:

Os refugiados de volta

Os esforços de várias potências para colocar fim à guerra da Síria animaram milhares de refugiados a abandonar a vida no exílio. Na primeira metade de 2017, mais de 31.000 sírios voltaram dos países vizinhos, segundo a ACNUR (Agência das Nações Unidas para os Refugiados). Em sua maioria —65%— voltaram da Turquia, de onde saíram 20.314. Nas negociações do Cazaquistão também se traçou um plano de volta em quatro das zonas de distensão para que os civis possam voltar voluntariamente a Idlib, Homs, norte de Damasco e regiões de Deraa e Quneitra.

Um dos principais destinos dos fluxos de volta para a Síria é na área de segurança amparada por Turquia, entre Yarábulus, al Bab e Azaz, onde as agências turcas investiram na reconstrução de infraestrutura, moradias, centros educacionais e serviços de saúde. Em agosto, 70.000 sírios —os que deixaram seus lares mas não o país e outros que cruzaram a fronteira— também já voltaram a essas cidades liberadas pelo Estado Islâmico (EI). Mas também Idlib, o último reduto da oposição síria e as facções salafistas, e outros povoados da província de Aleppo, Homs e Hama são os destinos de quem retorna.

“Ninguém quer ser refugiado a vida inteira”, afirma Mahmud Aswad, membro da Associação Médica de Expatriados Sírios (SEMA), que gerencia a assistência à saúde na região opositora do norte. “Há também quem volte em direção às zonas controladas pelo regime — como a cidade de Aleppo — porque estão cansados de viver em outro país. Preferem assumir o governo de [Bachar] al Assad, de quem fugiram durante a guerra, em troca de recuperar a estabilidade”, conclui Aswad.

Finalmente, outra crença falsa vinculada aos refugiados através de notícias falsas seria que os refugiados e imigrantes teriam um impacto negativo nas economias dos países que os recebem. A nocividade deste tipo de fake news agrava a situação dessas pessoas e conduz a políticas públicas de proteção de fronteiras, o que deve ser amplamente por questões humanitárias. Conforme estudos de especialistas, na verdade o efeito é do fluxo de imigrantes é positivo, conforme reportagem do sítio de notícias Vice publicou recentemente:

30 anos de dados mostram que imigrantes não são um fardo econômico

Novo estudo mostra que dar um caminho para migrantes conseguirem a cidadania teve um impacto econômico positivo na Europa.

Nos últimos dois anos, a administração Trump sempre cita o fardo que imigrantes sem documentos colocam sobre a economia americana como justificativa para a política de “tolerância zero” nas fronteiras. Trump pessoalmente já chamou imigrantes latino-americanos de “animais” que querem “infestar” os EUA. Ele já se referiu repetidamente ao fluxo de refugiados fugindo da violência no Oriente Médio como um grande problema na Europa, o que é fake news, e como justificativa para a linha dura de sua administração com os imigrantes nos EUA.

Na segunda-feira, Trump tuitou sobre um “grande erro cometido por toda a Europa em permitir a entrada de milhões de pessoas que mudaram tão violentamente sua cultura!” Mas segundo uma nova pesquisa publicada hoje pela Science Advances, refugiados na Europa na verdade beneficiaram as economias dos países que os receberam.

A pesquisa foi conduzida numa parceria entre o Centro de Pesquisa Científica Nacional Francês, a Universidade Clermont-Auvergne e a Universidade Paris-Nanterre, e usa dados econômicos de 15 países do

Oeste Europeu com o maior número de pessoas buscando asilo entre 1985 e 2015.

Durante os anos 90, o Oeste Europeu viu um grande aumento nos pedidos de asilo depois das guerras nos Bálcãs. Nos últimos sete anos houve outro aumento na Europa, com as pessoas fugindo da instabilidade em países afetados pela Primavera Árabe ou a guerra civil síria. Ao mesmo tempo, apontaram os pesquisadores, os fluxos de migrantes aumentaram enquanto a União Europeia se expandia para o leste em 2004.

Para ver o impacto de refugiados e migrantes em indicadores econômicos como Produto Interno Bruto per capita, desemprego e finanças públicas, os pesquisadores usaram um modelo estatístico desenvolvido pelo economista vencedor do Nobel Christopher Sims. Esse modelo deu aos pesquisadores uma imagem melhor de como refugiados afetam as economias nacionais comparando com outros modelos, que consideram o impacto econômico dos migrantes numa equação de input-output (ou seja, quanto é pago para eles pelo governo versus quanto eles pagam em impostos), mas não levam em conta outras interações econômicas capturadas pelo modelo de Sims.

Os pesquisadores descobriram que migrantes permanentes na verdade tiveram um impacto de rede positivo na economia dos países que os receberam. O PIB per capita tinha aumentado “significativamente” e as taxas de desemprego caíram. Além disso, os pesquisadores descobriram que “gastos públicos adicionais, o que geralmente é chamado de o ‘fardo dos refugiados’, é mais que compensado pelo aumento da renda de impostos”.

Refugiados também tiveram efeitos de rede positivos nas economias dos países que os receberam, mas isso demora mais para aparecer. Segundo a pesquisa, efeitos econômicos positivos similares aos dos migrantes para os refugiados são vistos de três a sete anos depois de sua chegada, o ponto onde alguns deles se tornam residentes permanentes dos países.

“Nossos resultados sugerem que a suposta crise de migração atual na Europa não vai provocar uma crise econômica, na verdade pode ser uma oportunidade econômica”, concluíram os pesquisadores. “Não negamos que grandes fluxos de refugiados na Europa apresentam muitos desafios políticos para os países que os recebem, e com respeito à coordenação

européia de políticas nacionais. No entanto, esses desafios políticos podem ser mais facilmente abordados se o clichê de que migração internacional está associado a fardo econômico for derrubado.”

3 REPENSANDO A UTILIZAÇÃO DAS REDES SOCIAIS E O PODER DA MÍDIA NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS DOS POVOS

O resultado inevitável do acesso irrestrito à internet é a multiplicação exponencial das incompreensões, pois a leitura livre, sem qualquer identificação das fontes leva à atribuição de significados por vezes absolutamente incompatíveis com a realidade.

As redes sociais e a mídia possibilitam que as notícias cheguem em todo o mundo com grande velocidade. Utilizada da forma correta, pode ser mecanismo de voz para pessoas que de outra forma não teriam expressão, em especial, aqueles mais necessitados.

O desenvolvimento de uma legislação supranacional acerca da internet parece ser o caminho para a regulação de uma comunicação segura.

A criação de páginas oficiais como daquelas criadas pelas Nações Unidas também garante a verificação de conteúdos e veracidade de documentos.

Nunca na história esteve-se tão perto da efetivação dos direitos humanos. Entretanto, por outro prisma, boatos podem se tornar perigosas armas e incentivar o desenvolvimento de sentimentos ultranacionalistas e de racismo.

De fato, a pessoa refugiada encontra-se em situação de extrema vulnerabilidade e não deve ser confundida com aqueles que buscam a imigração por motivos econômicos. O que ocorre com as notícias falsas, conhecidas como fake news, é a aglomeração de todos os migrantes em um conceito apenas, o que os torna alvo de extremo preconceito.

Se considerado que as políticas públicas são amplamente influenciadas pela vontade pública, a mídia tem seu papel fundamental: pode incentivar o acolhimento dessas populações desprotegidas ou criar uma legião de apátridas vivendo em campo de refugiados como vemos nos dias atuais.

Assim, urge utilizarmos as redes sociais e mecanismos da internet para promover os direitos fundamentais, pois em uma era globalizada ilude-se aquele que pensa poder fugir das consequências futuras de um desequilíbrio social de grandes proporções. Guerras locais tem a possibilidade de tornarem-se mundiais com a velocidade de uma declaração infeliz em um aplicativo de telefone celular.

4 CONCLUSÃO

Tendo em vista a relevância dos direitos fundamentais envolvidos, necessário que se utilize ferramentas como redes sociais e notícias pela internet com extrema responsabilidade. Urge seja evitado a reprodução de “fake news” e imagens desconectadas do tempo e espaço a fim de não prejudicar os avanços humanitários. Cabe a cada um checar as fontes de informações antes de reproduzi-las, tendo em risco a velocidade de propagação mundial, levando ações legítimas ao descrédito.

Para tanto, afiguram-se essenciais buscar subsídios junto a fontes seguras, tais como a Agência da ONU para Refugiados e organizações não governamentais sérias, as quais além de servir de fio condutor a toda a estrutura de ações humanitárias, permitem o alinhamento da vontade política dos países envolvidos.

REFERÊNCIAS

CEBRIÁN, Pilar. Refugiados sírios iniciam o caminho de volta para casa. *Él País*. Kokaell, <https://brasil.elpais.com>, out. 2017.

GRIESINGER, Denise. *Europeus apoiam acolhimento a refugiados, mas rejeitam política da EU*. Agência Brasil, Brasília, www.agenciabrasil.ebc.com.br, set. 2018.

OBERHAUS, Daniel. *30 anos de dados mostram que imigrantes não são um fardo econômico*. Vice, https://www.vice.com/pt_br, jun. 2018.

UNHCR. *Desperate Journeys*. www.unhcr.org, mar. 2018. p.3

ZETTER, R. *Protection in crisis: forced migration and protection in a global era*. Washington DC, Migration Policy Institute, www.migrationpolicy.org, jun. 2015.

LIMITE AO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO INDIVIDUAL NA ERA GLOBAL

LIMITS TO FREE SPEECH RIGHTS IN THE GLOBAL ERA

Renata d'Avila Lins Lemos

Procuradora Federal

Atualmente lotada na Procuradoria Federal do Mato Grosso

Especialista em Direito Público

Especialista em Direito Constitucional

SUMÁRIO: Introdução; 1 Direito Global; 1.1 Direito Global não se confunde com o Direito Nacional nem com o Direito Internacional; 1.2 O direito à liberdade de expressão na Era Global; 2 Direito à liberdade de expressão; 2.1 Direito à liberdade de expressão individual e o Estado Democrático; 2.2 Limites ao direito à liberdade de expressão; 2.3 O direito à liberdade de expressão na Era Global; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo fazer um breve relato a cerca do direito à liberdade de expressão na Era Global, explicando o papel do Estado Democrático de Direito, alguns dos limites aplicados a esse direito de liberdade. Sem deixar de correlacionar que o direito à liberdade de expressão precisa da criação de um Direito Global ante a globalização que estamos vivendo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Global; liberdade de expressão; colisão entre direitos fundamentais; limites; Estado Democrático;

ABSTRACT: This article aims a brief story about the freedom of speech's rights in the Global Era, trying to explain the paper of the Democratic State of Law, some of the limits applied to this freedom right. Without forgetting that freedom of speech's rights needs a criation of a Global Law because of the globalization world that we are living in.

KEYWORDS: Global Rights, free speech, conflicts between fundamental rights; limits; Democratic State;

INTRODUÇÃO

O presente artigo é resultado do curso intensivo denominado “Os desafios da Advocacia Pública na Era Global”, ministrado na cidade de Roma, na Itália e na cidade de Genebra, na Suíça, ocorrido em julho de 2018. Uma colaboração entre a Universidade Tor Vergata de Roma e a Escola da Advocacia Geral da União.

A escolha do tema se deu em decorrência das lições dadas nesse curso pelos professores Giorgio Repetto e Victor Vasquez.

Dito isso, o objeto de estudo será o direito à liberdade de expressão na Era Global.

Assim, o assunto será tratado, primeiramente, em que consiste o Direito Nacional, o Direito Internacional e o, por último, o Direito Global e o que isso impactará no direito à liberdade de expressão.

Em seguida, explicita-se o direito à liberdade de expressão através do seu conceito, possíveis conflitos com outros direitos fundamentais e a intervenção do Estado Democrático em alguns casos concretos consagrados pelas nossas cortes superiores.

Por fim, conclui-se o tema de modo elucidativo e de acordo com as experiências vividas por esta procuradora federal.

1 DIREITO GLOBAL

Inicialmente, é importante distinguir o Direito Global do Direito Nacional e do Direito Internacional. Posto que se tratam de conceitos distintos, mas não excludentes.

1.1 DIREITO GLOBAL NÃO SE CONFUNDE COM O DIREITO NACIONAL NEM COM O DIREITO INTERNACIONAL

De proêmio, o Direito Nacional representa de modo bem simples como o direito que tem vigência em um determinado país.

Em seguida, em 1780 surge a expressão Direito Internacional (International Law) com Jeremias Bentham, utilizada em oposição ao Direito Nacional (national law) ou Direito Municipal (municipal law). (Santos, 2018)

Para Jorge Americano, “o objeto do Direito Internacional é o estabelecimento de segurança entre as nações, sobre princípios de justiça para que dentro delas cada homem possa ter paz, trabalho, liberdade de pensamento e de crença”. (Santos, 2018)

O Direito Global, por sua vez, é o critério racional e não a vontade dos Estados. Constitui-se, assim, o chamado “Direito sem Estado”, o qual

se opõe ao modelo tradicional de direito em razão de ser caracterizado pela descentralização normativa. (Felício, 2012)

Dito de outro modo, o direito global nada mais é do que um direito que se aplica a todos os Estados, mas não tem nenhum deles como “dono”.

Assim, pode-se afirmar que a referência a um Direito Global pressupõe uma superação do modelo de coexistência do Direito Internacional. (Felício, 2012)

Isso ocorre porque o Direito Global indica o reconhecimento de uma pluralidade de fontes e atores de Direito Internacional. A existência de regimes jurídicos privados, como a *lex mercatoria* (economia internacional) e a *lex digitalis* (internet), expressa a incorporação de novas competências às instituições supranacionais e conduz a redução progressiva da competência exclusiva dos Estados para legislar no plano internacional. Portanto, tais regimes jurídicos não possuem uma unidade centralizada, mas se articulam em função de redes. (Felício, 2012)

Feitos esses esclarecimentos, passemos a pensar em direito à liberdade de expressão sob o viés do Direito Global.

2 DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Com base no conceito de José Afonso da Silva, pode-se dizer que o direito à liberdade consiste no conjunto de prerrogativas a possibilitar a “coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal.” (Ferreira, 2012 p. 78)

A Constituição Federal de 1988, por seu turno, no seu artigo 5º, inciso IX afirma que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

Assim definiu a nossa Carta Magna o direito fundamental à liberdade de expressão.

Segundo o doutrinador Marcelo Novelino, em sua obra o “Direito Constitucional”, os direitos de liberdade costumam ser referidos em dois sentidos diversos:

A *liberdade positiva* – também denominada de liberdade política ou liberdade dos antigos (Benjamin Constant) ou liberdade de querer – pode ser definida como a “situação na qual um sujeito tem a possibilidade de orientar seu próprio querer no sentido de uma finalidade sem ser determinado pelo querer dos outros.” (grifos do autor). (Novelino, 2012, p. 513)

A liberdade negativa – conhecida também como liberdade civil ou liberdade dos modernos ou liberdade de agir – é a “situação na qual um sujeito tem a possibilidade de agir sem ser impedido, ou de não agir sem ser obrigado por outros. Consiste, portanto, na ausência de impedimentos ou de constrangimento”. (grifos do autor). (Novelino, 2012, p. 513)

Assim, a liberdade em estudo congloba não apenas o direito de se exprimir, como também o de não se expressar, de se calar e de não se informar. Desse direito fundamental, não obstante a sua importância para o funcionamento do sistema democrático, não se extrai uma obrigação para o seu titular de buscar e de expressar opiniões. (Mendes, 2012, p.300)

Dito isso, cabe trazer à baila alguns exemplos constitucionais ao direito à liberdade de expressão:

- a) *A liberdade de manifestação do pensamento* (art.5º, inciso V, da CF/88 - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem);
- b) *A liberdade de consciência, de crença e de culto* (art. 5º, inciso VI, da CF/88 - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; e inciso VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva);
- c) *A liberdade de comunicação pessoal* (art. 5º, inciso XII, da CF/88 - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal);
- d) *A liberdade de informação e de comunicação* (art. 5º, inciso IX, da CF/88 - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; inciso XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; inciso XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei,

sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado);

- e) A *liberdade de exercício profissional* (art. 5º, inciso XIII, da CF/88 - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer);
- f) A *liberdade de locomoção* (art. 5º, inciso XV, da CF/88 - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens);
- g) A *liberdade de associação* (art. 5º, inciso XVII, da CF/88 - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar; inciso XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento; inciso XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente);
- h) A *liberdade de reunião* (art. 5º, inciso XVI, da CF/88 - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente);

Sendo assim, restou claro que o direito à liberdade de expressão é uma espécie de direito fundamental.

É a partir dela que o indivíduo tem a possibilidade de externar, expressar seus pensamentos, suas ideias, seus sentimentos e emoções, suas opiniões sobre os mais variados temas, desde convicções filosóficas, políticas, religiosas, bem como se manifestar cultural, artística e cientificamente, o que lhe permite uma interação com o meio social; comunicando-se, transmitindo e recebendo informações[2]; educando e sendo educado; adquirindo e repassando o conhecimento. Isto faz do ser humano não um mero espectador passivo e inerte da vida em sociedade, mas um efetivo integrante; um agente produtor e transformador da realidade que o circunda”. (Vianna, 2013)

Por isso, segundo o Plenário do STF, o “direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. (Mendes, 2012, p.300)

2.1 DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO INDIVIDUAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO

Liberdade e igualdade foram dois elementos essenciais do conceito de dignidade da pessoa humana, que o constituinte erigiu à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito e vértice do sistema dos direitos fundamentais. (Mendes, 2012, p.298)

O Estado Democrático se justifica como meio para que essas liberdades sejam garantidas e estimuladas – inclusive por meio para que assegurem maior igualdade entre todos, prevenindo que as liberdades se tornem meramente formais. O Estado democrático se justifica, também, como instância de soluções de conflitos entre pretensões colidentes resultantes dessas liberdades. (Mendes, 2012, p.299)

É neste viés que a democracia mantém vínculo de proximidade estreito para com os Direitos Fundamentais e, em especial, com a liberdade de expressão. Sim, porque, na mesma medida em que os regimes democráticos têm como pressupostos os Direitos Fundamentais, a democracia somente se realiza se houver a concretização desses Direitos Fundamentais em suas mais diversas dimensões, sobretudo na não violação às liberdades, individuais e coletivas; no cumprimento das prestações sociais, afetas à educação, saúde, previdência e cultura; e, na materialização dos direitos transindividuais ou metaindividuais. (Vianna, 2013)

Isso pois, as liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, §2º, primeira parte). (Ferreira, 2012, p.80)

Dito de outro modo, o direito à liberdade de expressão de um indivíduo é antes de tudo um direito e não uma obrigação. Isso significa que o direito à liberdade de expressão é um direito de não se expressar se assim desejar. De não expor suas ideias, opiniões, convicções sobre qualquer tema. Além disso, não se trata de um direito absoluto.

Em certas circunstâncias ela concorrerá ou estará em rota de colisão com outros Direitos Fundamentais, o que deverá ser dirimido mediante um juízo de ponderação, a ser realizado no caso concreto e de acordo com as peculiaridades da situação fático-subjacente, porém sem se afastar das premissas e sinalizadores jurídicos pré-estabelecidos, de modo a evitar um juízo de oportunidade ou conveniência de quem melhor argumenta (retórica), o que pode abalar a segurança jurídica, um dos fundamentos do Direito. (Vianna, 2013)

Assim, é sabido que um Estado Democrático de Direito tem como composição a concretização de direitos fundamentais, especialmente na não violação às liberdades.

E é por meio da liberdade de expressão que advém o pluralismo de ideias, a oposição ao governo, a liberdade de imprensa, o direito de informar e de ser informado, o que permite o despertar de um olhar crítico e a tomada de providências que se afigurem necessárias a impedir e afastar o arbítrio; o despotismo. (Vianna, 2013)

2.2 LIMITES AO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão, enquanto direito fundamental, tem, sobretudo, um caráter de pretensão a que o Estado não exerça censura. (Mendes, 2012, p.300)

Não é o Estado que deve esclarecer quais as opiniões que merecem ser tidas como válidas e aceitáveis; essa tarefa cabe, apenas, ao público a que essas manifestações se dirigem. Daí a garantia do art. 220 da Constituição brasileira. Estamos, portanto, diante de um direito de índole marcadamente defensiva – direito a uma abstenção pelo Estado de uma conduta que interfira sobre a esfera de liberdade do indivíduo. (Mendes, 2012, p.300)

Convém compreender que censura, no texto constitucional, significa ação governamental, de ordem prévia, centrada sobre o conteúdo de uma mensagem. Proibir a censura significa impedir que as ideias e fatos que o indivíduo pretende divulgar tenham de passar, antes, pela aprovação de um agente estatal. A proibição de censura não obsta, porém, a que o indivíduo assumas as consequências, não só cíveis, como igualmente penais, do que expressou. (Mendes, 2012, p.300)

Dessa forma, a própria Constituição Federal traz em seu bojo situações em que haverá a imposição de limites ao direito à liberdade de expressão, mas sem que com isso haja a extinção desse direito. Ou seja, haverá uma margem para que a Administração fiscalize sem que haja proibição. Tais como os exemplos a seguir elencados.

O Plenário do STF, no caso das chamadas “marchas da maconha” (ADIn 4.274/DF), decidiu que a liberdade de manifestação do pensamento afasta a tipificação do crime previsto no §2º do art. 33 da Lei 11.343/2006, em relação a quem participa de manifestações ou debates públicos acerca da descriminalização ou legalização do uso de entorpecentes, desde que observados seguintes requisitos: (a) reunião pacífica, sem armas nem a participação de crianças ou adolescentes, previamente noticiada às autoridades públicas quanto à data, ao horário, ao local e ao objetivo; (b) ausência de incitação, incentivo ou estímulo ao consumo de entorpecentes ou à violência; e (c) inexistência de consumo de entorpecentes durante a reunião. (Ferreira, 2012, p.80)

E ainda, a Constituição admitiu que o Poder Público informe a natureza das diversões e dos espetáculos públicos, indicando as faixas horárias em que não se recomendem, além dos locais e horários em que a sua apresentação se mostre adequada (art. 220, §3º, inciso I). É interessante observar que não abre margem para que a Administração possa proibir um espetáculo, nem muito menos lhe permite cobrar cortes na programação. Apenas confere às autoridades administrativas competência para indicar a faixa etária adequada e sugerir horários e locais para a sua apresentação. (Mendes, 2012, p.307)

Dessa doutrina também resulta que palavras helicosas – *fighting words* – tampouco estariam abrangidas pela liberdade. Palavras que configuram estopins de ação, em vez de pautas de persuasão, não se incluem na garantia constitucional. Isso não pode significar, contudo, que palavras duras ou desagradáveis estejam excluídas do âmbito de proteção da liberdade de expressão. (Mendes, 2012, p.310)

O STF considerou que o caráter sigiloso da autoria de denúncias de cidadãos, partido político ou sindicato, quanto a irregularidades a serem apuradas pelo TCU, só deve ser mantido até que se tenha decisão definitiva sobre a matéria (MS 24.405/DF, Plenário). (Ferreira, 2012, p.80)

Por outro lado, o discurso do ódio, entre nós, não é tolerado. O STF assentou que incitar a discriminação racial, por meio de ideias antissemitas, “que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu”, constitui crime, e não conduta amparada pela liberdade de expressão, já que nesta não se inclui a promoção do racismo. Devem prevalecer, ensinou o STF, os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. (Mendes, 2012, p.310)

2.3 O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ERA GLOBAL

Fato é que com a globalização surge-se uma necessidade de se elaborar com a máxima urgência um Direito Global a fim de se assegure o direito à liberdade de expressão.

É preciso que se confeccione um direito comum universal e que se aplique aos indivíduos em um nível mundial, com “raízes” em comum, com administração mesclada de Estados, com cortes e tribunais globais.

Isso pois, já há temas que precisam ser tratados em conjunto, como a internet, jogos, situações climáticas, direitos humanos etc.

Dito isso, com o Direito Global o direito à liberdade de expressão poderá ser assegurado universalmente.

3 CONCLUSÃO

Fato é que o direito à liberdade de expressão do indivíduo não pode dar ensejo a excessos desarrazoados e abusos para com a sociedade. Cabe também ao Estado garantir que ofensas múltiplas e desproporcionais não venha de encontro ao direito fundamental de outro indivíduo.

Por todo o exposto, entende-se que o direito à liberdade de expressão do indivíduo só poderá deixar de ser aplicado se colidir com outros direitos fundamentais como o da dignidade humana, da intimidade à vida privada, do direito à vida, dentre outros. E isso apenas se analisadas as condições jurídicas do caso concreto.

Assim, é possível que o direito à liberdade de expressão colida com outros direitos fundamentais, mas que não haja abalo ao sistema jurídico.

Logo, sem liberdade de expressão; sem uma atuação efetiva, organizada, ciente e consciente da sociedade civil, em conformidade com seus direitos e deveres constitucionais, a democracia representativa se reduz a mera abstração; simples figura decorativa de uma Constituição que diz que algo é sem que, talvez, nunca venha a ser ou tenha sido. (Vianna, 2013)

Conquanto, faz-se necessária a criação e elaboração de um Direito Global e Universal que não pertence apenas aos Estados internamente e internacionalmente e que se aplique aos indivíduos em um nível mundial, com bases em comum, e com administração que envolva a gestão conjunta de Estados, de cortes e tribunais ao redor do mundo.

REFERÊNCIAS

FELICIO, Dandara. *Direito Global*. Disponível em: <<https://dandarafelicio.jusbrasil.com.br/artigos/318013577/direito-global>>. Acesso em: 15 set. 2018.

FERREIRA, Juliano Taveira Bernardes; ALVES, Olavo Augusto Vianna. *Direito Constitucional*. Bahia: Juspodium, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira e Paulo Gusatvo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Método, 2012.

SANTOS, Luiz Fernando Almeida dos. *Elementos introdutórios do Direito Internacional Público*. Disponível em:<http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13836>. Acesso em: 16 set. 2018.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. *Liberdade de expressão “versus” direitos fundamentais*. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/24266/liberdade-de-expressao-versus-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 20 set. 2018

CONQUISTAS E DESAFIOS DA ADVOCACIA-
GERAL DA UNIÃO NA DEFESA DO
HUMANISMO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS
DAS MINORIAS (HOMOSSEXUAIS) PERANTE
O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

*ACHIEVEMENTS AND CHALLENGES OF THE
FEDERAL ADVOCACY TO DEFEND THE HUMANISM
AND PROTECTION OF THE MINORITIES RIGHTS
(HOMOSEXUALS) BESIDE OF THE SUPREME COURT*

Rodrigo Araújo Ribeiro

*Procurador Federal em Belo Horizonte/MG, Coordenador da EAGUMG (1o Região),
Mestre em Direito Tributário pela UFMG e Doutor em Direito Público pela Pontifícia
Universidade Católica de Minas Gerais.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Constituição Federal Brasileira e a Proteção dos Direitos E Garantias Fundamentais; 2 O Papel da Advocacia-Geral da União na Defesa do Interesse Público Primário da Sociedade Brasileira; 3 A Proteção dos Direitos Fundamentais de Liberdade e Igualdade na União Estável entre Pessoas do mesmo Sexo no Brasil e na Itália; 4 Conclusão; Referências

RESUMO: O presente ensaio visa trazer uma análise reflexiva do papel constitucional e dos avanços da atuação da Advocacia-Pública da União na proteção dos Direitos Fundamentais das minorias (homossexuais), bem como os desafios para uma atuação judicial proativa dos Advogados Públicos da União na defesa dos interesses públicos primários no Estado Democrático de Direito brasileiro. Certificar-se-á, portanto, que as dificuldades de reconhecimento do Humanismo, expressão da vida coletiva civilizada, é tarefa particular de cada Estado e que isso se faz por meio de suas Instituições (Executivo, Legislativo e Judiciário) e de toda a sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção dos Direitos e Garantias Fundamentais. CR/1988. Minorias Excluídas. Uniões Homoafetivas. Atuação da Advocacia Pública no STF.

ABSTRACT: This essay aims to provide a reflexive analysis of the constitutional role and advances of the Union's Advocacy-Public in protecting the fundamental rights of minorities (homosexuals), as well as the challenges for a proactive judicial action of the Public Advocates of the Union in defending primary public interests in Brazilian Democratic State of Law. It will therefore be ensured that difficulties of recognizing Humanism, the expression of civilized collective life, is a particular task of each State and that this is done through its Institutions (Executive, Legislative and Judiciary) and the whole of society .

KEYWORDS: Protection of Fundamental Rights and Guarantees. CR/1988. Minorities Excluded. Homoaffektive Unions. Public Advocacy at STF.

INTRODUÇÃO

A inserção do Capítulo IV, “Das Funções Essenciais à Justiça”, e da Seção II, “Da Advocacia Pública”, dentro do Título IV, “Da Organização dos Poderes”, na Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pela EC n. 19, de 04 de junho de 1988, assentou-se a defesa do interesse público primário pela Advocacia-Geral da União.

Concomitantemente a isso, o advento da Constituição da República de 1988 trouxe novas perspectivas para a sociedade brasileira no tocante à *proteção dos Direitos Fundamentais e, por seu turno*, ao núcleo de normas antidiscriminatórias em favor das minorias, até então pouco aventadas e discutidas no Estado brasileiro.

O grande desafio, dentro do Estado democrático de direito brasileiro, está em reconhecer a Humanidade que mora em cada um de nós e verificar o Direito declarado (Constituição, leis e decretos) que legitima a dignidade de minorias excluídas como expressão de vida coletiva civilizada, fundamento de um Estado e de uma Sociedade plural e heterogênea.

Buscar-se-á, neste ensaio, trazer à baila o papel constitucional e os desafios da Advocacia Pública da União na implementação dos direitos das minorias homossexuais perante o Supremo Tribunal Federal e, conseqüentemente, demonstrar como sua atuação proativa na seara judicial vem alterando o quadro em favor do reconhecimento e da legitimação da dignidade dessa minoria socialmente discriminada.

Antes, porém, faz-se necessário tecer um breve panorama em torno dos temas da proteção dos Direitos e Garantias Fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 e o papel constitucional da Advocacia-Geral da União na defesa do interesse primário no Estado brasileiro.

1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A proteção dos Direitos Fundamentais é tema de grande preocupação dos Estados democráticos de direito no contexto mundial atual. Isso ocorre porque em alguns períodos da história contemporânea, tal como o holocausto decorrente da segunda grande guerra mundial, os direitos humanos foram ignorados ou vilipendiados e precisavam ser resgatados ou recuperados, ensejando a proclamação da Declaração Universal dos Direitos do Homem pela Organização das Nações Unidas em sua Resolução n.217, de 10 de dezembro de 1948.¹ Assim consta em seu preâmbulo e Artigo 1, *ad litteram*:

1 O Brasil somente aderiu a esse Pacto em 24.01.1992, com vigência em 24.04.1992, tendo em vista o regime autoritário que regeu o Estado brasileiro. SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*.

[...]

Considerando o desprezo e o desrespeito pelos direitos da pessoa resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que as pessoas gozem de liberdade de palavra, de crença e de liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta inspiração do homem comum.

[...]

Artigo 1 Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.²

A preocupação com a identificação e proteção dos direitos fundamentais tem nítida influência jusnaturalista e é fruto da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, sendo aperfeiçoada e ganhando ares de universalidade com a Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

A consolidação efetiva dos direitos humanos ocorreu, mais recentemente, em 22 de novembro de 1969, com o Pacto subscrito em São José da Costa Rica, resultando na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Daí a historicidade dos direitos fundamentais muito bem enfatizada por Norberto Bobbio:

[...] sempre defendi que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.³

A partir dessas Declarações, Tratados e Convenções e da tendência internacional de positivação dos Direitos Humanos, as Constituições italiana, espanhola, portuguesa, e, notadamente, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, estabeleceu-se um conjunto de direitos e garantias dirigidas à observância dos Direitos Humanos mediante limitações à atuação do Estado. Segundo Ruy Barbosa, há que

16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p.166/167

2 https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm

3 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5

se fazer a diferença entre os direitos e garantias fundamentais no texto da lei fundamental:

No texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas as garantias: ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito.⁴

Os Direitos e Garantias Fundamentais, como categorias do direito constitucional positivo e sistematicamente ao abrigo das cláusulas pétreas (art. 60, §4º, IV), estão enunciados no art. 5º, *caput*, e itens I a LXXVIII da Constituição Federal brasileira. Com base no critério de seu conteúdo, que, ao mesmo tempo, se refere à natureza do bem protegido e do objeto de tutela, José Afonso da Silva, com base ainda em nossa Constituição, classifica os Direitos Fundamentais em cinco grupos: (1) direitos individuais (art. 5º), (2) direitos coletivos (art. 5º), (3) direitos sociais (art. 6º e 193 e ss.), (4) direitos à nacionalidade (art.12) e (5) direitos políticos (arts. 14 a 17).⁵

Toda essa perspectiva do Humanismo conserva o seu originário caráter de prevalência do *reino sobre o rei*, o que denota, nas palavras de Carlos Ayres Britto correlatas ideias-força:

[...] a) o Direito por excelência é o vinculado por uma Constituição Política, fruto da mais qualificada das vontades normativas, que é a vontade jurídica da nação; b) o Estado e seu governo existem para servir à sociedade; c) a sociedade não pode ter outro fim que não seja a busca da felicidade individual dos seus membros e a permanência, equilíbrio e evolução dela própria.⁶

Para esse mesmo autor, o Humanismo, alçado à condição de valor jurídico, será realizado mediante figuras do direito. Porém, não cabe ao direito outro papel que não seja declará-la, pois a sua constitutividade em si já está no humano em nós, pois não pode haver humanistas sem humanos,

4 SILVA, op. cit., p. 189.

5 Ibid., p. 187.

6 BRITTO, Carlos Ayres. *O Humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte:Forum, 2012. p.21

República sem republicanos, como impossível praticar a democracia sem democratistas.⁷

Em realidade, complementa esse constitucionalista, não há necessidade das Constituições nominarem o Humanismo, bastou, como no caso da brasileira, ditar os “fundamentos” da República Federativa do Brasil (art. 1º), fazendo da democracia (logo, do humanismo) uma estrela de cinco pontas: “soberania”, “cidadania”, “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”, “pluralismo político” e, finalmente, “dignidade da pessoa humana” que não representa todo o humanismo, mas a parte do humanismo que mais sobressai ao ocupar uma posição de centralidade no seio dos direitos fundamentais de todo o sistema constitucional brasileiro.⁸

Se, por um lado, a Constituição brasileira cuidou em seu art. 2º dos três fundamentais Poderes da União, independentes e harmônicos entre si (Legislativo, Executivo e Judiciário) verdadeiros elos com as normas-fim do seu art. 3º, deixou cristalino que os poderes existem para, inspirados nos fundamentos da República, prestigiar sempre tais fundamentos e concretizar os fins que essa mesma República se destina.⁹

Entretanto, para cumprir tal desafio de governabilidade humanista na atualidade, não basta o sistema jurídico emancipatório encarnado em uma “constituição cidadã” ou em uma “Constituição coragem”, mas a existência de intérpretes e aplicadores do direito sensíveis e conscientes do reflexo dessa governabilidade para com toda uma sociedade brasileira, plural e heterogênea.¹⁰

2 O PAPEL DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NA DEFESA DO INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO DA SOCIEDADE BRASILEIRA

A integração da Advocacia-Geral da União no rol de instituições públicas elevadas à categoria de Funções Essenciais à Justiça no Capítulo IV – mas *não no nos Capítulos que tratam dos Poderes da República (Capítulos I, II e III)* da Constituição Federal de 1988 - demonstra, inequivocamente, a importância desta instituição da República na defesa dos interesses públicos primários.

Dessa maneira, visando sempre a concretização da Justiça, a Advocacia-Geral da União não está inserida dentro de um ou outro dos Poderes do Estado, mas englobada dentro de um bloco único juntamente

7 BRITTO, op. cit., p. 53/54.

8 Ibid., p. 38

9 Ibid., p. 94

10 Ibid., p. 116

com as instituições públicas do Ministério Público e a Defensoria Pública, como se constituíssem um quarto poder dentro do Título IV da Constituição.

Para Junqueira Ramos, quando o legislador constitucional de 1988 qualificou a Advocacia-Geral da União como uma instituição, pretendeu que sua atuação não fosse simplesmente como um órgão da Administração Pública, ressaltando que:

O constituinte de 1988 manteve, de um lado, os três Poderes tradicionais, segundo o clássico modelo pensado por Montesquieu, bem assim as funções respectivas de legislar, executar e julgar. Paralelamente, criou as Funções Essenciais à Justiça, entre essas a Advocacia-Geral da União que, sem características de Poder orgânico, tem por objetivo de atuar diretamente na representação da União Federal, prestando consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo com independência.¹¹

Em que pese o entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI n. 470/AM¹², no sentido da limitação técnica do Advogado Público, havendo necessidade de autorização do seu superior hierárquico para reconhecimento de direito, Diogo de Figueiredo Moreira Neto considera duas conquistas do direito público contemporâneo: o sistema de participação política e o sistema de Funções Essenciais à Justiça, aperfeiçoado com as garantias para uma atuação independente.¹³

Sob essa ótica e dentro do Estado Democrático de Direito brasileiro, cabe à Advocacia-Geral da União exercer seu profícuo papel de zelar pela legalidade dos atos administrativos da União Federal, alertando ao Administrador Público sobre o descompasso da aplicação da lei (dentro da seara administrativa) ou provocando os órgãos do Poder Judiciário para colocar o Estado dentro do passo correto do direito e da juridicidade.

Ressalte-se aqui a manifestação do Advogado-Geral da União pela procedência da ADI 4.249/SP, onde foi impugnada a Lei n. 13.521/09 do Estado de São Paulo, que proíbe o consumo de cigarros em áreas de uso coletivo. Defendeu-se, em parecer favorável à inconstitucionalidade formal da lei paulista, o argumento de que se já existe lei federal sobre o tema, o ato normativo estadual invadiu a competência da União para

11 RAMOS, William Junqueira. *A Advocacia-Geral da União e a defesa do interesse público primário*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015. p.35

12 Sobre este assunto, verifique-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 470 AM, Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão j. 01/07/2000, *Diário da Justiça da União*, 11.10.2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=470&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>

13 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista de informação legislativa*, v.29, n. 116, p. 72/102, out/dez de 1992, p. 81. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175998/000466608.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 11/11/2017

dispor sobre normas gerais (Competência concorrente – Art. 24, XII, § 2º e § 4º da CF/88).¹⁴

Após vários debates nos votos proferidos na ADI 3916/DF¹⁵, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, entendeu que o Advogado-Geral da União, enquanto chefe de uma instituição constitucional que exerce função essencial à Justiça, pode manifestar-se pela defesa ou não do ato normativo abstratamente impugnado perante a Corte, de acordo com sua convicção jurídica a respeito do tema e sem ferir o imperativo constitucional determinado pelo Artigo 103, § 3º da Constituição Federal.¹⁶

Verifica-se, portanto, que a atuação da Advocacia-Geral da União deve ser pautada pelas balizas da advocacia do Estado em defesa da sociedade, da ordem jurídica e do interesse público, mas não simplesmente uma advocacia de Governo, restrita à defesa do interesse de um governo transitório. Nesse sentido, expressa-se Junqueira Ramos:

Por isso, dentro do enfoque da advocacia de Estado e não de governo, é importante rememorar que os Procuradores Públicos não estão submetidos à hierarquia administrativa de qualquer dos Poderes do Estado e, nas palavras de Derly Barreto e Silva Filho, não recebem ordens de quem quer que seja. Afinal, exercem função essencial à justiça, controlando os atos administrativos sob a ótica da legalidade, legitimidade e da licitude, preservando, promovendo e assegurando os interesses públicos primários entregues à cura do Estado, misteres que não podem ficar condicionados à relação de subordinação administrativa.¹⁷

A tentativa de classificar e sistematizar os interesses públicos do Estado em níveis, primários (atuação do Estado em prol da coletividade, da sociedade como um todo) ou secundários (atuação do Estado como se particular fosse, primando pela individualidade), foi sustentado na obra de Renato Alessi, então professor de Direito Administrativo da Universidade de Parma. Assim, ensinava:

14 MORAIS, Dalton Santos. *Controle de Constitucionalidade*. Salvador: jusPODIVM, 2010. p. 218

15 Sobre este assunto, verifique-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3916 DF, Pleno, Rel. Min. Eros Grau j. 07/10/2009, *Diário da Justiça da União*, 16.10.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3916&classe=AD>>.

16 Prescreve o Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) § 3º. Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. *Acesso em:* 12 de novembro de 2017.

17 RAMOS, op. cit., p. 75

[...] Questi interessi pubblici, collettivi, dei quali l'amministrazione deve curare il soddisfacimento, non sono, si note bene, semplicemente l'interesse dell'amministrazione intesa come soggetto giuridico a se stante, sibbene quello che è stato chiamato l'interesse collettivo primario, formato dal complesso degli interessi prevalenti in una determinata organizzazione giuridica della collettività, mentre l'interesse del soggetto amministrativo è semplicemente secondario che si fanno sentire in senso alla collettività, e che possono essere realizzati soltanto in caso di coincidenza, e nei limiti di siffatta coincidenza, con l'interesse collettivo primario. (...) l'interesse secondario, personale, del soggetto amministrativo può essere realizzato, al pari di ogni altro interesse secondario dei singoli, soltanto in caso di coincidenza, e nei limiti della coincidenza, con l'interesse pubblico.¹⁸

Em que pese tal divisão proposta e defendida pelo doutrinador italiano, cuja teoria surgiu no contexto pós-guerra na Itália, diga-se de passagem, à época um país com ideologias fascistas, tal teoria não prevalece atualmente dentro de um Estado Democrático de Direito.

Veja-se que atualmente todo o poder é exercido pelo povo, direta ou indiretamente, e, a rigor, o interesse público é apenas o primário, da coletividade, sendo impensável um agente público ou uma instituição atuar de forma particular e desconectada dos objetivos da República e da *efetivação dos direitos fundamentais, como é o caso do Estado brasileiro*.¹⁹

Dentro de seu múnus constitucional, cabe à Advocacia-Geral da União, quer atuando na consultoria, quer atuando na representação judicial da União Federal e suas Autarquias, balizar-se na defesa e execução das políticas públicas, dentro do primado do Estado Democrático de Direito brasileiro, cuja finalidade é o bem comum.²⁰

Diante dessas premissas, a Advocacia-Geral da União vem atuando nas Ações Afirmativas propostas perante o Supremo Tribunal Federal e defendendo, com afinco, a execução das políticas públicas dentro dos primados do Estado Democrático de Direito e da Constituição da República Federativa do Brasil, seus fundamentos, objetivos e princípios, como se verá no decorrer desse artigo.

18 ALESSI, Renato apud RAMOS. William Junqueira, op. cit., p. 67

19 Segundo esse autor, a Advocacia-Geral da União deve empreender uma defesa eficiente, contestando e recorrendo, de modo a evitar a condenação da Fazenda Pública federal ao pagamento de algo que não é devido e, assim, preservando o interesse da coletividade que almeja a realização da justiça e a aplicação da ordem jurídica vigente. RAMOS, op. cit., p. 70

20 RAMOS, op. cit., p. 74

3 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE E IGUALDADE NA UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO NO BRASIL E NA ITÁLIA

No Brasil, os direitos das minorias homossexuais, que até pouco tempo atrás não podiam sequer ser considerados como testemunhas idôneas e aptas em o juízo de convencimento no conjunto de provas orais dentro do processo judicial penal²¹, vem sofrendo uma ampla reformulação de conceitos diante de um esforço de afirmação por parte dos Poderes constituídos e da própria sociedade brasileira.

Segundo Ayres Britto, o Humanismo é expressão de vida coletiva civilizada e toda essa histórica e formal proclamação de ser a pessoa humana portadora de uma dignidade “inata” é o próprio Direito a reconhecer o seguinte:

[...] a humanidade que mora em cada um de nós é em si mesma o fundamento lógico ou o título de legitimação de tal dignidade. Não cabendo a ele, Direito, outro papel que não seja o de declará-la. Não propriamente o de constituí-la, porque a constitutividade em si já está no humano em nós.²²

Dentro desse contexto e do desafio de alcance da Humanidade e da legitimação da dignidade das minorias excluídas, no âmbito do Executivo brasileiro, o Decreto presidencial, de 04 de junho de 2010, instituiu o dia 17 de maio como o Dia Nacional de Combate à Homofobia; já no campo do Legislativo, vários Projetos de Lei foram elaborados em favor dos homossexuais, dentre eles: em nível municipal, o Projeto de Lei n. 1.672/00 (promulgado em Lei n. 8.176, de 29 de janeiro de 2001) do Vereador Leonardo Mattos da Câmara Municipal de Belo Horizonte, que estabelece penalidade para o estabelecimento que discriminar pessoa em virtude de sua orientação sexual e, em nível nacional, o Projeto de Lei n. 612, de 2011, de autoria da Senadora da República, Marta Suplicy, que altera os arts. 1.723 e 1.726 do Código Civil (Lei 10.406/02), para permitir o reconhecimento legal da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Na seara judicial, duas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal demonstram que o Poder Judiciário vem assumindo um importante papel no alcance dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana dentro do pluralismo e do compromisso traçado pelo Estado

21 Sobre este assunto, verifique-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 154.857, Sexta Turma, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, Data da decisão 26.05.1998, DJU 26.10.1998, p.169. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br//processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700812081&dt_publicacao=26-10-1998&cod_tipo_documento>.

22 BRITTO, op. cit., p. 25.

Democrático de Direito brasileiro: a primeira decisão emblemática sobre o assunto e que merece destaque trata-se da ADIN n. 4.277, que foi julgada em conjunto com a ADPF 132, em 2011.

Em defesa da interpretação conforme a Constituição do artigo 1.723 do Código Civil, de forma a complementar, no conceito de entidade familiar, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da União Estável entre homem e mulher, o Advogado-Geral da União, nos termos do já mencionado artigo 103, § 3º da Constituição Federal, manifestou-se pela procedência da ADIN n. 4.277, conforme parecer, abaixo transcrito:

Direito Civil. Uniões homoafetivas estáveis. Reconhecimento. Observância dos direitos fundamentais à igualdade e à liberdade. Exigência do bem comum. Direito comparado. Decisões dos Tribunais Superiores. Manifestação pela procedência do presente pedido para que seja conferida interpretação conforme a Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil, de forma a contemplar no conceito de entidade familiar, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher.²³

Acatando os argumentos de mérito desenvolvidos pela Advocacia-Geral da União na presente Ação, acordaram os Ministros do Supremo Tribunal Federal em conhecer da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como ação direta de inconstitucionalidade, e julgá-la em conjunto com a ADI 4277, e, ainda, por votação unânime, julgaram procedentes as ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva. Reprise-se trechos da Ementa da decisão, aqui reproduzida:

[...]

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade

23 Sobre este assunto, verifique-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI 4277/ DF, Pleno, Rel. Min. Ayres Brito j. 05.05.2011, *Diário da Justiça da União*, 12.05.2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>

básica homem/mulher, no §3o do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2o do art. 5o da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “*do regime e dos princípios por ela adotados*”, *verbis*: “*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”.

[...]

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

[...]

Note-se que no referido parecer técnico encaminhado pela Advocacia-Geral da União ressaltou-se que a compreensão do art. 1.723 do Código Civil brasileiro não pode ignorar, amparado nos parâmetros constitucionais, os vínculos afetivos que mantém os integrantes de uniões homoafetivas e principalmente, que, *litteris*:

[...] Se é certo que a Carta Maior prevê, de modo expresso, em seu art. 266, o casamento (§ 2º), a união estável (§ 3º) e a família monoparental (§ 4º) como entidades familiares, não se pode afirmar que o conjunto de suas normas permite excluir de similar tratamento jurídico outras relações baseadas no mesmo suporte fático: (i) auto-determinação, (ii) afeto e (iii) pleno exercício da liberdade pela deliberada intenção de convivência íntima e estável, afim de alcançar objetivos comuns.

Até que houvesse essa decisão inédita por parte do Supremo Tribunal Federal, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, o artigo 226 e seus parágrafos da Constituição Federal eram um obstáculo intransponível para o judiciário brasileiro que, mediante uma interpretação literal daquele dispositivo, oferecia uma visão obtusa e conclusiva de que somente a família tradicional, fruto do casamento, e as uniões estáveis entre homem e mulher estavam abrigadas no conceito de unidade familiar.

Em realidade, os métodos clássicos de interpretação, notadamente gramatical e sistemático, contribuem para a formação de pré-compreensões do intérprete em busca da vontade da lei e do legislador, olvidando os legados da hermenêutica filosófica e da analítica pragmática. Desta forma, enfatizando a importância do intérprete para a constituição do sentido da norma jurídica, salientam Souza Cruz e Duarte, *verbis*:

Na verdade, em decorrência de suas aberturas para o mundo, o intérprete também exerce um papel importantíssimo para a constituição do sentido desses programas normativos. Aliás, são justamente essas aberturas que o tornam sensível às circunstâncias situacionais que constituem o âmbito normativo, cuja análise é imprescindível para a constituição do sentido da norma jurídica. Nesse diapasão, a experiência vivencial do intérprete, necessariamente intersubjetiva, afeta inarredavelmente a sua compreensão dos sentidos aferíveis do texto, na medida em que delinea a sua abertura para os influxos pragmáticos advindos do processo. Em outras palavras, seu mundo da vida delinea os limites de sua atenção (e também desatenção) em relação às circunstâncias pragmáticas que circunscrevem a aplicação do texto. Assim, a extração de sentidos do texto acaba por se constituir em uma atitude interpretativa necessariamente avaliativa, de *idas e*

vindas, pelo que não se aparta da questão da legitimidade/correção normativa e, muito menos, da questão pragmática. A tentativa de cindir essas questões, ou de limitar a sua incidência a apenas alguns casos, é completamente equivocada.²⁴

A transposição do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, ainda presente no campo jurídico brasileiro, para a filosofia da linguagem, como proposta hermenêutica filosófica, é rompida pela viragem linguística ocorrida a partir das *Investigações filosóficas* de Wittgenstein e pela ontologia fundamental heideggeriana, um dos mais fervorosos críticos da filosofia da subjetividade (filosofia da consciência). Esta mudança da ideia de que somente existe um mundo na linguagem, ou seja, de que “a linguagem deixa de ser um instrumento de comunicação do conhecimento e passa a ser condição de possibilidade para a própria constituição do conhecimento”, foi muito bem exposta por Streck:

Em decorrência, em face da prevalência do paradigma epistemológico da filosofia da consciência (em seus vários desdobramentos de Descartes a Kant, Fichte, Schelling, Hegel, Husserl e Betti – este pela sua importância e direta influência no campo da interpretação jurídica – só para citar os principais), não é temerário afirmar que, no campo jurídico brasileiro, a linguagem ainda tem um caráter secundário, como terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e objeto, enfim, uma espécie de instrumento ou veículo condutor de essências e corretas exegeses dos textos legais. Essa lógica do sujeito, é dizer, o ser é sempre em função do sujeito, que provém de Descartes, é rompida pela viragem linguística, mormente por Wittgenstein, e pela ontologia heideggeriana. Lamentavelmente – e aí está assentada uma das faces da crise paradigmática – o campo jurídico brasileiro continua sendo refratário a essa viragem linguística.²⁵

24 Segundo Souza Cruz e Duarte, Dimoulis, a despeito de enxergar a inegável “abertura semântica” de todas as normas, acaba por se aproximar da vertente clássica da Escola Histórica do Direito, bem como do positivismo formalista subjetivo delineado por Engisch, na medida em que acredita na serventia dos métodos gramatical e sistemático “para constatar, de forma objetiva, a vontade legislativa incorporada nas normas vigentes (DIMOULIS, 2006, p. 253)”. Assim, para Souza Cruz e Duarte, não parece assertada a noção de Dimoulis segundo a qual o círculo hermenêutico, em especial aquele propugnado a partir dos trabalhos da hermenêutica filosófica, conduza inexoravelmente ao ativismo do intérprete, já que Gadamer sempre observou que a ação hermenêutica deveria observar as ‘possibilidades’ do texto, fosse este normativo ou não; nesse sentido, um juiz que pretende ser ativista, que ‘julga-se’ acima da legislação e aplica a perspectiva de reexame de seus preconceitos na aplicação do Direito, mas num sentido que acarreta descon sideração dos limites sintático, semântico e pragmáticos do texto, o que acarreta interpretações incabíveis para o mesmo, em verdade está abusando da proposta gadameriana. (CRUZ, Álvaro Souza; DUARTE, Bernardo. *Além do positivismo jurídico*, p. 130, 133, 190)

25 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 8. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2009. p. 58.

A superação da “relação sujeito-objeto” pelo primado da “relação sujeito-sujeito” (intersubjetiva) tornou-se imprescindível para a compreensão e depuração da validade dos juízos de conhecimento. Isso deu ensejo a padrões pós- kantianos de condição de possibilidade, revolucionando a Ciência do Direito, agora como jogo de linguagem e pressupondo a alteridade e, conseqüentemente, a intersubjetividade. Nesse sentido, Souza Cruz e Duarte esclarecem:

A partir de uma renovação dessas condições, percebemos que o Direito é um modo ôntico de reconhecimento do Outro e como tal do ‘si’. Reconhecimento que se materializa na forma pela qual os homens e as mulheres se relacionam. Reconhecimento como jogo de linguagem, pois o Direito supõe a alteridade e com ela a intersubjetividade. A construção de uma relação intersubjetiva pode assumir na filosofia diversas feições. Em trabalhos anteriores destacamos as construções de Heidegger e de Gadamer em torno do *Mitsein*, bem como os constructos da teoria discursiva dos teóricos da Escola de Frankfurt. Assim, uma pequena palavra sobre essa relação com a alteridade precisa ser de modo breve alinhavada, ao menos nas perspectivas de Ricouer e de Lévinas.²⁶

O parecer da Advocacia-Geral da União defendeu as conquistas da hermenêutica constitucional contemporânea em um contexto plural de uma modernidade pós-convencional, do pleno exercício da liberdade do ser humano na escolha de sua orientação sexual e, ainda, sob a ótica do princípio da igualdade, dando o mesmo tratamento àqueles que mantém união homoafetiva estável. Nesse sentido e em defesa dos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito brasileiro, enfatizou:

[...] A persecução do bem comum, positivada na Constituição como valor fundamental, obriga o operador do Direito a tratar com equivalência as situações fáticas iguais. Não há esforço hermenêutico,

26 Para Souza Cruz e Duarte, torna-se problemática a posição defendida por Dimoulis, quando ele literalmente dá um passo atrás ao tentar solucionar os casos de incerteza e penumbra dos programas normativos a partir unicamente dos métodos clássicos de interpretação (mais precisamente, o gramatical e o sistemático), pelo que olvida frontalmente os legados da hermenêutica filosófica e da analítica pragmática. Assim, combatendo a tese de Demoulis de que os *métodos clássicos de interpretação* possuem alguma serventia, esta é limitada, no sentido apenas de contribuir para a formação das pré- compreensões do(s) intérprete(s) e de que a busca pelas *vontades da lei e do legislador* é inaceitável, já que pautada no pressuposto de que o intérprete e, principalmente o contexto, não influem nos sentidos da lei, Souza Cruz e Duarte ensinam que as “dificuldades de interpretação” nunca poderão desconsiderar os limites da argumentação e muito menos abster-se da pretensão de correção atrelada aos seus discursos, pois ora essas dificuldades serão de cunho “ eminentemente linguístico”, como as ambigüidades sintático-semânticas dos programas normativos (a), as imprecisões de significado adensadas pelo âmbito pragmático da linguagem (b), os inúmeros sentidos muitas vezes deturpados pela carga afetiva proveniente de nossa vivência linguística (c), ora de “ordem lógica”, como as antinomias jurídicas (d), as lacunas normativas (e) e a inoperância ou necessária superabilidade de certos programas normativos (f). (CRUZ, Álvaro Souza Cruz; DUARTE, Bernardo. *Além do positivismo jurídico*. p. 190-191, 197, 173)

destituído de preconceito, capaz de encontrar justificativa plausível para oferecer solução jurídica que trate de modo diferenciado os integrantes de uniões homoafetivas.

Assim, fica evidente a atuação institucional e independente da Advocacia-Geral da União na defesa do interesse da sociedade e do Estado, mas não de governo, em favor de Ações Afirmativas de grupos tradicionalmente discriminados, tal como tem sido a união homoafetiva.

Diferentemente do Brasil, onde o casamento homoafetivo se tornou uma realidade com uma decisão do Supremo Tribunal Federal²⁷, o Parlamento Italiano aprovou, em maio de 2016, por 173 votos a favor e 71 votos contra, a união civil entre casais homossexuais através da Legge 20 maggio 2016 n. 76.²⁸

Com essa aprovação, a Itália tornou-se um dos últimos países da Europa Ocidental a reconhecer a união civil entre pessoas do mesmo sexo, apesar de muitas controversas por conta da resistência dos católicos conservadores.²⁹

Após a confirmação do projeto de lei encaminhado ao Parlamento pelo governo do primeiro-ministro, Matteo Renzi, do Partido Democrático, de centro, entrou em vigor, aos 29 de julho de 2016, o Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 23 luglio 2016, n. 144, que regulamenta a Legge 20 maggio 2016 n. 76, prescreve em seu artigo 1, *verbis*:

Richiesta di costituzione dell'unione civile

1. Al fine di costituire un'unione civile, ai sensi della legge 20 maggio 2016, n. 76, di seguito denominata legge, due persone maggiorenni dello stesso sesso fanno congiuntamente richiesta all'ufficiale dello stato civile del comune di loro scelta.

2. Nella richiesta ciascuna parte deve dichiarare:

a) il nome e il cognome, la data e il luogo di nascita; la cittadinanza; il luogo di residenza;

b) l'insussistenza delle cause impeditive alla costituzione dell'unione di cui all'articolo 1, comma 4, della legge.

²⁷ A Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013, do Conselho Nacional de Justiça, dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>

²⁸ Disponível em: http://www.gazzettaufficiale.it/atto/vediMenuHTML?atto.dataPubblicazioneGazzetta=20160521&atto.codiceRedazionale=16G00082&tipoSerie=serie_generale&tipoVigenza=originario

²⁹ <http://www.cidadaoitaliano.com/uniao-homossexual-e-cidadania-italiana/>

3. L'ufficiale dello stato civile, verificati i presupposti di cui al comma 1, redige immediatamente processo verbale della richiesta e lo sottoscrive unitamente alle parti, che invita, dandone conto nel verbale, a comparire di fronte a se' in una data, indicata dalle parti, immediatamente successiva al termine di cui all'articolo 2, comma 1, per rendere congiuntamente la dichiarazione costitutiva dell'unione.

4. Se una delle parti, per infermita' o altro comprovato impedimento, e' nell'impossibilita' di recarsi alla casa comunale, l'ufficiale si trasferisce nel luogo in cui si trova la parteimpedita e riceve la richiesta di cui al presente articolo, ivi presentata congiuntamente da entrambe le parti.³⁰

O histórico judicial na Itália, diversamente do Brasil, era desfavorável à equiparação da união homosexual à união heterosexual, tendo várias decisões negativas ou declinantes de competência por alguns tribunais italianos, como o de Veneza e da Corte de apelação de Trento.

Em 2012, a Corte Suprema de Cassação da Itália (processo n. 4184/12), julgado pela Primeira Sessão Civil e sob a presidência da magistrada, Maria Gabriella Luccioli, também decidiu negativamente o pedido de um casal para validar na Itália o matrimônio realizado no exterior e em um país que autorizava esse tipo de união, uma vez que havia a necessidade de uma norma legal interna que validasse a união homoafetiva.³¹

Vale destacar a forte pressão sofrida pela União Européia³² sobre a Itália, já que a não aceitação da união dos homossexuais criava distorções dentro do bloco comum europeu, impedindo a livre circulação de pessoas e o pleno direito do gozo dos direitos civis.³³

30 Tradução Livre: Pedido de constituição da união civil: 1. A fim de estabelecer uma união civil, nos termos da Lei 20 de maio de 2016, n. 76, a seguir designada por lei, dois adultos do mesmo sexo fazem um pedido conjunto ao funcionário do estado civil do município da sua escolha. 2. Na solicitação, cada parte deve declarar: a) nome e sobrenome, data e local de nascimento; a cidadania; o local de residência; b) a ausência das causas que impedem a constituição da união a que se refere o artigo 1º, parágrafo 4º, da lei. 3. O funcionário civil, tendo verificado as condições previstas no n.º 1, elabora de imediato a acta do pedido e assina-a juntamente com as partes que o convidarem a apresentar em ata, a comparecer em data, indicado pelas partes, imediatamente após o prazo a que se refere o Artigo 2, parágrafo 1, para fazer conjuntamente a declaração constitutiva do sindicato. 4. Se uma das partes, devido a enfermidade ou outro impedimento comprovado, não puder comparecer à câmara municipal, o policial se deslocará ao lugar onde o impedimento está localizado e recebe a solicitação referida neste artigo, apresentado conjuntamente por ambas as partes <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2016/07/28/16G00156/sg>

31 Settimanale di documentazione giuridica - www.guidaaldiritto.ilsolo24ore.com

32 A Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) anunciou um dos principais julgamentos da sua história sobre direitos dos homossexuais. Os juízes decidiram que os gays também têm direito de formar família e os países não podem, por princípio, proibir que eles estabeleçam união estável. A decisão é definitiva. Horst Michael Schalk, de 48 anos, e seu companheiro, Johann Franz Kopf, 50, ambos residentes em Viena, apresentaram um recurso perante a corte. O casal reivindica desde 2002, sem sucesso, para poderem contrair matrimônio em seu país. Para isso, apresentaram recursos até chegar à instituição plurinacional, que não lhes deu razão. Disponível em : [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["30141/04"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

33 <http://www.cidadaoitaliano.com/união-homossexual-e-cidadania-italiana/>

4 CONCLUSÃO

De todo o exposto, constata-se, tanto no Brasil como na Itália, o importante papel das Instituições do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) no reconhecimento do Humanismo e a dignidade das minorias excluídas no Estado Democrático de Direito.

No Brasil, notadamente, a Advocacia-Geral da União vem tendo um papel constitucional relevante na defesa do interesse público primário e, por seu turno, no reconhecimento dos direitos dos grupos tradicionalmente discriminados perante o Supremo Tribunal Federal.

Essa atuação judicial proativa tem permitido resgatar as conquistas da hermenêutica constitucional em um contexto plural de uma modernidade pós-convencional, do pleno exercício da liberdade do ser humano na escolha de sua orientação sexual, a aplicação do princípio da igualdade e, principalmente, do Humanismo presente na Constituição Federal brasileira.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRITTO, Carlos Ayres. *O Humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Forum, 2012.

CRUZ, Álvaro Souza; DUARTE, Bernardo. *Além do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

MORAIS, Dalton Santos. *Controle de Constitucionalidade*. Salvador: jusPODIVM, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista de informação legislativa*, v.29, n. 116, p. 72/102, out./dez. de 1992.

RAMOS, William Junqueira. *A Advocacia-Geral da União e a defesa do interesse público primário*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

A GOVERNANÇA TRIBUTÁRIA GLOBAL E O NOVO PODER DE POLÍCIA FISCAL

*GLOBAL TAX GOVERNANCE AND THE NEW FISCAL POLICE
POWER*

*Tiago da Silva Fonseca
Procurador da Fazenda Nacional
Mestre em Direito pela UFMG*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os efeitos da globalização no Estado e no Direito e a governança tributária global; 2 O poder de polícia fiscal e as suas formas de atuação; 3 O novo poder de polícia e a investigação fiscal; 4 O novo poder de polícia fiscal e as unidades especiais voltadas à fiscalização dos grandes devedores; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O Direito global é o sistema de normas que abrange o direito internacional, o direito supranacional e o direito transnacional. No Direito global, os Estados passam a dividir o protagonismo como fonte produtora de normas e como instância decisória com organizações internacionais, tais como a ONU, a OCDE, a OMC e o FMI. A globalização impõe uma adaptação dos Estados no exercício das suas soberanias, tanto no âmbito externo, como no âmbito interno. O Direito global também interfere no Direito Tributário, uma vez que organizações internacionais estabelecem marcos regulatórios para reforma das legislações e das administrações fiscais dos Estados e se consolidam como uma “governança tributária global”. No contexto da governança tributária global, o FMI vem propondo a reforma das administrações tributárias, no sentido de aumentar a eficiência das suas atividades, através do uso estratégico do poder de polícia, concentrado na investigação fiscal e nos regimes especiais de cobrança de grandes devedores. No Brasil, a fiscalização e arrecadação vêm se adaptando a essa nova realidade, novas exigências e novos desafios, através da criação de um núcleo especializado para a investigação fiscal de grandes devedores e da elaboração de um regime diferenciado de cobrança de créditos. Todavia, a incorporação de modelos regulatórios produzidos por organizações internacionais deve ser adotada levando em consideração o déficit democrático na produção dessas normas, bem como considerando as carências, particularidades e necessidades de cada Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Global. Governança Tributária Global. Poder de Polícia Fiscal. Investigação Fiscal. Regimes Especiais de Cobrança de Grandes Devedores.

ABSTRACT: Global law is the system of norms covering international law, supranational law and transnational law. In global law, states are now dividing the leading role as a source of standards and as a decision-making body with international organizations such as the UN, OECD, WTO and IMF. Globalization requires States to adapt in the exercise of their sovereignty, both externally and internally. Global law also interferes with tax law, as international organizations establish regulatory frameworks for reforming state legislations and tax administrations and consolidate themselves as “global tax governance.” In the context of global tax governance, the IMF has been proposing a reform of tax administrations in order to increase the efficiency of its activities through the strategic use of police power, focused on fiscal research and special schemes for the collection of large debtors. In Brazil, fiscalization and collection have been adapting to this new

reality, new demands and new challenges, through the creation of a specialized nucleus for the fiscal investigation of large debtors and the elaboration of a differentiated regime of collection of credits. However, the incorporation of regulatory models produced by international organizations must be taken into account, taking into account the democratic deficit in the production of these standards, as well as the needs, particularities and needs of each State.

KEYWORDS: Global Law. Global Tax Governance. Tax Police Power. Tax Investigation. Special Arrangements for the Collection of Large Debtors.

INTRODUÇÃO

O Direito global é o sistema de normas (princípios e regras) que não são criadas por um Poder Legislativo constitucionalmente constituído, mas que regulam Estados, organizações internacionais e indivíduos. O Direito global abrange o direito internacional, o direito supranacional e o direito transnacional. O direito internacional, nos termos do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ), tem fonte nas convenções internacionais, nos costumes internacionais e nos princípios gerais do Direito. O direito supranacional tem fonte no Direito Comunitário, em que os Estados cedem parcela de suas soberanias em prol da estruturação e da organização de blocos ou instituições comuns. O direito transnacional tem fonte na cooperação dos Estados para disciplinar interesses ou bens jurídicos comuns, que não podem ser tutelados de forma unilateral, tais como meio ambiente, acesso à Internet, proteção de refugiados, migração, comércio exterior.

A convivência do Estado Nacional com uma política global foi possível graças às Constituições democráticas consagradas a partir do fim da Segunda Guerra Mundial (1945), fundadas em direitos e valores de solidariedade social comuns e abertos ao Direito global. Os Estados Constitucionais, a partir da década de 70, passaram a sofrer os efeitos de uma tendência mundial de desregulação, globalização e formação de blocos e organizações regionais.

Numa ordem supranacional e transnacional, os Estados passaram a dividir o protagonismo na produção de normas e na tomada de decisões com as organizações internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a Organização Mundial do Comércio (OMC) ou o

Fundo Monetário Internacional (FMI). Como parte dessas organizações internacionais, os Estados são frequentemente chamados a cooperar e a dialogar até um fechamento de marcos regulatórios, aos quais se vinculam em busca de reputação internacional ou de credibilidade para atrair investimentos do capital.

O Direito global tem dimensões de regulação, de formação de burocracias internacionais, de padronização de procedimentos. Tais dimensões vêm sendo aproveitadas pelos Estados em uma das facetas mais sensíveis de seu poder, que é a tributação. Tanto que é possível, atualmente, admitirmos uma governança tributária global, que vem interferindo diretamente no Direito Tributário brasileiro, com estímulo e impulso de reformas da legislação e da administração tributárias.

1 OS EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO NO ESTADO E NO DIREITO E A GOVERNANÇA TRIBUTÁRIA GLOBAL

A globalização consiste numa integração econômica, cultural, política e social, no cenário internacional, que permite uma maior circulação de mercadorias, informações, pessoas, capital. Num mundo globalizado, é possível visualizar um “capital líquido”, que migra facilmente de um Estado a outro, conforme a melhor conveniência ou a maiores lucros¹.

Essa globalização e esse “capital líquido” acabam gerando efeitos nas concepções clássicas de Estado, de soberania, de Direito. O Estado deixa de ser a única fonte produtora de normas e incorpora, em seu ordenamento jurídico, diretivas e recomendações de tratados firmados no âmbito e com influência de organizações internacionais. A soberania deixa de atribuir uma superioridade na ordem dos Estados, seja na ordem externa, uma vez que os Estados passam a se agrupar em blocos político-econômicos, seja na ordem interna, já que os Estados passam a criar ou adaptar as suas leis a marcos regulatórios definidos internacionalmente. O Direito deixa de ser exclusivamente impositivo e passa a depender de soluções negociadas entre os sujeitos internacionais, bem como passa a ser formado por novos princípios, mais adequados à nova realidade, às novas tecnologias, aos novos desafios.

O Direito Tributário também sofre impacto dos efeitos gerados pela globalização. Órgãos internacionais como a OCDE, OMC ou FMI frequentemente lançam recomendações e diretrizes para a reforma das legislações tributárias dos países ou para a adequação das formas de atuação das Administrações Tributárias. A interferência desses órgãos

1 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *O Outro Leviatã e a Corrida ao Fundo do Poço*. São Paulo: Almedina, 2015.

internacionais no Direito Tributário interno de cada país é tão grande que já é possível, atualmente, notar uma “governança tributária global”².

A influência dos órgãos internacionais em matéria fiscal pode ocorrer de modo indireto, como fazem a OCDE ou OMC, que sugerem aos Estados regras com objetivos de estimular a cooperação na troca de informações, de combater a concorrência tributária desleal ou de evitar as situações de bitributação internacional. Ou ainda, a influência dos órgãos internacionais em matéria fiscal pode ocorrer de modo direto, como faz o FMI, que condiciona a liberação de empréstimos aos países que adotam as medidas reformadoras propostas pelo Fundo.

As principais medidas recomendadas pelo FMI, no que se refere à reforma de legislações tributárias, tratam da redução ou eliminação de impostos sobre o comércio exterior, da introdução do IVA sobre a circulação de mercadorias e serviços, do incentivo do uso de tributos com finalidade extrafiscal, da redução de alíquotas e a eliminação de deduções no imposto de renda, da instituição de um imposto mínimo sobre o faturamento das empresas. Quanto à reforma das administrações tributárias, o FMI recomenda o incentivo do cumprimento voluntário das obrigações, o aprimoramento de técnicas de simplificação e de praticidade (uso de pautas fiscais, substituição tributária, autolancamento, etc), a expansão da cobertura de auditorias fiscais, a aplicação de penalidades severas, no âmbito do Direito Tributário Sancionador³.

2 O PODER DE POLÍCIA FISCAL E AS SUAS FORMAS DE ATUAÇÃO

No Direito Administrativo, o poder de polícia é definido como a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral, mediante ação fiscalizadora, preventiva ou repressiva, a liberdade e propriedade dos indivíduos, em favor dos interesses sociais ou do bem-comum⁴. O parágrafo único do art. 78 do Código Tributário Nacional (CTN) considera regular o exercício de poder de polícia quando desempenhado por órgão competente, nos limites da lei, com observância do devido processo, sem abuso ou desvio de poder.

No Direito Tributário, o poder de polícia fiscal é uma das manifestações do Poder Tributário estatal. De acordo com José Casalta

2 MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. *A Governança Tributária Global: limitações externas ao poder de tributar e de não tributar na pós-modernidade*. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

3 SILVA, Paulo Roberto Coimbra. *Direito Tributário Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

4 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo, Malheiros, 2007. p. 803.

Nabais⁵, é equivocada a utilização tradicional da expressão “Poder Tributário” como o conjunto dos poderes relativos aos impostos, sem que se faça a distinção do momento e do plano da instituição dos impostos e do momento e do plano da exigência do imposto. Assim, o “Poder Tributário” pode ser decomposto em três soberanias, a saber, a do objeto, a da receita e a administrativa.

A soberania do objeto trata da competência para instituir tributos e, como fonte de criação de deveres, deve ser exercida nos termos constitucionais e legais. O poder de instituir tributos tem fundamento jurídico na Constituição e é dirigido pelas limitações constitucionais ao poder de tributar, expressas e implícitas.

A soberania da receita consiste na utilização do tributo não como fonte de arrecadação de receita pelo Estado, mas como instrumento de regulação de conduta dos contribuintes. De forma excepcional, o Estado dispõe do poder extrafiscal para utilizar o tributo não só com fundamento na capacidade econômica dos contribuintes, mas para colocar em prática as suas políticas institucionais e para fazer adequações e adaptações ao seu programa econômico e social.

A soberania administrativa define o poder de arrecadação. O plano da exigência do tributo deve ter como parâmetro a lei ou até normas secundárias, como o regulamento, e se realiza com o ato administrativo. Assim, a terceira espécie do gênero “Poder Tributário” impõe deveres e obrigações acessórias que auxiliam na fiscalização e na arrecadação, de modo a permitir uma tributação mais justa. É na soberania administrativa que está enquadrado o poder de polícia fiscal.

Onofre Alves Batista Júnior distingue quatro modos de atuação do poder de polícia fiscal, a saber, a imposição dos deveres de polícia, o consentimento de polícia, a sanção de polícia e a fiscalização tributária⁶. Os deveres de polícia se encerram nas normas que instituem obrigações acessórias instrumentais às atividades de cobrança e arrecadação. O consentimento de polícia ocorre quando a Administração Tributária, entendendo em verificação prévia que o contribuinte atendeu suficientemente os requisitos para o exercício de um direito, anui e expede alguma autorização. A fiscalização tributária é desempenhada mediante atividades de constatação de cumprimento das obrigações acessórias, da verificação de omissão no recolhimento das obrigações principais, da análise de declarações, documentos e livros dos contribuintes. Por fim, as sanções de polícia abrangem as penalidades de natureza compensatória

5 NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*: contributo para a compreensão constitucional do Estado Fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2004.

6 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *O Poder de Polícia Fiscal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

(juros e multa) e as de natureza punitiva (apreensão de mercadorias, interdição de estabelecimentos, regimes especiais de fiscalização), com a função intimidatória de prevenir a evasão fiscal, bem como com a função de repreensão administrativa das condutas sonegatórias, abusivas e fraudulentas praticadas pelos contribuintes.

Quanto à fiscalização tributária, o art. 195 do CTN fixa uma cláusula geral do poder de polícia fiscal, ao afastar disposições legais excludentes ou limitativas do direito das autoridades fiscais de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais dos comerciantes, industriais ou produtores. Na fiscalização, as autoridades fiscais podem, inclusive, aplicar discricionariamente a legislação tributária, no exame e interpretação daquilo que for objeto das inspeções e auditorias.

No contexto da governança tributária global, o FMI, com o objetivo de aumentar a eficiência das administrações tributárias, recomenda a exoneração de pequenos contribuintes de tributos de difícil administração, como os tributos sobre consumo, bem como a criação de unidades especiais voltadas exclusivamente à fiscalização tributária de grandes contribuintes. É o que vem ocorrendo no âmbito da Administração Tributária federal no Brasil. A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), por meio da Coordenação-Geral dos Grandes Devedores (CGD) vem concentrando a sua atuação em um planejamento estratégico, voltado para o desenvolvimento de práticas de investigação fiscal e de regimes especiais de fiscalização de contribuintes com maiores dívidas.

3 O NOVO PODER DE POLÍCIA E A INVESTIGAÇÃO FISCAL

A relação tributária está fundada no conflito de interesses decorrente da necessidade e da vontade da Fazenda Pública de arrecadar e da necessidade e da vontade do contribuinte de preservar o seu patrimônio. A Administração Tributária deve garantir o melhor equacionamento dos interesses em conflito.

Os princípios constitucionais da segurança jurídica, da liberdade, da igualdade e da propriedade devem orientar a distribuição de direitos e deveres. No Direito Tributário, a igualdade se concretiza, ao menos no sentido de distribuição econômica do ônus entre os contribuintes, através da instituição e cobrança dos encargos de acordo com a capacidade contributiva.

Ressalte-se que a capacidade contributiva é apenas um critério quantitativo de distribuição justa das cargas tributárias. A tributação, para atender as suas funções básicas de arrecadação, redistribuição e regulação⁷, deve também estabelecer uma função social ao direito de propriedade,

7 AVI YONAH, Reuven S. The three goals of taxation. *Tax Law Review*. Nova Iorque, EUA, v. 60, nº 1, p. 1-28, 2006.

que não pode ser tomado numa concepção pré-tributária e que deve ser associado à proporção de recursos a serem utilizados para o combate à pobreza e para o desenvolvimento social⁸.

Dentro do critério quantitativo, uma efetiva apuração da capacidade contributiva depende da investigação pormenorizada da situação do contribuinte, de modo a esgotar o potencial programado pela norma legal. A investigação fiscal se destina a verificar a legalidade da situação econômica do contribuinte, a prevenir as condutas evasivas, abusivas e fraudulentas, a verificar o cumprimento dos deveres e obrigações acessórias e a preparar a repressão das infrações à legislação tributária.

Em razão da complexa realidade fiscal, as leis que regem a investigação fiscal devem atribuir possibilidades discricionárias aos agentes da Administração Tributária. Na discricionariedade, o administrador, após realizar a operação de interpretar a lei, pode escolher uma entre várias soluções múltiplas admitidas pela norma, sendo quaisquer das possibilidades suscetíveis de concretizar a finalidade proposta pela vontade normativa.

Numa primeira vista, a aceitação das possibilidades discricionárias no Direito Tributário pode entrar em conflito ou contradição com o próprio conceito legal de tributo, definido pelo art. 3.º do CTN como prestação pecuniária compulsória, instituída por lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. Ademais, para o Direito Tributário, a doutrina⁹ aponta a necessidade de legalidade substancial absoluta, pela qual a lei deve ser fundamento da conduta da Administração Pública e das suas decisões no caso concreto, restando pouco ou nenhum espaço para a atividade criadora do aplicador.

Todavia, ainda que o Direito Tributário seja tendencialmente conceitual, com estruturas rígidas e conformações fechadas, não está imune à interferência dos tipos, com propriedades graduáveis e contornos fluidos. No exercício discricionário da atividade investigativa, as leis que regem a fiscalização e arrecadação tributárias devem dar disponibilidade de decisão aos agentes fiscais, quanto ao momento oportuno e conveniente da ação, aos meios de atuação, à intensidade da intervenção e da fiscalização, bem como quanto à valoração no ato de classificar as condutas praticadas pelos contribuintes e à graduação das sanções a serem imputadas.

É evidente que, situando-se a investigação fiscal como espécie de resíduo tipológico da norma tributária, o ato administrativo está sujeito a rígidos limites de atuação, em favor da legalidade e da legitimidade da

8 MURPY Liam; NAGEL Thomas. *O mito da propriedade: os impostos e a justiça*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

9 DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

relação obrigacional tributária. Se no Direito Administrativo a legalidade, como qualificadora do Estado de Direito, representa a completa submissão da Administração às leis, no Direito Tributário o princípio é ainda mais representativo e restritivo. O pressuposto normativo da lei tributária identifica a segurança jurídica, é expressa limitação constitucional ao poder de tributar (art. 150, I da CRFB/88) e, na medida em que é formada predominantemente por conceitos classificatórios, busca exaurir o conteúdo da vontade do administrador e o ato de execução.

Assim sendo, a eventual atribuição de possibilidades discricionárias aos agentes fiscais deve necessariamente considerar que segurança jurídica do contribuinte depende da associação do princípio da legalidade com o princípio da legitimidade, como nortes de atuação da Administração Tributária. Pelo princípio da legitimidade, a segurança jurídica do contribuinte tem como fontes primárias a legalidade e as demais limitações constitucionais ao poder de tributar, que são complementadas por imperativos como a confiança e a boa-fé objetiva, sejam considerados como necessidades ético-jurídicas¹⁰, ou como instrumentos de justiça corretiva¹¹.

Uma investigação fiscal de acordo com a legalidade e a legitimidade da relação tributária serve como instrumento que viabiliza uma atividade de fiscalização, cobrança e arrecadação mais eficiente. Ao se falar em atividade fiscal eficiente, espera-se tanto uma prestação de serviço público de qualidade e que alie produtividade com economicidade¹², como uma resultante da ponderação de diversos interesses intervenientes para o atendimento das necessidades coletivas¹³. Logo, a eficiência da atividade da Administração Tributária, especialmente no que se refere à investigação fiscal, depende da atuação em conformidade com os direitos fundamentais dos contribuintes.

4 O NOVO PODER DE POLÍCIA FISCAL E AS UNIDADES ESPECIAIS VOLTADAS À FISCALIZAÇÃO DOS GRANDES DEVEDORES

Nos últimos anos, percebe-se claramente o esforço da Administração Fazendária em fortalecer a investigação e as atividades de inteligência, no intuito de apurar as infrações fiscais e tornar mais vantajosa a relação

10 CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

11 FRADA, Manoel Antônio de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2002.

12 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

13 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

custo-benefício nas atividades de fiscalização, arrecadação e cobrança tributárias. Nesse sentido, merece destaque o exercício sistemático de ações especializadas visando à obtenção, análise, salvaguarda e compartilhamento de dados e conhecimentos referentes aos grandes devedores no âmbito da União.

O art. 68 da Lei 9.532/97 estabeleceu a prioridade de tratamento nos processos relativos a crimes contra a ordem tributária ou a créditos federais de elevado valor. Regulamentando a Lei 9.532/97, foi editada a Portaria MF 29, de 17 de fevereiro de 1998, que instituiu o Projeto Grandes Devedores (PROGRAN). De acordo com a Portaria, os órgãos do Ministério da Fazenda - Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) e PGFN - devem adotar providências para a identificação de créditos cuja cobrança mereça receber tratamento prioritário e para o acompanhamento diferenciado dos processos (administrativos e judiciais), com vistas a obter a efetiva liquidação dos débitos e a identificar e combater a fraude fiscal estruturada.

Por fraude fiscal estruturada, entende-se aquela operacionalizada com emprego de diversos artifícios, tais como a dissimulação de atos e negócios, a utilização de pessoas interpostas, a falsificação de documentos, a simulação de operações, a blindagem patrimonial, a transferência de valores para paraísos fiscais, a inscrição abusiva em benefícios fiscais, a criação de grupos econômicos formados por empresas sem atividade econômica de fato para absorver eventual responsabilização.

Diante da operacionalização da fraude estruturada com complexos mecanismos e do elevado valor de tributos evadidos, faz-se necessária a especialização de técnicas de investigação e cobrança. O desenvolvimento da atividade de inteligência fiscal abrange a produção de informações estratégicas e operacionais, a identificação de bases de dados, a busca de inovações tecnológicas e de medidas preventivas referentes à segurança de informação, a articulação e o compartilhamento com outros órgãos investigativos de métodos e melhores práticas relacionadas à investigação.

No âmbito da PGFN, foi editada a Portaria 565/2010, que atualmente rege o conjunto de atividades estratégicas relativas à CGD¹⁴. Conforme a Nota PGFN/CDA N° 721/2017, que analisa o endividamento junto à PGFN, 14,8% das entidades empresariais ativas possuem débitos inscritos em dívida da União e 0,5 % desse percentual é responsável por 62% do total de débitos em cobrança judicial. Quanto às pessoas físicas, somente 6,2% daquelas que auferem renda ou movimentam valores relevantes

14 A divulgação da lista dos devedores da PGFN foi disciplinada pela Portaria n° 642, de 1° de abril de 2009, para dar publicidade à relação de pessoas físicas e jurídicas que possuem débitos perante a Fazenda Nacional inscritos em dívida ativa da União.

possuem débitos inscritos em dívida da União e 0,1% desse percentual é responsável por 34% dos débitos em cobrança judicial. Da interpretação dos números é possível extrair duas evidências: 1) que é falsa a ideia de que existe no Brasil uma cultura de sonegação; 2) que há uma concentração da dívida nos chamados “grandes devedores” e que, com meios e instrumentos eficazes de investigação fiscal e de cobrança, os resultados obtidos pela Administração Tributária tendem a ter a efetividade consideravelmente ampliada.

Outra iniciativa no sentido de tornar mais vantajosa a relação custo-benefício nas atividades de fiscalização, arrecadação e cobrança, no âmbito da PGFN, trata do Regime Diferenciado de Cobrança de Créditos (RDCC), instituído pela Portaria PGFN N° 396, de 20 de abril de 2016. O RDCC é voltado a otimizar os processos de trabalho relativos à cobrança da dívida ativa da União, definindo as execuções fiscais que serão objeto de acompanhamento prioritário e autorizando o pedido de suspensão, nos termos do art. 40, caput, da Lei 6.830/80, dos feitos cujo valor consolidado seja igual ou inferior a um milhão de reais, desde que não conste garantia útil à satisfação, integral ou parcial, do crédito executado.

O RDCC pretende instituir uma nova forma de cobrança da dívida ativa, dando preferência à automatização de procedimentos, com foco nos grandes devedores e nas ações que representam maior potencial de retorno. Considerando que, conforme dados do DW-SIGPGFN, as execuções fiscais com valor consolidado acima de um milhão de reais representam 4% do total de processos ajuizados pela União e 81% do estoque da dívida ativa cobrada judicialmente, a concentração da cobrança nos grandes devedores representa o cumprimento do “dever jurídico da Administração Pública em atingir, da maneira mais eficaz possível, o interesse público identificado na norma”¹⁵.

5 CONCLUSÃO

Atualmente, o Estado deixou de ter o monopólio na formação de normas que constroem o seu modelo próprio de sistema tributário, para incorporar diretivas e recomendações de organismos internacionais. Sendo o sistema tributário hipercomplexo, a criação de modelos a partir de diretrizes uniformes pode ajudar na simplificação, na troca de boas-práticas entre Estados, na uniformização das regras tributárias em benefício do comércio exterior de mercadorias e serviços.

Nesse sentido, o ajustamento da Administração Tributária aos planos propostos pelo FMI, quanto à reformulação do exercício do

15 STF, RE 403205 / RS, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 19/05/2006, p. 46.

poder de polícia fiscal, pode ajudar a tornar o trabalho de fiscalização e cobrança mais racional e a arrecadação mais eficiente. Mais do que ampliar a arrecadação, a concentração do poder de polícia fiscal, em atividades de investigação e de regimes especiais de cobrança de grandes devedores, favorece a imposição de maiores ônus às maiores riquezas. Num país como o Brasil, em que o sistema tributário é essencialmente regressivo, já que as maiores cargas recaem sobre o consumo e não sobre o capital, a maior efetividade do poder de polícia fiscal também favorece a isonomia tributária.

Ocorre que uma governança tributária global não está livre de problemas e de críticas que devem ser consideradas. Um primeiro problema que se vislumbra é o déficit democrático decorrente da importação de marcos regulatórios produzidos por organizações internacionais. Parte da legitimidade da tributação e do consentimento do tributo tem fundamento no mandato dado por aqueles que têm o ônus de pagar àqueles representantes que vão, no Parlamento, discutir e aprovar as leis fiscais. Uma outra crítica que cabe ser feita é que a mera cópia de modelos externos pode desprezar as carências, particularidades e necessidades de cada Estado. Se considerarmos que as vozes mais ativas das organizações internacionais são frequentemente os países mais ricos, as diretrizes e recomendações podem tender a favorecer os países mais desenvolvidos, em prejuízo aos países mais pobres.

Assim, a adaptação do Poder Tributário aos desafios da globalização e à nova ordem político-jurídica global deve estar sob permanente controle dos Estados, no exercício da sua soberania. Em termos de governança tributária global, o aproveitamento de modelos fiscais externos deve estar em constante monitoramento pelas partes da relação obrigacional, de modo a atender ao princípio da eficiência da Administração e, atender especialmente, ao imperativo da segurança jurídica e aos direitos fundamentais dos contribuintes.

REFERÊNCIAS

AVI YONAH, Reuven S. The three goals of taxation. *Tax Law Review*. Nova Iorque, EUA, v. 60, n. 1, p. 1-28, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo, Malheiros, 2007.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *O Outro Leviatã e a Corrida ao Fundo do Poço*. São Paulo: Almedina, 2015.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *O Poder de Polícia Fiscal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

BATISTA JÚNIOR. Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

CARVALHO FILHO. José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FRADA, Manoel Antônio de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2002.

MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. *A Governança Tributária Global: limitações externas ao poder de tributar e de não tributar na pós-modernidade*. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

MURPHY Liam; NAGEL Thomas. *O mito da propriedade: os impostos e a justiça*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos: contributo para a compreensão constitucional do Estado Fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2004.

SILVA, Paulo Roberto Coimbra. *Direito Tributário Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

GESTÃO PÚBLICA E COMPLIANCE: POSSIBILIDADES DE CONTRIBUIÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA NA CONSTRUÇÃO DOS VALORES DE PROBIDADE E CONTRA A CORRUPÇÃO

*PUBLIC MANAGEMENT AND COMPLIANCE: POSSIBILITIES
OF CONTRIBUTION OF THE PUBLIC ADVOCACY IN THE
CONSTRUCTION OF VALUES OF PROBITY AND AGAINST
CORRUPTION*

Vania Mendes Ramos da Silva

*Procuradora Federal. Mestre em Gestão Pública e Sociedade pela
Universidade Federal de Alfenas/MG. Pós-Graduada em Direito Público pela
UNB. Professora Credenciada da Escola da AGU. Coordenadora de Matéria
Jurídico-Administrativo da Procuradoria Federal Especializada junto à
Universidade Federal de Lavras*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os paradigmas de análise da corrupção e a abordagem neoinstitucional; 2 Mecanismos de Compliance como instrumento de combate à corrupção; 3 Possibilidades de contribuição da Advocacia Pública na construção dos valores de probidade e contra a corrupção; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O combate à corrupção é pressuposto inafastável para a conquista do desenvolvimento político, econômico e social. O estudo propõe, assim, apontar os principais paradigmas de estudo da corrupção, com enfoque para o paradigma neoinstitucional, porquanto tratar-se do suporte teórico que concebeu os novos instrumentos incorporados à legislação brasileira pela jurisprudência, pela Lei n.º 12.846/2016, regulamentada pelo Decreto n.º 8.420/2015, e pelo Decreto n.º 9.203/2017. O artigo destaca, ainda, as possibilidades proporcionadas pelo Programa de Integridade, comumente conhecido como Compliance, propondo a qualificação da atuação da Advocacia Pública para atuar na efetiva construção de um ambiente público saudável, de higidez das condutas públicas e favorável ao tão desejado desenvolvimento social, político e econômico do país.

PALAVRAS-CHAVE: Gestão. Compliance. Governança Pública. Combate à Corrupção. Advocacia Pública.

ABSTRACT: The fight against corruption is an inauspicious premise for the achievement of political, economic and social development. The study proposes, therefore, to point out the main approaches in the study of corruption, focusing on the neoinstitutional paradigm, because it is the theoretical support that conceived the new instruments incorporated into the Brazilian legislation by the jurisprudence, by the Law n.º. 12.846/2016, regulated by the Decree n.º 8420/2015, and by the Decree n.º. 9203/2017. The article also also highlights the possibilities offered by Integrity Program, commonly known as Compliance, proposing the qualification of the Public Advocacy to act in the effective construction of a healthy public environment, of the sanity of the public conducts and favorable to the much desired development of the country.

KEYWORDS: Management. Compliance. Public Governance. Fight Against Corruption. Public Advocacy.

INTRODUÇÃO

Mesmo atravessando uma crise econômica e política sem precedentes, o Brasil figura no ano de 2018 entre os 10 maiores PIB do mundo¹. No mesmo ano de 2018, entretanto, o país ocupa o 79º lugar no ranking da ONU em índice de desenvolvimento humano².

Os estudos demonstram, ainda, que o Brasil perderia 17 posições na classificação do relatório da ONU se a desigualdade fosse levada em consideração para compor o IDH. Além disso, considerando o coeficiente de Gini, que mede a concentração de renda, o Brasil é o 9º país mais desigual do mundo ficando atrás da África do Sul, Namíbia, Botsuana, Zâmbia, República Centro-Africana, Lesoto, Moçambique e eSuatini (ex-Suazilândia) - todos na África.

Se por um lado, o Brasil possui uma economia mundialmente destacável em números absolutos, outros indicadores - que levam em consideração os índices de industrialização, escolaridade da população, níveis de risco para investimentos, dentre outros - há décadas o inserem no conceito de país em desenvolvimento.

Tornou-se censo comum na comunidade mundial que a corrupção é empecilho preponderante ao desenvolvimento econômico e social dos países. Os estudos da Transparência Internacional, dentre outros de elevado reconhecimento mundial, permitiram desenhar um mapa mundi em que se observa a evidente relação dos altos níveis de desenvolvimento econômico e humano a menores índices de corrupção.³

Nesse contexto, o combate à corrupção tornou-se premissa inafastável de todas as economias mundiais, altamente interligadas pelo fenômeno da globalização, levando os governos a adotarem internamente - e a exigirem uns dos outros - ações contundentes, não mais exclusivamente de cunho econômico, mas também ações políticas, instrumentos de gestão pública e medidas jurídicas voltadas à prevenção e rigorosa punição dos atos de corrupção.

Levantamentos promovidos por instituições globalmente reconhecidas como a Transparência Internacional, Banco Mundial e pesquisas científicas concebidas nas mais renomadas universidades do mundo se voltam à identificação dos fatores que levam à corrupção e à investigação de estratégias, bem como ao desenvolvimento de novas ferramentas voltadas à eliminação desse entrave à evolução das sociedades.

Segundo dados levantados pela Transparência Internacional, o Brasil ocupa o 96º lugar no ranking de corrupção, em uma lista composta por 180

1 <<https://www.indexmundi.com/g/r.aspx?t=10&v=65&l=pt>>. Acesso em: 25/09/2018.

2 <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/presscenter/articles/2018/brasil-mantem-tendencia-de-avanco-no-desenvolvimento-humano--mas.html>>. Acesso em: 25/09/2018.

3 <https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017>. Acesso em: 25/09/2018.

posições⁴. Após o desenrolar da Operação Lava Jato, que tem desvelado um esquema de corrupção sistêmica no país, os índices de confiabilidade do Brasil pelos investidores internacionais despencaram, fator que nocauteou a economia nacional, já combatida desde 2008.

Todo esse grave cenário político e econômico, que desencadeou pressões internas e externas sobre o governo brasileiro, provocou reações das autoridades no sentido de intensificar o combate contra a corrupção. Com essa finalidade, tem sido introduzidos no ordenamento jurídico uma série de novos instrumentos, os quais tem como objetivo a árdua missão de dar início a uma nova perspectiva.

Em que pese o esforço de normatização, apenas o uso ótimo desses novos recursos será capaz de provocar alguma mudança real. O incremento da fiscalização pela sociedade, a partir dos dados produzidos e colocados à disposição pelos mecanismos de transparência pública, assim como o aprimoramento da atuação das instituições tem como questão prejudicial o aprofundamento dos estudos das causas mais remotas que levaram o país à corrupção sistêmica e a completa apreensão da relevância dessas ferramentas e de suas finalidades, como estratégia para que sejam aproveitadas em toda sua inteireza.

Com esse espírito, o presente estudo se propõe a discorrer sobre os principais paradigmas de combate à corrupção existentes na literatura mais atualizada sobre o tema, com o fim de identificar o suporte teórico que concebeu os novos instrumentos recentemente incorporados à legislação pátria.

O estudo se aprofunda, então, na compreensão do paradigma neoinstitucional e, em seguida, procura fazer uma análise mais detida sobre o Programa de Integridade nas organizações públicas, mais conhecido hoje como Compliance, propondo uma ressignificação da atuação da Advocacia Pública nesse contexto, como contribuição imprescindível à construção de um ambiente público saudável, de higidez das condutas públicas e favorável ao tão desejado desenvolvimento social, político e econômico do país.

1 OS PARADIGMAS DE ANÁLISE DA CORRUPÇÃO E A ABORDAGEM NEOINSTITUCIONAL

Vannucci (2017), um dos principais pesquisadores da corrupção, do paradigma neoinstitucional e da Operação Mani Pulite na Itália, apresenta as três abordagens principais para o estudo da corrupção: A abordagem Econômica ou da Escolha Racional, a abordagem Cultural e a abordagem Neoinstitucional. Todas elas buscam compreender as causas da corrupção, com o fim de desenvolver mecanismos capazes de ataca-las na origem, construir e propor instrumentos capazes de auxiliar na identificação, apuração e punição do ato corrupto, bem como conceber medidas que visem impedir a reincidência.

4 <https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017> Acesso em: 25 set. 2018

Tratam-se de abordagens profundas, mas que serão tratadas neste estudo em brevíssima explanação para facilitar a compreensão da vertente neoinstitucional, visto que nela se vislumbra o substrato teórico para diversos institutos recentemente introduzidos na legislação brasileira ou incorporados ao nosso Direito pela jurisprudência.

Esses novos instrumentos têm se tornado a tônica mais recente da atuação estatal e abrangem tanto medidas de caráter mais geral, de cunho preventivo, mediante modificações importantes na atuação de toda a Administração Pública, quanto instrumentos destinados à atuação repressiva, ligados mais diretamente à atuação dos órgãos e instituições de controle interno e externo da Administração Pública brasileira.

O paradigma econômico ou da escolha racional, enfatiza que os atos de corrupção decorrem de uma decisão racional que observa uma lógica de custo-benefício (VANNUCCI, 2017). Assim, a decisão de participar de um ato corrupto depende eminentemente do resultado do cálculo entre os riscos - especialmente sobre ser descoberto e punido -, e as vantagens ou lucros decorrentes da prática do ato. A regra crucial de reflexão recai, portanto, sobre o contexto de oportunidades, que irá subsidiar a tomada de decisão sobre o ingresso em atividades corruptas (VANNUCCI, 2017).

A corrupção, sob essa ótica, decorre do resultado de escolhas individuais racionais e sua disseminação dentro da organização é influenciada pelos fatores que definem a estrutura dos custos esperados e recompensas. O indivíduo tende a sopesar os riscos de ser denunciado e punido, a possibilidade de ser enganado pelo parceiro de negócios corruptos, a gravidade e espécie das sanções possíveis e suas implicações e as vantagens que poderá obter em comparação com as alternativas disponíveis (VANNUCCI, 2017).

Sob a perspectiva da teoria econômica, uma vez tratados os fatores que favorecem o interesse no cometimento do ato corrupto, seria possível combatê-lo.

A segunda abordagem é a cultural, que toma como fator preponderante as tradições, diferenças culturais, normas sociais e valores que moldam a moral dos indivíduos de uma dada sociedade, considerando suas preferências e o grau de consciência sobre seu papel social e institucional (VANNUCCI, 2017). Esse conjunto de valores e padrões éticos e morais, ou a ausência deles, seriam as principais forças que poderiam levar um agente público ou privado a violar ou respeitar as normas legais e cometer atos corruptos.

Conforme explica Vannucci (2017), esses padrões morais foram denominados de diferentes maneiras na literatura sobre a corrupção: custos morais em teoria econômica, normas culturais em política comparada, padrões profissionais na perspectiva construtivista, constrangimentos informais na teoria neo-institucional.

Enquanto pela ótica da perspectiva econômica, a corrupção é compreendida como um crime de cálculo, no qual o custo moral é um aspecto negativo, porquanto

reflete as preferências éticas e morais do indivíduo em uma escolha eminentemente racional, a perspectiva cultural entende que toda a carga de valores éticos, morais de civilidade e espírito público importam para a decisão do agente e é considerada uma barreira normativa, capaz de identificar e explicar, em alguma medida, as preferências do agente (VANNUCCI, 2017).

Sob esse enfoque, o investimento em educação é visto como peça fundamental para a transformação social. Agentes conscientes de seu papel social, dotados de valores cívicos e realmente capazes de compreender o significado do espírito público seriam menos propensos ao cometimento de atos corruptos e levados, pelo conhecimento, a compreendê-los como nocivos à sociedade, sendo, portanto, completamente indesejáveis.

A terceira abordagem é a neoinstitucional, a qual, para além dos valores morais ou das questões econômicas, analisa a lógica interna das redes corruptas, levando em conta mecanismos de regulação interna para desenvolver estratégias que visam torná-las disfuncionais (VANNUCCI, 2017). O conceito de barreiras normativas, como são os chamados os custos morais, serve para introduzir duas variáveis relacionadas aos códigos de condutas informais de intercâmbio existentes entre agente corrupto e corruptor (VANNUCCI, 2017).

Como os pactos corruptos não podem ser formalmente exigidos, no âmbito da legalidade, as relações se valem de condições ambientais que propiciem viabilidade à sua celebração, que são o sigilo, falta de transparência, escolha calculada e restrita dos participantes e custos significativos de saída (VANNUCCI, 2017).

Conforme explica Vannucci (2017), sem mecanismos de regulação, a troca corrupta estaria fadada ao fracasso. Assim, os estudos demonstram a existência de regras informais e não escritas, mas que regulam efetivamente as relações entre agente e corruptor. Após o desenvolvimento de uma textura organizacional e da adaptação cultural, a corrupção se desenvolve mantendo inclusive estruturas de governança que proporcionam estabilidade interna e mecanismos para as transações ilegais especializadas por áreas da atividade pública, reduzindo as incertezas entre parceiros e tornando-se mais lucrativas e menos moralmente censuráveis (VANNUCCI, 2017).

A herança de corrupção no passado possibilita o aprendizado e o aperfeiçoamento das habilidades, cria escudos organizacionais e desenvolve mecanismos sofisticados contra a ingerência externa por parte das autoridades. Essa evolução neutraliza barreiras morais e influencia nas variáveis econômicas e culturais, gerando um ciclo de perpetuação (VANNUCCI, 2017).

A corrupção sistêmica apoia-se em uma interessante contradição. Ela depende de valores como integridade e confiança para se sustentar, provocando nos sujeitos envolvidos uma postura moral de confiabilidade, pela qual a violação das normas de corrupção produz naqueles que internalizaram suas obrigações um custo psíquico, sentimentos de culpa ou desconforto (VANNUCCI, 2017).

Para fortalecer esses laços compartilhados de normas e valores informais, a corrupção se utiliza dos laços de parentesco, etnia, política (orientação ideológica) e outros que provoquem um sentimento de pertencimento e identificação recíproca entre os sujeitos (VANNUCCI, 2017).

As redes de corrupção, consoante a teoria neoinstitucional, se apoiam além do conjunto de regras informais, em mais dois mecanismos. O Segundo é o código interno de aplicação de sanções diretamente pelos parceiros da relação corrupta, que dependem, em grande parte, de que as relações sejam reiteradas. Em interações reiteradas, a ameaça da cessação da relação e de outras formas de retaliação direta em caso de traição, desencorajam o descumprimento dos pactos corruptos (VANNUCCI, 2017). Como forma de aumentar a eficácia desse mecanismo, as redes corruptas promovem a circulação de informações sobre ações anteriores (VANNUCCI, 2017).

O terceiro mecanismo é a aplicação de sanções por terceiros. Uma empresa, podendo ser de caráter público ou privado e constituir-se ou não em organizações criminosas (tais como partidos políticos, associações privadas, lojas de maçonaria, sindicatos, máfia e outros grupos criminosos), especializada e estranha aos agentes envolvidos, pode vender seus serviços de proteção (VANNUCCI, 2017). Essa proteção pode ocorrer de diversas formas, como influência sobre as autoridades públicas, recompensas ideológicas, violência, informação e recursos econômicos ou o poder de assegurar ou negar acesso a novas oportunidades rentáveis (VANNUCCI, 2017).

A teoria neoinstitucional trata, pois, a corrupção como um fenômeno muito mais complexo, possibilitada por fatores diversos e que acaba por influenciar a própria formação dos valores culturais na sociedade em que se dissemina e enraíza de forma sistêmica. Trata-se de um verdadeiro mecanismo de governança, cujo combate depende de amplo conhecimento de sua estrutura e funcionamento e de instrumentos tanto sofisticados quanto sutis para serem eficazes.

Nesse sentido, com fundamento nas tipologias que estabelece, a teoria neoinstitucional entende que há duas abordagens distintas no combate à corrupção: a) Políticas de cima para baixo, que reforcem o controle do Estado sobre os atos de corrupção (identificação, punição e afastamento dos agentes corruptos e subornadores), com o desbaratamento do sistema viciado; b) Políticas de baixo para cima, que busquem suporte na mobilização de todos os atores e grupos sociais, os quais devem fortalecer seu papel no reconhecimento da relevância dos valores de integridade.

As políticas de baixo para cima, devem, entretanto, não apenas reforçar a criação de mais instâncias de controle e aumento das penas, mas ser implementada de forma muito mais sofisticada, para possibilitar a atuação e aplicação daquelas existentes.

Por seu turno, as políticas de baixo para cima se pautam na premente conscientização, mobilização e exercício de efetiva pressão

social para implementação de medidas eficazes de construção social e ampla disseminação da integridade e honestidade como valores dos quais dependem o sucesso econômico, político e social da sociedade.

2 MECANISMOS DE COMPLIANCE COMO INSTRUMENTO DE COMBATE À CORRUPÇÃO

O enfoque neoinstitucional leva especialmente em consideração que uma política de tolerância zero, a par de se apresentar como heroica, impedirá a discussão aberta do problema, visto que eventuais envolvidos em corrupção jamais irão expor os mecanismos e apresentar provas aptas a subsidiar uma ação punitiva e de efetivo desmantelamento do sistema, porque estarão sujeitos a uma punição severa e que ele não aceita suportar (BOHEM; LABSDORFF, 2009).

Os estudos que levaram à construção dessa abordagem, concluíram que as medidas clássicas, comumente adotadas para o combate à corrupção, tais como o agravamento das penas, a superposição de sanções e a criação de novas instâncias de fiscalização e controle, não se mostraram eficazes tornando mais caros os contratos decorrentes de acordos corruptos e gerando mais custos para o Estado, sem produzir o efeito esperado (BOHEM; LABSDORFF, 2009).

Nesse sentido, o enfoque neoinstitucional sugere estratégias que dificultem o encontro entre potenciais sócios corruptos e previnam, dentro dos ambientes institucionais as condições propícias para que aconteçam os acordos corruptos (BOHEM; LABSDORFF, 2009). Assim, a sugestão é a criação de medidas alternativas que visam monitorar os riscos e criar um ambiente organizacional seguro o suficiente para incentivar a exposição dos problemas, por meio de denúncias. Uma estratégia que visa detectar casos pré-existentes e gerar instabilidade para os negócios futuros (BOHEM; LABSDORFF, 2009).

Conforme destacado por BOHEM e LABSDORFF (2009) e VANNUCCI (2017), o pacto de silêncio nos casos de corrupção enseja o ambiente propício para que ela se propague e se prolongue no tempo. Corresponde ao principal ativo dos acordos de corrupção. Assim, aumentar as chances de denúncia, por meio da redução parcial das sanções, condicionada à possibilidade real de uma intervenção bem sucedida em face do caso denunciado, é uma forma de viabilizar a apuração das condutas corruptas que estão acontecendo de forma mais efetiva e também de gerar um ambiente futuro instável (por não ser mais suficientemente “seguro”) no qual a corrupção tende a não se propagar.

Se num primeiro momento essas medidas podem parecer uma forma de condescendência com um sujeito ou empresa que cometeu um

ato corrupto, por outro a visão neoinstitucional acredita no potencial de combater a corrupção de forma mais efetiva, desbaratando todo um esquema pela concessão de privilégios a alguns agentes denunciante, e principalmente fazendo incidir meios de prevenção, incutindo no corrupto e no corruptor o medo de estar lidando com um possível colaborador/denunciante. Trata-se da disseminação da desconfiança como técnica de dissuasão de futuros possíveis aliados em atos corruptos.

Nesse contexto, o Programa de Integridade ou Compliance é um mecanismo sistematizado de fomento à cultura anticorrupção, com possibilidade de formar e sensibilizar a alta administração e os empregados, pautada na identificação e monitoramento de riscos, o qual deverá direcionar a elaboração de um planejamento estratégico para a atuação efetiva no combate à corrupção, dotado, no mínimo, dos seguintes instrumentos: a) criação e disseminação de um código de conduta ética e de aberto combate às condutas ilícitas; b) mobilização e capacitação permanente da alta administração e dos funcionários que compõem a instituição, mediante construção de um debate aberto em torno dos dilemas morais, os códigos de conduta, os riscos individuais e coletivos que geram a corrupção, além dos custos sociais, políticos e econômicos de um sistema social corrupto; c) a ampliação e o fortalecimento do canal de denúncias, capaz de resguardar o sigilo do denunciante e oferecer-lhe proteção; d) a adoção de mecanismos eficientes de apuração e responsabilização de eventuais desvios identificados (BRASIL, 2015).

Deve-se enfatizar que o canal de denúncias precisa ser suficientemente seguro, resguardando de forma efetiva o sigilo do denunciante e oferecendo-lhe proteção, assim como deve ser efetivo o sistema de responsabilização, destinado a apurar e punir os agentes corruptos. Sem essas garantias, as pessoas não se arriscarão, colocando em xeque empregos e relações sociais, em troca de um sistema que não lhes oferece garantias e não funciona efetivamente (BOHEM; LAMBSDORFF, 2009).

Instrumentos pensados pela abordagem neoinstitucional foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n.º 12.846/2013, regulamentada pelo Decreto n.º 8.420/2015, que instituiu um sistema anticorrupção, por meio da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, legislação essa também visivelmente inspirada no Foreign Corrupt Practices Act, norte americano, de 1977.

Os mecanismos sancionadores não mais se limitam às pessoas físicas, mas busca também alcançar as pessoas jurídicas, via de regra utilizadas como escudos para a celebração de contratos de corrupção. Nesse sentido, a Lei Anticorrupção introduziu a ideia de sanções monetárias e uma

espécie de “lista negra”, na medida em que determina ampla divulgação das sanções aplicadas às empresas corruptas (BRASIL, 2013).

A legislação buscou, entretanto, contrabalancear o sistema sancionatório por mecanismos que possam incentivar as denúncias e o saneamento da corrupção. Com esse objetivo, estabeleceu-se a possibilidade de celebração do acordo de leniência com pessoas jurídicas que colaborem para esclarecer o esquema corrupto e contribuam efetivamente para a total apuração do ilícito e ressarcimento ao Erário. Foram incorporadas, ainda, regras de proporcionalidade entre as sanções, reconhecendo a adoção de Programas de Integridade, mais comumente conhecido como Programas de Compliance, como fator de contribuição no combate à corrupção.

A consideração do Programa de Integridade para aplicação da pena tem por fim oportunizar à empresa comprovar que adota uma conduta ordinária proba, que prima pelos valores de honestidade, de modo que o ato corrupto que lhe é atribuído se caracteriza em episódio isolado e eventual, um desvio de conduta de um de seus agentes pelo qual irá responder, mas com o qual não compactua e, ao contrário, atua para prevenir e sancionar, obtendo, por isso, o reconhecimento estatal por meio de uma recompensa.

O decreto regulamentador foi incumbindo de detalhar os critérios de instauração do procedimento de responsabilização administrativa, os critérios de cálculo das multas e demais sanções e encaminhamentos judiciais, dos requisitos e competência para apresentação e análise do acordo de leniência e o detalhamento do Programa de Integridade, além das diretivas sobre o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e do Cadastro Nacional de Empresas Punidas (BRASIL, 2013).

Uma vez, portanto, demonstrado o empenho efetivo e atuação constante voltada para o combate à corrupção, por meio da aferição dos critérios de existência e aplicação, estabelecidos no Art. 42 do mencionado Decreto n.º 8420/2015, conclui-se pela relevância de considerar o Programa de Integridade na dosimetria das sanções, implicando em redução das multas, como incentivo à disseminação e fortalecimento dessas medidas.

Avançando ainda mais sobre a relevância do Programa de Integridade para a construção de um sistema integrado de combate à corrupção, o Decreto n.º 9.203/2017, criou a política de governança no âmbito de toda a Administração Pública Federal e erigiu a integridade em princípio da governança pública, ao lado da capacidade de resposta, confiabilidade, melhoria regulatória, prestação de contas e responsabilidade e transparência (BRASIL, 2017).

O Decreto n.º 9.203/2017 determinou à alta administração pública federal, sob coordenação da Controladoria-Geral da União, a implementação de Programas de Integridade em todos os órgãos e entidades, com o

objetivo de promover a adoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção, estruturados em quatro eixos pré-estabelecidos, que se voltam ao comprometimento da alta administração, unidade específica de implementação do Programa de Integridade, avaliação e gestão dos riscos ao programa e monitoramento contínuo de seus atributos (BRASIL, 2017).

Relevante destacar que o Decreto n.º 9.203/2017 acatou, ainda, as premissas há algum tempo orientadas pelo Tribunal de Contas da União, que, em 2014, editou um guia contendo o que denominou de “10 Passos Para a Boa Governança”.

Desse modo, a gestão de riscos, o planejamento adequado, o aprimoramento do controle interno, a ampliação dos mecanismos de transparência e acesso à informação, a modernização da gestão pública, a delimitação das competências e responsabilidades, a qualificação das decisões por meio da capacitação permanente e profissionalização das lideranças e da adoção de processos decisórios orientados pelas evidências e pela conformidade legal, o monitoramento e avaliação dos resultados, a integração dos serviços públicos e a articulação entre as instituições voltadas à elaboração de ações estratégicas, tornaram-se as diretrizes formais para a governança pública.

A construção da integridade se inicia como um valor corporativo, mas tem o objetivo maior de se transformar em um valor social, uma cultura com o potencial de se espalhar para além das corporações públicas e privadas e das relações estritas entre Estado e sociedade e prosseguir para todas as espécies de relações intersociais.

3 POSSIBILIDADES DE CONTRIBUIÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA NA CONSTRUÇÃO DOS VALORES DE PROBIDADE E CONTRA A CORRUPÇÃO

A Advocacia-Geral da União foi incumbida pela Constituição Federal de 1988 da representação judicial e extrajudicial da União, assim como da realização das atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo Federal. Foi também instituída pela CF/88, a Advocacia Pública Estadual, incumbida da representação judicial e consultoria jurídica das respectivas unidades da federação.

É, pois, missão institucional da Advocacia Pública promover a consultoria e o assessoramento jurídico da gestão pública, tendo como objetivo a adequação das atividades administrativas, políticas e serviços públicos ao ordenamento jurídico, garantindo isonomia, impessoalidade, legalidade, eficiência e probidade dos atos da Administração Pública.

Como dito, a partir do Decreto n.º 9.203/2017 também as organizações públicas deverão instituir seus respectivos Programas de Integridade realizando o estudo dos riscos a que estão expostas e adotando medidas que visem afastá-los, desenvolvendo, a partir de uma análise crítica, mecanismos para a disseminação da cultura da integridade na organização e capacitação permanente das equipes para assimilação dessa cultura, voltada ao integral respeito dos parâmetros éticos e atos normativos que regulamentam a atuação de cada uma delas.

É de se dizer que a Advocacia Pública, no exercício do assessoramento jurídico e também por meio da atuação consultiva, muito tem a contribuir no auxílio do levantamento dos riscos, no apontamento das normas aplicáveis à atuação das organizações e na elaboração dos códigos de conduta. Trata-se de contribuição fundamental à compreensão pelos gestores do panorama atual das rotinas e na definição do patamar que se deseja alcançar.

Cumprido ressaltar que dentre as atribuições da Advocacia Pública se inserem o controle prévio de legalidade dos atos da Administração Pública, que envolve desde a elaboração das leis e normas infralegais do país, até a análise jurídica de praticamente todos os procedimentos da Administração, tais como publicação de editais de licitação, de concurso público, processos seletivos para ingresso de discentes em universidades públicas, análise da regularidade processual na arrecadação tributária, no exercício do poder de polícia, na aplicação de sanções das mais diversas, dentre outros.

A atuação abrange, ainda, a interpretação oficial da legislação pátria, contemplando os mais diversos temas por ela abrangidos, que varia tanto quanto são as finalidades precípua de cada órgão ou entidade assessorada.

Nada obstante, essa atuação precisa ser sempre e sempre ressignificada diante dos novos desafios que se apresentam, com o fim de se alcançar níveis performáticos cada vez mais elevados. É, portanto, necessário a construção de um novo olhar, voltado ao esforço de se realizar um alinhamento perfeito entre a atuação das organizações públicas e toda a legislação que delimita e norteia as atividades dos diversos setores que as compõe. O trabalho estanque, incomunicável e distante das instituições não mais atende à necessidade premente de respostas da população.

Nesse sentido, deve-se buscar a harmonização e parceria contínua com os órgãos assessorados, sendo imprescindível a construção de um espaço de confiança suficientemente seguro entre a Advocacia Pública e os gestores das organizações, no qual seja possível a exposição de todos os eventuais erros de atuação, visando tornar factível o auxílio na construção de uma gestão pública em novas bases.

A Advocacia Pública precisa reconhecer seu papel privilegiado de saber do Direito e de proximidade das organizações que assessoram e

representa para se qualificar cada vez mais nos negócios desenvolvidos pelos entes estatais e agregar maior valor ao trabalho que oferta, incluindo na carta de serviços prestados aos entes assessorados e à sociedade a atuação como Compliance Officer.

A partir dessa sintonia fina estabelecida, a meta a ser buscada é uma atuação de alta performance, de participação efetiva no auxílio da identificação dos problemas, no levantamento das zonas de riscos, na capacitação das equipes, e, assim, propor soluções jurídicas viáveis para sanear erros e conferir segurança à atuação dos gestores, influenciando para a retomada da Administração nos trilhos dos valores de probidade e de honestidade e na consequente implementação das políticas e na oferta de serviços públicos de qualidade, pelos quais tanto anseia a sociedade.

4 CONCLUSÃO

A luta contra a corrupção, como um fator de degeneração e injustiça, não pode ser uma política de edição única, nem delegada exclusivamente a especialistas, mas sim ligada a um repensar da política e da participação. O conhecimento e consciência dos cidadãos, que pode ser alcançado também por meio dos Programas de Integridade, é um relevante ativo social.

Essa batalha de prevenção, identificação e punição dos atos corruptos é complexa e foi reformulada pela abordagem neoinstitucional, que estimulou o desenvolvimento de mecanismos de responsabilização horizontal, orientados não só para a punição e execução, mas também para sensibilizar o público, que, ao fim, é composto por absolutamente todos os cidadãos. Quando todo mundo em uma sociedade começa a imaginar que a corrupção é uma atuação marginal, arriscada, socialmente desaprovada, não há incentivos para dar o primeiro passo ao longo do comprido (e perigoso) caminho da corrupção (VANNUCI, 2017).

É nessa trilha que os programas de Compliance possuem um potencial extra-muros muito mais amplo de conscientização e inibição de condutas corruptas. É imprescindível instituir e reforçar a política da transparência, do conhecimento sobre as normas que regulam os temas, influenciar a rejeição de determinadas condutas que, por ínfimas que pareçam, provocam consequências nefastas e substanciais às organizações, à sociedade e ao próprio indivíduo.

Cada uma das organizações precisa buscar o aprimoramento de sua atuação nessa frente de batalha e agregar valor aos serviços que oferta. A Advocacia Pública possui dentre suas missões institucionais exatamente o controle prévio de legalidade e o assessoramento dos gestores na adequação de sua atuação à constitucionalidade e à legalidade.

É necessário, entretanto, a preparação do quadro de advogados públicos para a ressignificação no desempenho desse mister, que insere-se

em um contexto multidisciplinar e exige uma performance qualificada, ao demandar a conjugação ainda maior entre o conhecimento jurídico e o conhecimento técnico das políticas e serviços públicos prestados pelas diversas organizações públicas

É, ainda, imprescindível a sensibilização dos profissionais da Advocacia Pública e a construção interinstitucional de um espaço de confiança com os gestores, que lhes permita a exposição aberta e franca dos problemas internos, possibilitando um auxílio pleno e efetivo para elaboração dos Programas de Integridade e a construção de soluções viáveis que confirmem segurança jurídica na adequação e operacionalização de suas atividades.

REFERÊNCIAS

BOEHM, Fréderico; LABSDORFF, Johann Graf. Corrupción y anticorrupción: una perspectiva neo-institucional. *Revista de Economía Institucional*, v. II, n. 21, Segundo Semestre/2009. p. 45-72. Disponível em: <<http://www.economiainstitutional.com/pdf/No21/fboehm21.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2018.

BRASIL. *Lei 12.843, de 01 de ago. de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 26 set. 2018.

BRASIL. *Decreto n.º 8.420, de 18 de março de 2015*. Regulamenta a Lei no 12.846, de 1o de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Brasília, DF, mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 26 set. 2018.

BRASIL. *Decreto n.º 9.203, de nov. de 2017*. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, DF, mar 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9203.htm> Acesso em: 26/09/2018

VANNUCCI, Alberto. Challenges in the study of corruption: approaches and policy implications / Desafios no estudo da corrupção: abordagens e implicações políticas. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 13, n. 1, p. 251-281, mar. 2017. ISSN 2238-0604. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1809>>. Acesso em: 26 ago. 2018. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v13n1p251-281>.