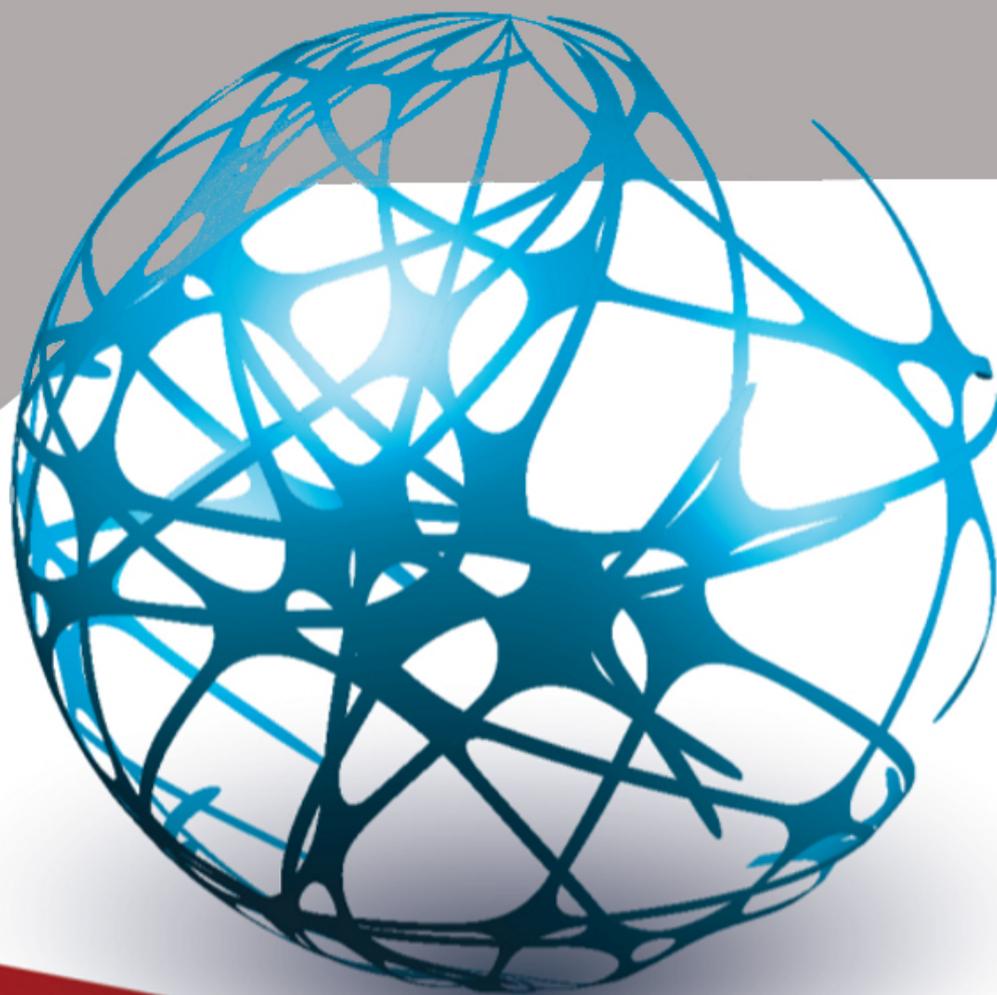


# RESPONSABILIDADE DO ESTADO I



IX  
SIMPÓSIO  
INTERNACIONAL  
DE ANÁLISE  
CRÍTICA DO  
DIREITO  
SIACRID



ORGS.

ELIDIA APARECIDA DE ANDRADE CORREA

SORAYA SAAD LOPES

MARCO ANTONIO TURATTI JUNIOR

LARA CAXICO MARTINS MIRANDA

©2019 - Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP

**Anais do IX Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito**

Elidia Aparecida de Andrade Correa, Soraya Saad Lopes, Marco Antonio Turatti Junior & Lara Caxico Martins Miranda  
(Orgs.)

Valter Foletto Santin  
(Editor)

Vladimir Brega Filho  
Coordenador Geral do Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

**Comissão Científica do IX SIACRID**

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)  
Prof. Dr. Ángel Cobacho López (Universidade de Murcia - Espanha)  
Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior (Univem)  
Prof. Dr. Gustavo Preusler (UFGD)  
Prof. Dr. Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia (UFOP)  
Prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira (UNICESUMAR)  
Profa. Dra. Maria Aparecida Alkimin (UNISAL)  
Prof. Dr. Sergio do Amaral Tibiriça (Toledo Prudente Centro Universitário)  
Prof. Dr. Zulmar Fachin (IDCC)  
Prof. Dr. Rubens Beçak (USP – Ribeirão)  
Prof. Dra. Cláudia Mansani Queda de Toledo (ITE-Bauru)

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

---

Responsabilidade do Estado I / Elidia A de Andrade Correa, Soraya S Lopes, Marco A Turatti Junior & Lara C Martins Miranda, organizadores. - 1. ed. - Jacarezinho, PR: UENP, 2019. (Anais do IX Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-85-62288-86-9

1. Responsabilidade do Estado I / Elidia A de Andrade Correa, Soraya S Lopes, Marco A Turatti Junior & Lara C Martins Miranda  
CDU-342

**Índice para catálogo sistemático**

1. Ciências Sociais. Direito. Responsabilidade do Estado I.  
342

As ideias veiculadas e opiniões emitidas nos capítulos, bem como a revisão dos mesmos, são de inteira responsabilidade de seus autores. É permitida a reprodução dos artigos desde que seja citada a fonte.

**FUNDAÇÃO  
ARAUCÁRIA**

Apoio ao Desenvolvimento Científico  
e Tecnológico do Paraná

# SUMÁRIO

<b>A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANO AMBIENTAL.....</b>	<b>4</b>
Marcos Vinícius de Jesus MIOTTO Renato Alexandre da Silva FREITAS	
<b>ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E O TRABALHO DECENTE: DESAFIOS PARA INCLUSÕES DAS ECONOMIAS INFORMAL E SOLIDÁRIA.....</b>	<b>18</b>
Lara Caxico Martins MIRANDA Valter Foletto SANTIN	
<b>PODER DECISÓRIO NA POLÍTICA PÚBLICA DA SAÚDE E SEU EFEITO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO.....</b>	<b>40</b>
Lorena Roberta Barbosa CASTRO Dirceu Pereira SIQUEIRA	
<b>POLÍTICA DE AÇÕES AFIRMATIVAS NA UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ: A ATUAÇÃO ESTATAL COMO LEGITIMADORA DO RACISMO INSTITUCIONAL.....</b>	<b>53</b>
Sandy dos Reis SILVA Yasmim Maria Alves DOVICH Brunna Rabelo SANTIAGO	
<b>RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELOS DANOS CAUSADOS AOS FILHOS DE PESSOAS ATINGIDAS PELA HANSENÍASE ATRAVÉS DA POLÍTICA DE ISOLAMENTO COMPULSÓRIO.....</b>	<b>73</b>
Ellen Carina Mattias SARTORI Jhessica Bueno Da Silva CANTALUPPI	
<b>TERRORISMO, PERFIL DOS RECRUTADOS E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....</b>	<b>95</b>
Carolina Simioni PERDOMO Fernanda de Matos Lima MADRID	
<b>VIDAS EM MOBILIDADE: ENSAIO ACERCA DO PRINCÍPIO DO NON- REFOULEMENT E A LEI DE MIGRAÇÃO.....</b>	<b>114</b>
Fernando Cesar Mendes BARBOSA	

# A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANO AMBIENTAL

Marcos Vinícius de Jesus MIOTTO  
Renato Alexandre da Silva FREITAS<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente estudo enfoca a responsabilidade do Estado na prevenção e remediação de danos ambientais, considerando ser o meio ambiente um direito fundamental e essencial à dignidade da pessoa humana. É certo que um dos grandes desafios a ser enfrentado pela sociedade moderna é a busca pela reparação dos danos ambientais causados e frequentemente divulgados nas mídias nacional e internacional. O Poder Público, nesse sentido, deve exercer importante papel, tanto na adoção de medidas que impeçam a ocorrência de danos ambientais, como no exercício do Poder de Polícia, consubstanciando uma atuação pautada na fiscalização das atividades nocivas ao ambiente ecologicamente equilibrado. Dessa forma, o objetivo deste artigo é demonstrar a gênese, natureza e extensão da responsabilidade civil do Estado, por ação ou omissão, quando da ocorrência de danos ambientais provocados por seus agentes ou concessionárias de serviço público.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado; Dano ambiental; Responsabilidade Civil.

## ABSTRACT

The present study focuses on the responsibility of the State in the prevention and remediation of environmental damages, considering that the environment is a fundamental and essential right to the dignity of the human person. It is true that one of the great challenges to be faced by modern society is the search for reparation for the environmental damage caused and frequently disseminated in the national and international media. In this sense, the Public Power must play an important role, both in the adoption of measures that prevent the occurrence of environmental damages, and in the exercise of Police Power, consubstantiating an action based on the inspection of activities harmful to the environmentally balanced environment. Thus, the purpose of this article is to demonstrate the genesis, nature and extent of the civil liability of the State, by action or omission, when environmental damages caused by its agents or public service concessionaires.

**KEYWORDS:** State; Environmental damage; Civil responsibility.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva elucidar a responsabilidade civil do Poder Público nos casos de

---

1 Advogado. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP/Jacarezinho/PR. Mestre em Direito na área de concentração de Tutela Jurisdicional no Estado Democrático de Direito, pela Unioledo de Araçatuba/SP com dissertação aprovada com distinção pelos membros da Banca Examinadora. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Toledo, com especialização lato sensu em Direito Processual, Direito Tributário e Docência no Ensino Superior. Atualmente é Coordenador da Graduação e Pós Graduação em Direito do Centro Universitário UNITOLEDO em Araçatuba. Professor de Direito Tributário e Direito Empresarial no Curso de Graduação em Direito. Professor de Legislação Tributária no Curso de Administração. Mediador com certificação expedida pela Escola Paulista da Magistratura. Tem experiência na área do Direito Público, com ênfase em Direito Administrativo e Direito Tributário. Membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI e da Comissão Científica do ENPEX - Encontro de Ensino, Pesquisa e Extensão. Coordenador do Fórum Jurídico do Unioledo. Em parceria com outros escritores, contribuiu para as obras Vinte anos Constituição Federal, 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, Novo Código de Processo Civil: análises e reflexos nos demais ramos do Direito (organizador), "O Brasil e o direito internacional: temas contemporâneos" e Ensaios sobre Políticas Públicas (organizador).

dano ambiental provocados, direta ou indiretamente, por meio de ação ou omissão do Estado.

Em nosso ordenamento jurídico, a Constituição Federal reconheceu a necessidade da preservação ambiental sob a ótica de se tratar de um direito fundamental da pessoa humana. Dessa forma, quando da caracterização de um dano ambiental, o alicerce da responsabilidade civil é a reparação do prejuízo causado em razão da conduta, dolosa ou culposa, de uma pessoa, seja ela física ou jurídica (STEIGLEDER, 2004, p. 179).

Atualmente, é inconteste, frente à intensa divulgação nas mídias, nacional e internacional, de problemas e danos causados ao meio ambiente pelo ser humano.

O tema em testilha, portanto, possui discussão atual e extrema importância para os debates acadêmicos, tendo em vista a relevância e necessidade da análise dos aspectos ambientais, ante a essencialidade de uma atuação conjunta da coletividade e do Estado pautada na busca pelo desenvolvimento de um meio ambiente sadio e que promova uma melhor qualidade de vida.

Em diversas dessas situações, o Estado concorre ou contribui para a ocorrência do resultado, seja por meio de uma conduta comissiva ou por omissão na fiscalização de atividades nocivas ao ambiente.

É frequente a omissão do Poder Público na fiscalização das atividades que regulamenta, podemos citar por exemplo o caso do desabamento do metrô em São Paulo, a deficiência de tratamento de esgoto e resíduos industriais no Brasil, a ruptura de barragem de rejeitos em Cataguases, a obra de rebaixamento da calha do Rio Tietê e respectiva deposição dos resíduos tóxicos dentro da Represa de Guarapiranga, os problemas de extração de urânio em Poços de Caldas (FRANCO, 2017, p. 108-109).

A Constituição Federal é categórica ao estabelecer que todos os seres humanos “(...) têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988).

Denota-se, com isso, que a responsabilidade civil por danos provocados ao meio ambiente possui previsão constitucional, sendo de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a proteção do meio ambiente e o combate à poluição, dentre outros, nos termos do artigo 23, inciso VI, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Não obstante, tamanha a necessidade de uma atuação conjunta da sociedade e do Poder Público, o constituinte atribuiu competência concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal para legislar acerca de temas como florestas, caça, fauna, pesca, defesa do solo, conservação da natureza, controle da poluição, defesa dos recursos naturais e proteção do meio ambiente, bem como do patrimônio histórico, artístico, cultural, paisagístico e turístico, nos termos do artigo 24, incisos VI e VII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Este trabalho objetiva, dessa forma, explicar e elucidar especificamente acerca da

responsabilidade civil do Estado nos casos de danos provocados ao meio ambiente, direta ou indiretamente, por meio de seus próprios agentes ou por meio de concessionárias do serviço público, enfatizando no fundamento, na natureza e na extensão de referida obrigação reparatória.

Com isso, faz-se necessária uma breve análise acerca dos princípios incidentes na esfera ambiental e do instituto geral da responsabilidade civil, a fim de proceder ao encaminhamento e conclusão do presente estudo.

Inicialmente, a abordagem será direcionada aos princípios e noções gerais atrelados ao Direito Ambiental e aos danos provocados ao meio ambiente. Posteriormente, o enfoque será dirigido às teorias da responsabilidade civil, enfatizando nas teorias da responsabilidade diante da existência de uma conduta comissiva e omissiva.

Para tanto, foi empregada como metodologia a pesquisa bibliográfica, descritiva e exploratória, com a análise da doutrina existente acerca do tema, principalmente voltadas ao ramo do Direito Ambiental e Direito Civil, bem como a pesquisa documental, com vistas à verificação da legislação nacional vigente, e jurisprudencial, objetivando analisar os entendimentos proferidos pertinentes ao tema em comento.

## **2. PRINCÍPIOS E NOÇÕES GERAIS ACERCA DO DIREITO AMBIENTAL E DOS DANOS AMBIENTAIS**

Inicialmente, mister salientar que qualquer ramo da ciência “encontra seu alicerce em proposições básicas, fundamentais e típicas, denominadas princípios. Os princípios, entendidos como verdades fundamentais para o desenvolvimento de qualquer sistema de conhecimento, conferem-lhe validade” (MONTENEGRO FILHO, 2018, p. 18-19).

Diante do acima exposto, podemos conceituar os princípios como sendo os “preceitos fundamentais que dão forma e caráter aos sistemas processuais”, fixados por meio de uma operação de síntese crítica da ciência (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 56).

Em relação ao Direito Ambiental e às normas de proteção à degradação ambiental, os princípios podem estar expressos nas próprias normas ou podem decorrer do entendimento sobre a preservação do meio ambiente.

Há, com isso, uma grande incidência principiológica em referido ramo do Direito Público, mas, dentre os principais, podemos citar os princípios do desenvolvimento sustentável, prevenção, precaução, responsabilidade e poluidor-pagador, melhor explicitados a seguir.

A origem do termo “desenvolvimento sustentável” remonta à Conferência Mundial de Meio Ambiente, ocorrido em Estocolmo, no ano de 1972, e que foi “repetida nas demais conferências sobre o meio ambiente, em especial na ECO-92, a qual empregou o termo em onze de

seus vinte e sete princípios” (FIORILLO, 2018, p. 72).

Em sua essência, o princípio do desenvolvimento sustentável objetiva o equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a proteção do meio ambiente, a fim de se alcançar melhor qualidade de vida e a conscientização sobre os usos dos recursos naturais não renováveis (GIACOMELLI; ELTZ, 2018, p. 42).

“Sustentabilidade, em outras palavras, tem por finalidade buscar compatibilizar o atendimento das necessidades sociais e econômicas do ser humano com a necessidade de preservação do ambiente” (SIRVINKAS, 2016, p. 146).

Por seu turno, o princípio da prevenção é um dos grandes sustentáculos do Direito Ambiental, notadamente por, na maioria das vezes, os danos ambientais serem irreversíveis. Existem casos, como, por exemplo, os efeitos da catástrofe de Chernobyl e o desmatamento em larga escala, que não poder ser restabelecidos no *status quo ante* (FIORILLO, 2018, p. 92).

Nas precisas lições de Antunes (2017, p. 29), a prevenção é aplicável nos casos de impactos ambientais já conhecidos e que, por esta razão, é possível a identificação de futuras degradações ambientais analisando o conjunto de causalidades que ensejou a primeira.

Com base no princípio da prevenção, o licenciamento ambiental e, até mesmo, os estudos de impacto ambiental podem ser realizados e são solicitados pelas autoridades públicas. Pois tanto o licenciamento quanto os estudos prévios de impacto ambiental são realizados com base em conhecimentos acumulados sobre o meio ambiente. O licenciamento ambiental, na qualidade de principal instrumento apto a prevenir danos ambientais, age de forma a evitar e, especialmente, minimizar e mitigar os danos que uma determinada atividade causaria ao meio ambiente, caso não fosse submetida ao licenciamento ambiental (ANTUNES, 2017, p. 29).

Pode-se concluir que em sua essência, portanto, o princípio da prevenção não possui como objetivo precípuo eliminar os danos ambientais causados, mas evitar a ocorrência de futuros impactos tendo como referência o nexo de causalidade que ensejou uma degradação ambiental pretérita.

Com efeito, o Poder Público e a coletividade têm o dever de adotar medidas necessárias visando impedir a ocorrência de degradação ao meio ambiente ou, ao menos, fazer com que o impacto seja o menor possível (SOUZA, p. 72, 2013).

Paralelamente ao princípio da prevenção, o princípio da precaução é aplicável às situações em que se está diante de um perigo abstrato, cujas evidências da circunstância fática indiquem a potencialidade de uma atividade perigosa. Com isso, busca-se a efetividade de medidas de proteção ambiental em razão da existência de um evento danoso (TRENNEPOHL, 2018).

A precaução, nesse sentido, possui incidência nos casos em que não há conhecimento científico suficiente para averiguar a extensão lesiva da degradação ao meio ambiente em razão da realização de uma atividade (SOUZA, p. 72, 2013).

Em síntese, a prevenção visa a adoção de medidas para evitar ações danosas ao ambiente e que possam previsíveis pelo ser humano, ao passo que a precaução tem por escopo eludir ações não previsíveis capazes de gerar consequências ambientais (GIACOMELLI; ELTZ, 2018, p. 42).

No que concerne ao princípio da responsabilidade, importante registrar que o próprio artigo 225, § 3º, da Constituição Federal prevê que o causador da degradação ambiental ou de atividades consideradas lesivas ao meio ambiente deve sofrer a devida sanção, penal e administrativa, sem prejuízo da obrigação de reparar todos os danos causados (BRASIL, 1988).

O mandamento constitucional é preciso no sentido de atribuir a responsabilidade penal, civil e administrativa ao causador do dano, mas não trouxe a previsão da natureza da responsabilidade, deixando à mercê da lei ordinária o fazer. O próximo tópico abordará, de forma sucinta, as principais ideias acerca da natureza objetiva ou subjetiva da responsabilidade ambiental diante de uma conduta comissiva ou omissiva do Poder Público, mas registra-se, nesta oportunidade, que a Lei n.º 6.938/1981, em regra, traz a previsão da responsabilidade objetiva.

Por fim, o princípio do poluidor-pagador assenta a ideia de que os responsáveis pela degradação do meio ambiente devem arcar com os custos de sua integral reparação. Mencionado princípio possui previsão expressa nos artigos 4º, inciso VII, e 14, §1º, da Lei n.º 6.938/1981, *in verbis*:

Art. 4º. A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

(...)

VII – à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

(...).

Art. 14. Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

(...)

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente (BRASIL, 1981).

Toda pessoa, física ou jurídica, deve pagar pelos custos das medidas essenciais para a eliminação ou redução da poluição causada pela atividade praticada (GUERRA; GUERRA, 2014).

O artigo 3º, inciso IV, da Lei n.º 6.938/1981 define a figura do poluidor como “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental” (BRASIL, 1981).

De acordo com o disposto alhures, é de se notar que o princípio do poluidor pagador enseja a aplicação de vários aspectos do regime jurídico da responsabilidade civil por dano ambiental,

quais sejam: a responsabilidade civil objetiva, a prioridade de reparação do dano e a solidariedade passiva para a reparação do prejuízo causado, o que será objeto de abordagem no próximo tópico.

### **3. FUNDAMENTO, NATUREZA E EXTENSÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANO AMBIENTAL**

Preliminarmente, cumpre ressaltar que o direito ao meio ambiente se trata de garantia constitucional fundamental a todas as pessoas, devendo o Poder Público e a coletividade pautarem sua atuação para a efetivação e concretização de um ambiente ecologicamente equilibrado. A defesa e preservação ambiental, desta forma, gozam de proteção constitucional, cuja previsão está inserida no artigo 225, *caput*, de referido diploma normativo.

Para tanto, o constituinte originário impôs uma série de medidas a ser adotadas a fim de alcançar referido direito, de modo que, nos termos do § 1º, do artigo supramencionado, incumbe ao Poder Público:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade (BRASIL, 1988).

Não obstante, dentre outros direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal possui como fundamento da República a dignidade da pessoa humana, conforme se extrai do seu artigo 1º, inciso III (BRASIL, 1988).

É patente, portanto, que a responsabilidade civil do Estado por dano ambiental encontra respaldo no próprio texto constitucional, o qual assegura a todos, indistintamente, o bem social e a dignidade da pessoa humana, que inexistem sem a garantia do meio ambiente adequado e ecologicamente equilibrado.

No mesmo sentido, o artigo 24, inciso VIII, da Constituição Federal apregoa ser de

competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal legislar sobre a responsabilidade por dano ao meio ambiente (BRASIL, 1988).

Outrossim, o artigo 225, §3º, da Constituição Federal ainda dispõe que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” (BRASIL, 1988).

Para fins de atribuir a reponsabilidade civil pelo dano ambiental, é necessário verificar o causador da degradação, ou seja, quem pode ser considerado como poluidor no caso concreto.

A própria Lei n.º 6.938/1981, em seu artigo 3º, inciso IV, conceitua a figura do poluidor como “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental” (BRASIL, 1981).

Portanto, nos termos da legislação vigente, toda pessoa, seja ela física ou jurídica, pública ou privada, responde na esfera cível pelos danos causados ao meio ambiente, sem prejuízo da responsabilização penal e administrativa em que sua conduta eventualmente incorrer.

Acerca da natureza da responsabilidade civil do Estado, é necessário ressaltar que o evento danoso pode decorrer de uma atividade provocada diretamente pelo Estado ou suas concessionárias ou pela omissão do Poder Público ante a falta de fiscalização decorrente do exercício do poder de polícia. Com efeito, a primeira hipótese resta caracterizada com uma conduta comissiva, ao passo que a segunda resta caracterizada quando da ausência de atividade fiscalizatória.

Com relação à conduta comissiva do Estado ou das concessionárias do serviço público, a Lei n.º 6.938, de 31 de Agosto de 1981, que “dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação”, estabelece, no artigo 14º, § 1º, que o poluidor é “(...) obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade” (BRASIL, 1981).

Portanto, nos casos em que a conduta do ente estatal envolve a prática de uma ação, a previsão da responsabilidade civil é objetiva, ou seja, independente de comprovação da culpa por parte do Estado, devendo, para tanto, apenas ser demonstrada a conduta estatal, o nexo de causalidade e o dano ambiental provocado por seus agentes ou representantes.

Isso se deve ao fato de que existe “(...) grande dificuldade em provar a culpa do causador do dano ambiental pela teoria subjetiva. Tendo em vista a importância do bem tutelado no direito ambiental, a doutrina, e, posteriormente, a legislação, passaram a adotar a teoria objetiva” (SIRVINSKAS, 2018, p. 273).

Ademais, o Código Civil define que as pessoas jurídicas de Direito Público “são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros (...)”. A

previsão estampada em nosso diploma civil é a da responsabilidade civil do Estado por risco integral (BRASIL, 2002).

Discorrendo acerca da teoria do risco integral adotada, Luís Paulo Sirvinskias leciona que “todo aquele que causar dano ao meio ambiente ou a terceiro será obrigado a ressarcir-lo mesmo que a conduta culposa ou dolosa tenha sido praticada por terceiro” (SIRVINSKAS, 2018, p. 273).

Por sua vez, Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 288) ainda assevera que a teoria do risco integral é a “modalidade extremada da doutrina do risco para justificar o dever de indenizar mesmo nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior”.

Não obstante, o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a teoria do risco administrativo ao estabelecer que “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (BRASIL, 1988).

Como foi destacado, a responsabilidade chamada civil pelos danos causados ao meio ambiente é do tipo objetiva, em decorrência e o art. 225, §3º, da Constituição Federal preceitua “... obrigação de reparar os danos causados” ao meio ambiente, sem exigir qualquer elemento subjetivo para a configuração da responsabilidade civil. Como já salientado, o art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81 foi recepcionado pela Constituição, ao prever a responsabilidade objetiva pelos danos causados ao meio ambiente e também a terceiros (FIORILLO, 2018, p. 114).

A teoria do risco administrativo se fundamenta no pressuposto de que a atividade desenvolvida pelo poder público é exercida em favor de toda a coletividade, de modo que suas consequências também devem ser suportadas pela coletividade, representada pelo Estado (FILHO, 2014).

Em apertada síntese, a teoria do risco administrativo importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa. Esta teoria, como se vê, surge como expressão concreta do princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos. É a forma democrática de repartir os ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública. Toda lesão sofrida pelo particular deve ser ressarcida, independentemente de culpa do agente público que a causou. O que se tem que verificar é, apenas, a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado (FILHO, 2014, p. 287).

Pelo próprio fundamento do risco administrativo, de modo diverso ao que ocorre com a teoria do risco integral, é de se concluir que se admite que o Poder Público afaste sua responsabilidade nos casos de rompimento do nexo de causalidade, como, por exemplo, em situações provocadas por culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, bem como casos fortuitos ou de força maior.

Por sua vez, no que concerne à responsabilização do Estado em razão da omissão no exercício de seu poder de polícia e fiscalização das atividades que impliquem risco ao meio

ambiente, é patente a sua obrigação de adotar e investir em atividades eficientes que reduzam ou erradiquem atividades nocivas ao meio ambiente.

A jurisprudência nacional caminha no sentido de que o Estado deve sofrer responsabilização por ausência de atividade fiscalizatória:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – MEIO AMBIENTE – TERRENO DE MARINHA E ÁREA DE PROTEÇÃO PERMANENTE – VEGETAÇÃO DA RESTINGA – OMISSÃO FISCALIZATÓRIA DA UNIÃO – LOCALIZAÇÃO NO POLO PASSIVO DA DEMANDA – SÚMULA 7/STJ – PERMISSIVO C – SÚMULA 83/STJ. 1. Reconhecida, nas instâncias ordinárias, a omissão da pessoa jurídica de direito público na fiscalização de atos lesivos ao meio-ambiente é de ser admitida sua colocação no polo passivo da lide civil pública movida pelo Ministério Público Federal. Litisconsórcio passivo entre a União e o Município por leniência no dever de adotar medidas administrativas contra a edificação irregular de prédios em área *non aedificandi*, caracterizada por ser terreno de marinha e de proteção permanente, com vegetação de restinga, fixadora de dunas (BRASIL, 2009).

Todavia, em que pese a massiva concordância doutrinária e jurisprudencial acerca da responsabilização estatal por omissão, o mesmo não ocorre com relação à natureza desta obrigação. Nesse sentido, inexistente consenso entre os juristas sobre a responsabilidade ser objetiva ou subjetiva.

Parece mais conveniente, neste cenário, a adoção da responsabilidade civil subjetiva nos casos de omissão estatal, tendo em vista ser necessária a aferição da perspectiva de que o Estado deveria ter agido consoante o estabelecido na legislação vigente. Esse foi o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, quando do julgamento do Recurso Especial n.º 647.493/SC em 22/10/2007 (BRASIL, 2007).

Entretanto, não parece ser esse o posicionamento adotado atualmente pelos nossos Tribunais Superiores. O próprio Superior Tribunal de Justiça já proferiu decisão, posteriormente, julgando o REsp. 1.071.741/SP, em sentido contrário à anteriormente adotada, estabelecendo duas exceções à teoria da responsabilidade subjetiva por omissão. A primeira ocorreria nos casos em que “decorrer de expressa previsão legal, em microsistema especial, como na proteção do meio ambiente (Lei n.º 6.938/1981, art. 3º, IV, c/c o art. 14, § 1º). Segundo, quando as circunstâncias indicarem a presença de um *standard* ou dever de ação estatal mais rigoroso” (BRASIL, 2010).

Atrelada à ideia da responsabilidade civil do Poder Público, diante da necessidade de efetivação e garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, essenciais para a dignidade da pessoa humana, o artigo 3º, inciso IV, da Lei n.º 6.938/1981, prevê a responsabilização pelo dano, de forma solidária, pelos causadores direto e indireto (BRASIL, 1988).

Dessa forma, quaisquer dos causadores da degradação ambiental podem ser demandados a fim de efetuar a reparação integral do dano, não havendo necessidade, todavia, de formação de litisconsórcio passivo, nos termos do já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça:

AMBIENTAL. DRENAGEM DE BREJO. DANO AO MEIO AMBIENTE. ATIVIDADE DEGRADANTE INICIADA PELO PODER PÚBLICO E CONTINUADA PELA PARTE

RECORRIDA. NULIDADE DA SENTENÇA. PARTE DOS AGENTES POLUIDORES QUE NÃO PARTICIPARAM FEITO. INOCORRÊNCIA DE VÍCIOS. LITISCONSÓRCIO PASSIVO FACULTATIVO. SOLIDARIEDADE PELA REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL. IMPOSSIBILIDADE DE SEPARAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DOS AGENTES NO TEMPO PARA FINS DE CONDENAÇÃO EM OBRIGAÇÃO DE FAZER (REPARAÇÃO DO NICHOS). ABRANGÊNCIA DO CONCEITO DE "POLUIDOR" ADOTADO PELA LEI N. 6.938/81. DIVISÃO DOS CUSTOS ENTRE OS POLUIDORES QUE DEVE SER APURADO EM OUTRA SEDE. 1. Na origem, cuida-se de ação civil pública intentada em face de usina por ter ficado constatado que a empresa levava a cabo a drenagem de reservatório natural de localidade do interior do Rio de Janeiro conhecida como "Brejo Lameiro". Sentença e acórdão que entenderam pela improcedência dos pedidos do Parquet em razão de a atividade de drenagem ter sido iniciada pelo Poder Público e apenas continuada pela empresa ora recorrida. 2. Preliminar levantada pelo MPF em seu parecer – nulidade da sentença em razão da necessidade de integração da lide pelo Departamento Nacional de Obras e Saneamento – DNOS – extinto órgão federal, ou por quem lhe faça as vezes – rejeitada, pois é pacífica a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que, mesmo na existência de múltiplos agentes poluidores, não existe obrigatoriedade na formação do litisconsórcio, uma vez que a responsabilidade entre eles é solidária pela reparação integral do dano ambiental (possibilidade de demandar de qualquer um deles, isoladamente ou em conjunto, pelo todo). Precedente. 3. Também é remansosa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pela impossibilidade de que qualquer dos envolvidos alegue, como forma de se isentar do dever de reparação, a não-contribuição direta e própria para o dano ambiental, considerando justamente que a degradação ambiental impõe, entre aqueles que para ela concorrem, solidariedade da reparação integral do dano (...) (BRASIL, 2010).

Em síntese, o principal fundamento para a imputação da responsabilidade solidária é a busca pela efetivação da tutela do meio ambiente, e não a preocupação com o potencial culpado pela degradação.

É claro, todavia, que quando reparado o dano, pode o Estado se voltar contra o responsável pela degradação ambiental a fim de ser ressarcido da condenação sofrida, consoante o disposto no próprio artigo 37, § 6º, *in fine*, da Constituição Federal, *in verbis*: "(...) assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa" (BRASIL, 1988).

## CONCLUSÃO

A poluição e a degradação ambiental se caracterizam como um problema atual a ser enfrentado pela humanidade, uma vez que a sobrevivência humana está atrelada à existência de um ambiente sadio.

Ademais, a dignidade da pessoa humana, fundamento da República, só pode ser alcançada com a garantia de um meio ambiente adequado e equilibrado, devendo este ser preservado para as presentes e futuras gerações, tendo em vista ser bem de uso comum da população.

Dessa forma, a busca pelo meio ambiente ecologicamente equilibrado deve envolver uma atuação conjunta entre a sociedade e o Poder Público, que assume importante papel fiscalizatório no exercício do Poder de Polícia das atividades que podem ser consideradas nocivas ao ambiente.

A própria Constituição Federal de 1988 atribuiu competência comum entre a União,

Estados, Distrito Federal e Municípios para o exercício do poder de polícia visando à preservação ambiental.

Com efeito, é de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal, bem como dos Municípios, a proteção do meio ambiente, o combate à poluição, a preservação das florestas, da fauna e da flora, promoção de saneamento básico, dentre outras, conforme se extrai do disposto no artigo 23, incisos, VI, VII e IX, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Ademais, a União, Estados e Distrito Federal têm competência concorrente para legislar sobre florestas, caça, fauna, pesca, defesa do solo, conservação da natureza, controle da poluição, defesa dos recursos naturais e proteção do meio ambiente, bem como do patrimônio histórico, artístico, cultural, paisagístico e turístico, conforme se depreende do disposto no artigo 24, incisos VI e VII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Não obstante, o artigo 24, inciso VIII, ainda impôs competência para a União, os Estados e o Distrito Federal para legislar, concorrentemente, sobre a responsabilidade por dano ao meio ambiente (BRASIL, 1988).

É incontestável, portanto, frente à competência constitucionalmente atribuída, o poder-dever de o Poder Público fomentar atividades de preservação ambiental, erradicando ou minorando o maior número possível de condutas nocivas à garantia de um ambiente ecologicamente equilibrado.

Desta forma, em relação à responsabilidade civil, é de se destacar que o objetivo precípua da sanção reparatória é a busca pela reparação integral do dano, sempre que possível, ou a adoção de medidas visando erradicar ou minorar as consequências do problema causado.

Assim, no que tange à questão ambiental, a responsabilidade civil das pessoas, físicas ou jurídicas, objetiva a prevenção e precaução de atividades potencialmente lesivas ao meio ambiente saudável. Todavia, nos casos em que a reparação é impossibilitada pela natureza ou extensão do dano causado, deve-se buscar a responsabilização do agente causador da degradação.

O Estado assume importante papel na busca pela concretização dos direitos e garantias fundamentais, notadamente quando a finalidade é a efetivação da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, dentre outras medidas, o direito ao meio ambiente saudável e equilibrado deve ser assegurado, o que exige a efetivação dos princípios consagrados pelo Direito Ambiental, notadamente os princípios da prevenção e da precaução.

Com isso, pode o Poder Público ser responsabilizado, na esfera cível, em razão de uma atividade potencialmente lesiva praticada diretamente ou indiretamente, por meio de seus agentes ou concessionárias dos serviços públicos, independentemente de culpa, ou seja, nestas situações adota-se a teoria da responsabilidade civil objetiva, tendo em vista a essencialidade do bem jurídico tutelado, qual seja, o meio ambiente, bem como a peripécia na demonstração de culpa do causador

do dano pela teoria da responsabilidade civil subjetiva.

O principal fundamento da teoria da responsabilidade civil objetiva nos casos em que se envolve ação estatal é a teoria do risco, consagrado na legislação vigente, especialmente pelo atual Código Civil e a Lei que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, de modo que aquele que exerça uma atividade ensejadora de lesão ambiental deve se sujeitar à reparação do prejuízo causado.

Nesses casos, pode o Estado ser obrigado na reparação integral do dano ou, na impossibilidade de efetuar a remediação, a punição pecuniária em face da circunstância fática causada.

Com efeito, a Lei n.º 6.938/1981 já possuía a previsão, no artigo 14, § 1º, de que a responsabilidade do Estado por dano ambiental seria objetiva, ou seja, independente da demonstração de culpa por parte do Poder Público.

A necessidade da obrigação reparatória foi mantida pelo Constituinte quando da promulgação da Constituição Federal, em 1988. Nesse sentido, o artigo 225, § 3º, da Constituição Federal assevera que toda a prática lesiva ao meio ambiente sujeita o infrator à obrigação de reparar o dano provocado, englobando tanto as pessoas físicas quanto as pessoas jurídicas, sejam elas de direito público ou privado.

Isso se justifica, principalmente, pelo fato de que a garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito de todos e dever da sociedade e do Poder Público assegurar a sua concretização, mediante a prática de atividades de preservação e restauração dos processos ecológicos, preservação da diversidade e integridade do patrimônio genético, proteção de espaços territoriais definidos nas unidades da Federação, imposição de estudo prévio de impacto ambiental para as atividades potencialmente lesivas ao ambiente, controle de conduta que coloquem em risco a qualidade da vida e ambiental, promoção e garantia de educação ambiental para todos os níveis de ensino do país, proteção da fauna e da flora, dentre outras exigências contidas no artigo 225, § 1º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Todavia, conforme disposto alhures, além da responsabilização pela conduta comissiva, é possível a atribuição de uma obrigação ao Poder Público diante de uma omissão. Em outras palavras, é possível a responsabilização civil do Estado por danos ambientais em caso de omissão, tendo em vista o seu dever de fiscalização no exercício do Poder de Polícia Ambiental, sempre que, em decorrência de sua conduta (omissiva), ocorrer algum dano ambiental (nexo de causalidade e resultado).

Para tanto, a maior parte da doutrina e da jurisprudência, cujo posicionamento parece o mais adequado nesses casos, conforme supramencionado, é a adoção da teoria da responsabilidade

civil subjetiva, uma vez que é imprescindível a comprovação de que a omissão do ente estatal foi a potencial causadora da degradação ambiental e do prejuízo sofrido.

Porém, em que pese este já ter sido o entendimento adotado pelos nossos Tribunais Superiores, não parece ser, atualmente, o posicionamento prevalente na jurisprudência, que também tem adotado, para os casos de omissão, a teoria da responsabilidade civil objetiva, justificando, essencialmente, a importância do bem jurídico tutelado, ou seja, o meio ambiente.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, estabelece exceções à teoria da responsabilidade civil subjetiva nos casos de omissão quando esta decorrer de previsão legal ou quando as circunstâncias do caso concreto indicarem a necessidade de maior rigorosidade na atuação do Poder Público.

Por fim, há de se destacar que a responsabilidade civil por dano ambiental é solidária, ou seja, quaisquer dos agentes que, direta ou indiretamente, tenham contribuído ou concorrido para o resultado danoso podem ser sujeitos passivos da obrigação reparatória, o que se justifica pela preocupação com a tutela e preservação do meio ambiente, e não simplesmente a atribuição de culpa a um determinado sujeito.

Apenas quando efetivada a reparação do dano pode o Estado ou o indivíduo buscar o ressarcimento da condenação imposta, nos termos do próprio artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 19ª Edição. São Paulo: Atlas, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 26 de junho de 2019.

\_\_\_\_\_. **Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em 26 de junho de 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.htm)>. Acesso em 26 de junho de 2009.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 880.160/RJ**. 2ª Turma. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Data de Julgamento: 27/05/2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14356990/recurso-especial-resp-880160-rj-2006-0182866-7>>. Acesso em 26 de junho de 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 647.493/SC 2004/0032785-4**. 2ª Turma. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Data de Julgamento: 22/05/2007. Data da Publicação:

22/10/2007. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19221820/recurso-especial- resp-647493-sc-2004-0032785-4-stj/relatorio-e-voto-19221822?ref=juris-tabs>>. Acesso em 26 de junho de 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 529.027/SC 2003/0067009-9**. 2ª Turma. Relator Ministro Humberto Martins. Data de Julgamento: 16/04/2009. Data de Publicação: 04/05/2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4148831/recurso-especial- resp-529027-sc-2003-0067009-9>>. Acesso em 26 de junho de 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.071.741/SP 2008/0146043-5**. 2ª Turma. Relator Ministro Herman Benjamin. Data de Julgamento: 24/03/2009. Disponível em: <[https://mpma.mp.br/arquivos/ESMP/Responsabilidade\\_Civil\\_do\\_Estado.pdf](https://mpma.mp.br/arquivos/ESMP/Responsabilidade_Civil_do_Estado.pdf)>. Acesso em 26 de junho de 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. 11ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 18ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

FRANCO, Dmitri Montanar. **Responsabilidade legal pelo dano ambiental: a aplicação das excludentes de responsabilidade**. 2ª Edição. São Paulo, Blucher, 2017.

GIACOMELLI, Cinthia Louzada Ferreira; ELTZ, Magnum Koury de Figueiredo. **Direito e legislação ambiental**. Porto Alegre: Sagah, 2018.

GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. **Curso de direito ambiental**. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2014.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Direito Processual Civil**. 13ª Edição. São Paulo: Atlas, 2018.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 16ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SOUZA, Motaury Ciochetti de. **Interesses difusos em espécie: Direito Ambiental, Direito do Consumidor e Probidade Administrativa**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental: As Dimensões do Dano Ambiental no Direito Brasileiro**. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2004

TRENNEPOHL, Terence Dorneles. **Manual de direito ambiental**. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

# ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E O TRABALHO DECENTE: DESAFIOS PARA INCLUSÕES DAS ECONOMIAS INFORMAL E SOLIDÁRIA

Lara Caxico Martins MIRANDA<sup>1</sup>  
Valter Foletto SANTIN<sup>2</sup>

## RESUMO

Os desafios para a concretização do trabalho decente na contemporaneidade levam a discussões sobre novas formas de organização econômica e regularização da propriedade. Nesse sentido, o Brasil tem atuado no desenvolvimento de mecanismos legais para a transição da economia informal para a formal, com destaque para as Leis Complementares n. 123 de 2006 e n. 128 de 2008, e na implantação de políticas públicas para a inclusão da economia solidária, como foi visto com a criação da Secretaria Nacional de Economia Solidária e do Fórum Brasileiro de Economia Solidária. Por via do método dedutivo-crítico e da pesquisa bibliográfica concluiu-se que apesar do movimento interno, ainda falta respaldo internacional para que as ações ganhem espaços em âmbito global. Através de uma pesquisa teórica, o estudo pretende demonstrar a necessidade de inclusão da economia solidária e de mecanismos de transição da economia informal para a formal no conceito de trabalho decente da Organização Internacional do Trabalho.

**PALAVRAS-CHAVE:** Capital. Economia solidária. Informalidade. Trabalho Decente.

## ABSTRACT

The challenges to the realization of decent work in the contemporary world lead to discussions on new forms of economic organization and property regularization. In this sense, Brazil has been working on the development of legal mechanisms for the transition from the informal to the formal economy, with emphasis on Complementary Laws n. 123 of 2006 and n. 128 of 2008, and in the implementation of public policies for the inclusion of solidarity economy, as was seen with the creation of the National Secretariat of Solidary Economy and the Brazilian Forum of Solidary Economy. Despite the internal movement, there is still a lack of international support for actions to gain space at a global level. Through a theoretical research, the study intends to demonstrate the need to include solidarity economy and mechanisms of transition from the informal economy to the formal economy in the concept of decent work of the International Labor Organization.

- 
- 1 Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Coordenadora do Curso Saber, preparatório para concursos públicos e vestibulares. Professora de Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Prática Trabalhista no curso de Direito das Faculdades Integradas do Vale do Ivaí (UNIVALE - Ivaiporã/PR) e no curso de Direito da Faculdade Pitágoras (Londrina/PR). Professora de Direito Constitucional em cursos preparatórios para concursos públicos no Curso Saber (Londrina/PR). Pós Graduada em Direito Constitucional pelo Complexo de Ensino LFG (2016) e em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pelo Damásio (2016). Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (2014).
  - 2 Professor dos programas de Mestrado e Doutorado da Universidade Estadual do Norte do Paraná (Campus Jacarezinho, Paraná, Brasil). Doutor em Direito (USP - Universidade de São Paulo, Brasil) e pós-doutor pelo programa de Pós-doutoramento em Democracia e Direitos Humanos, no *Ius Gentium Conimbrigae*, Centro de Direitos Humanos, sediado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Líder do Grupo de pesquisa Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP). Promotor de Justiça em São Paulo. Atualmente é professor convidado da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo e da Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil e Direito Procesual Penal, atuando principalmente nos seguintes temas: investigação criminal, Ministério Público, crime econômico, políticas públicas e efetivação dos direitos sociais, Direitos Difusos e Coletivos, acesso à justiça e Direitos Humanos.

**KEYWORDS:** Capital. Solidarity economy. Informality. Decent Work.

## **INTRODUÇÃO**

O contexto sócio econômico global sempre foi marcado por grandes conflitos envolvendo capital e trabalho. Em meio à escravidão, regime de servidão constante no feudalismo e mesmo diante do rápido processo de industrialização, a exploração da mão de obra humana sempre foi presente nas relações de trabalho. Atualmente, os desafios do trabalho não são outros. É preciso prosseguir na luta pela efetivação do trabalho decente, diminuição dos números de desemprego e marginalização social.

No empenho para a promoção do trabalho digno está a Organização Internacional do Trabalho, cuja estrutura tripartite garante a criação de recomendações e convenções com diálogo social, em virtude da participação de Estados, empregados e empregadores. Em sua atuação, prevê a promoção da paz universal melhorando as condições de trabalho, protegendo grupos sociais de risco e garantindo a liberdade sindical, em atuação legislativa voltada para o cunho político, humanitário e econômico.

Dentre as diretrizes atribuídas pela organização, encontra-se o conceito de trabalho decente, que deve ser norte para o desenvolvimento de legislação interna e políticas públicas voltadas para sua concretização. Apesar da amplitude da definição, percebe-se que ela não aborda temas contemporâneos essenciais relacionados às novas formas de desenvolvimento econômico e das relações de trabalho.

Nesse sentido destaca-se a economia solidária, atual forma de organização econômica e social que tem permitido a milhares de trabalhadores recuperarem suas rendas e dignidade. O conceito, já amplamente trabalhado pelo Brasil em políticas públicas nacionais e regionais, ainda é tratado pela OIT como um forma de economia informal, como é possível se ver na Recomendação de transição da economia informal para a economia formal publicada em 2015.

O trabalho pretende analisar, por via de uma pesquisa bibliográfica e pautando-se no método dedutivo-crítico, se a economia solidária é mecanismo apto a resgatar relações trabalhistas, promover o trabalho decente e permitir que empreendimentos passem da extralegalidade para o sistema formal de propriedade. Com isso, concluir ou não se é contributo para diminuições nas taxas de desemprego e fomento da economia nacional.

### **1. DESAFIOS DO TRABALHO NA CONTEMPORANEIDADE**

O trabalho é um dos mecanismos de socialização e sustento do indivíduo, de modo que

inúmeras sociedades se pautaram nele para desenvolvimento e crescimento. Além de ser a maneira de suprir necessidades culturais, psíquicas e de sobrevivência, o trabalho sempre foi mecanismo de emancipação do ser humano, seja esta emancipação da natureza ou da relação de dominação homem versus homem.

O modelo de trabalho escravocrata deu lugar à servidão feudal, assim como em razão do desenvolvimento de novas formas de trabalho por parte da burguesia foi rompido o feudalismo. A Revolução Russa (1917) pretendia, por meio do socialismo, que a exploração dos meios de produção fosse comum aos indivíduos, sendo a proposta, posteriormente, desagregada em razão do avanço do capitalismo global.

Em meio às transformações econômicas, são vistas as mutações no âmbito do trabalho, em virtude, principalmente, da globalização, abertura de mercados e forte competição internacional. A partir desses fenômenos passou-se a exigir trabalhadores polivalentes, que desempenhassem inúmeras funções e possuíssem uma gama de habilidades e conhecimentos. Aqueles que não se enquadraram nas novas exigências passaram para o setor das subcontratações, com baixíssimos salários e sem direitos trabalhistas mínimos (SANTANA; RAMALHO, 2004).

Principalmente nos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, em que grande parcela da população não conta com escolaridade avançada e profissionalização, a marginalização abriu espaço para o trabalho informal, fazendo com que este se tornasse a melhor alternativa para subsistência. Em consequência lógica, a informalidade colaborou para a flexibilização das relações de trabalho e precarização. Essa é vista não apenas quando há o descumprimento da legislação trabalhista, mas também sob inúmeros outros aspectos, como por meio do "trabalho forçado, o trabalho degradante, o trabalho por dívida e a jornada excessiva" (REMEDIO, SANTIN, REMÉDIO, 2017, p. 111).

Os desafios do trabalho e a necessidade de proteção do trabalhador percorrerem os séculos e mudaram apenas as características. No século XIX, Frederik Taylor inseriu a perspectiva do indivíduo como uma engrenagem, que não precisava de conhecimento para operacionalizar. O modelo apregoava a necessidade de separar o conhecimento do trabalho e sua execução. Para este, o aumento da produtividade estava intimamente relacionado com a desqualificação do trabalhador em relação ao seu processo de trabalho. Era necessário fragmentar, controlar, separar e esvaziar as tarefas, de modo que o indivíduo não tivesse qualquer consciência do procedimento completo de composição do produto final do seu trabalho (SANTANA; RAMALHO, 2004).

A rejeição dos trabalhadores em relação ao sistema gerou grandes conflitos entre capital e trabalho. De um lado via-se o desejo capitalista de transformar indivíduos em ágeis máquinas e de outro, em resposta, inúmeros boicotes ao processo produtivo. Segundo Felipe Luiz Gomes e Silva,

no século XX, a degradação do trabalho chegou ao extremo (SILVA, 2011, p. 47-48).

Apesar dos abusos trabalhistas, esse foi o período em que mais se desenvolveram normas internacionais de proteção. Destaca-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em 1966 e as Convenções da OIT n. 29, 87, 98, 100, 111 e 138 publicadas entre 1930 e 1973 (BRITO FILHO, 2004, p. 28). "O Direito ao trabalho é um direito fundamental do cidadão, para lhe permitir ganhar os meios de sustento pessoal e familiar" (SANTIN, 2007, p. 135), por essa razão é que os documentos citados foram tão relevantes para o início de uma concepção do trabalho digno. Mesmo com amplas diretrizes internacionais para consecução do trabalho decente, todavia, o homem ainda era considerado uma máquina.

A crise do sistema fordista iniciou-se com a saturação do mercado, mas ganhou força com a recuperação de formas produtivas que haviam sido reduzidas, como a manufatura. Em virtude da massificação dos produtos e da diminuição das vendas, as indústrias que se ocupavam de todo o processo produtivo passaram a descentralizar suas etapas e contar mais intimamente com seus fornecedores. Neste momento, o ideal seria operar com qualidade, velocidade e com estoques de matéria-prima reduzidos (SANTANA; RAMALHO, 2004).

Novos paradigmas relativos ao trabalho introduziram o chamado "modelo toyotista", concebido no Japão. Reformularam-se processos de modo que a rígida divisão do trabalho e a especialização cederam espaço para a flexibilidade do trabalhador (BRITO FILHO, 2004, p. 29). As fábricas, conhecendo o descontentamento dos trabalhadores, abriram oportunidades para indivíduos mais qualificados e propuseram um sistema de labor em grupo, onde todos os empregados poderiam realizar todas as funções.

O trabalhador dessas empresas japonesas seria, portanto, o exemplo da polivalência e multifuncionalidade, dando conta dos mais variados aspectos da produção, tais como fabricação, manutenção, controle de qualidade e gestão da produção. As qualificações exigidas nesse novo modelo produtivo contrastariam com a lógica geral taylorista, na medida em que se exigiria do trabalhador a capacidade de pensar, ter iniciativa e decidir (SANTANA; RAMALHO, 2004).

Enquanto que a desqualificação do trabalhador seria essencial para o modelo produtivo anterior, no novo paradigma a qualificação seria o ponto de partida para o desenvolvimento do mercado. Nem todos os trabalhadores, entretanto, possuíam conhecimentos básicos para se adequarem à nova proposta. Por essa razão, também nesse período muitas resistências são vistas, apesar de impulsionarem mudanças de hábitos e reflexões (ROMITA, 1997, p. 21).

Nada obstante, não é pacífico que o novo modelo introduzido no Japão tenha sido efetivamente positivo para o trabalhador. Felipe Luiz Gomes e Silva (2011, p. 57) defende que o desenvolvimento da multifuncionalidade e flexibilidade do trabalhador apenas permitiram a

redefinição da exploração pelo capital. A exigência da melhoria contínua abriu espaço para a alienação do trabalho e coerção do trabalhador. Para o autor, "não basta coletivizar as fábricas; é necessária uma luta diária pela construção de uma nova forma de organização e gestão, ou seja, pela apropriação real das forças produtivas" (SILVA, 2011, p. 57-58).

Apesar das mazelas do modelo, não é possível desconsiderar que este possibilitou que novas formas de gestão afastassem a antiga realidade do taylorismo e fordismo. O modelo japonês passou a exigir maiores qualificações do trabalhador, o que permitiu que este adquirisse conhecimento acerca dos mecanismos de produção e até mesmo da realidade global da fábrica. Era possível vislumbrar um futuro em que os operários teriam a possibilidade de gerir seus próprios empreendimentos.

Os trabalhadores, mais qualificados e melhor organizados, passaram a receber maiores salários vinculados ao desempenho e produtividade. Nessa nova organização interna, os grupos poderiam controlar coletivamente a produção e diminuir a distância entre eles e seus empregadores e entre a concepção, execução e controle (SANTANA; RAMALHO, 2004).

No Brasil, a reestruturação produtiva iniciou-se na década de 90, trazendo consigo flexibilização, terceirização e outras práticas relacionadas a cortes de custo e eliminação de postos de trabalho (GALVÃO, 1999, p. 118-119). Marco Aurélio Santana e José Ricardo Ramalho (2004) identificam que, apesar do Brasil ter buscado aplicar o novo modelo, tentou contextualizá-lo com os interesses empresariais, de modo a utilizar apenas técnicas e não a proposta por inteiro.

Por essa razão, internamente permaneceram "processos de trabalho convencionais com pouco espaço e aceitação da inovação e o uso predatório de uma força de trabalho pouco qualificada, que por isso justificaria seu baixo salário". Até mesmo por parte do Estado, não houve um real incentivo à implantação do modelo japonês, tendo em vista a falta de infraestrutura, políticas públicas e investimento em qualificação profissional (SANTANA; RAMALHO, 2004).

Com isso, o Brasil viu decrescer os números de postos de trabalho e aumentar as formas de subtrabalho. Expandiram-se os chamados trabalhadores parciais, terceirizados, precarizados, marginalizados, subcontratados e deixados à mercê da economia informal. Esta realidade revela que um dos maiores desafios do trabalho contemporâneo é a garantia do trabalho decente.

O labor não pode ser pensado apenas como uma relação técnica, mas sim como uma forma de inserção na estrutura da sociedade. O indivíduo que se encontra sem atividades produtivas se coloca em isolamento social, gerando os efeitos catastróficos da exclusão e marginalização. A ruína das proteções e garantias do trabalhador desestabilizam a ordem do trabalho e diversos setores da vida social.

## 2. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E OS PARADIGMAS DO TRABALHO DECENTE

Os mais diversos processos de exploração da mão de obra fizeram e fazem parte de inúmeras sociedades. Por essa razão, e pelo advento de revoluções, como a Industrial, que modificou os processos de produção, identificou-se a necessidade de tutelar, em âmbito global, direitos humanos de segunda geração relacionados ao labor.

Inegavelmente, o direito ao trabalho é um dos mais importantes direitos humanos, porque possibilita ao cidadão meios para ganhar a vida e viver dignamente. O desemprego e a falta de oportunidade de trabalho constituem-se em fenômenos sociais consideráveis na luta pela dignidade do povo, no jogo do poder e da dominação econômica (SANTIN, 2007, p. 135).

Em vistas de um extraordinário desenvolvimento mercadológico, os Estados que passaram pela Revolução Industrial no século XIX promoveram a precarização do trabalho e críticas disfunções sociais. Aqueles que não trabalhavam nas fábricas submetidos a baixíssimos salários e extensivas jornadas estavam marginalizados em uma sociedade eminentemente desigual. Ademais, com o " Renascimento, a burguesia apossou-se desse novo poder, chamado poder disciplinar, inicialmente sobre o território, o qual passou a ser exercido também sobre o corpo e seus atos, poder sobre o trabalho" (SANTIN, 2007, p. 135), que subjugou o homem ao domínio do seu patrão.

Neste cenário e, diante da necessidade de desenvolver ações internacionais para a melhoria das condições de labor, criou-se, ainda no século XIX, o direito internacional do trabalho (MAZZUOLI, 2006, p. 596). O primeiro grande evento que tratou do tema foi o Congresso Internacional de Legislação do Trabalho, ocorrido em Bruxelas, em 1897. Nessa ocasião, foi constituída uma comissão "com o escopo de preparar a criação de uma associação internacional para a elaboração de uma legislação do trabalho de alcance supranacional" (QUEIROZ, 2009, p. 21). Dentre as finalidades da ciência destaca-se a tentativa de unificação de princípios de justiça social e transformação desses em normas, estabelecimento de mecanismos de cooperação internacional e instituição de instrumentos para garantia da dignidade do trabalhador, desenvolvimento técnico e progresso social (SÜSSEKIND, 2000, p. 18).

Segundo Arnaldo Süssekind, além de motivos sociais, motivos econômicos

impuseram inquestionavelmente, a necessidade de ser nivelado, tanto quanto possível, no campo internacional, o curso das medidas sociais da proteção ao trabalho, a fim de que os Estados que as tivessem adotado, através de sistemas completos e tutelares, não sofressem, por essa razão, no comércio mundial, a indesejável concorrência dos países que obtinham produção mais barata pelo fato de não serem onerados com os encargos de caráter social (SÜSSEKIND, 2002, p. 1.468).

Com base nessas preocupações, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi criada em 1919, por meio do Tratado de Versailles, como uma instituição especializada e permanente das Organizações das Nações Unidas (ONU) que se ater a questões internacionais de cunho laboral

(QUEIROZ, 2009, p. 26-27). Dentre os seus princípios inspiradores cita-se a justiça social, a paz e a busca da semelhança das condições de trabalho na perspectiva internacional. Tais fundamentos podem ser verificados já no preâmbulo da Carta Constitutiva da Organização Internacional do Trabalho, que prevê que existem trabalhos que condicionam o ser humano a tamanha condição de miséria e privação que colocam em risco a paz e a harmonia universais (OIT, 1946, p. 02).

Os objetivos da OIT já constavam na parte XIII, preâmbulo, do Tratado de Versalhes de 1919. Dentre eles destaca-se a promoção da paz universal melhorando as condições de trabalho; garantia de um salário que possibilite condições mínimas de existência digna; proteção de crianças, mulheres e adolescentes; garantia de liberdade sindical; e organização do ensino profissional e técnico. Segundo Nicolas Valticos (1977, p. 67 apud QUEIROZ, 2009, p. 31), os objetivos da OIT contêm o tripé de atuação legislativa internacional do trabalho: política, humanitária e econômica.

Com o intuito de rever os fins e objetivos da organização, após a Segunda Guerra Mundial, a OIT realizou, em 1944, na Filadélfia, a 26ª sessão de sua Conferência. Nesta, aprovou a Declaração da Filadélfia, que, segundo Arnaldo Sussekind (1998, p. 20) "repetiu, precisou e ampliou os princípios do Tratado de Versalhes sob o influxo da ideia de cooperação internacional para a consecução da segurança social de todos os seres humanos".

Um dos sucessos da organização advém da sua estrutura tripartite. Ela é formada não apenas por representantes de Estados, mas também por forças sociais externas ao poder estatal. A assembleia geral, que vota convenções e recomendações, também chamada de Conferência Internacional do Trabalho, é composta por representantes dos Estados-Membro, representantes das organizações sindicais de trabalhadores e das organizações de empregadores (MAZZUOLI, 2006, p. 599-604).

Esta composição possibilita a efetivação da democracia e do diálogo social. Isso porque, por serem votadas pelos atores sociais envolvidos das demandas trabalhistas, quais sejam, Estados, trabalhadores e empregadores, possuem maior chance de efetividade. A partir do momento que o grupo social se identifica como construtor da norma sente-se incentivado a cumpri-la. Assim, as convenções e recomendações ali adotadas permitem a construção, nos respectivos Estados, de legislações trabalhistas em conformidade valores humanos internacionais.

Os representantes, também chamados de delegados, "são indicados pelas respectivas organizações profissionais mais representativas, tanto dos empregadores como dos empregados" (MAZZUOLI, 2006, p. 608). Ou seja, a escolha, que também parte da própria categoria, permite que esta seja autenticamente representada. Estes agentes passam a influir em questões humanitárias, políticas e econômicas através das aprovações de convenções e recomendações.

Sobre estas, salienta-se que a diferença entre convenções e recomendações se encontra

apenas no aspecto formal, tendo em vista que os dois documentos podem tratar dos mesmos temas. As convenções são tratados internacionais multilaterais abertos, tendo em vista que não possuem destinatário certo, que devem ser ratificados pelos Estados-membros para que tenham validade no âmbito interno (MAZZUOLI, 2006, p. 608-609). Segundo Arnaldo Süssekind, "enquanto os tratados firmados entre Estados visam à concessão de vantagens recíprocas, as convenções da OIT têm por fim a universalização das normas de proteção ao trabalho e sua incorporação ao direito positivo dos Estados-Membros" (SÜSSEKIND, 2002, p. 1.490-1.491).

Com relação às convenções, vale ressaltar que por possuírem conteúdo relativo aos direitos humanos, ingressam no ordenamento jurídico brasileiro como normas materialmente constitucionais, conforme disposição do artigo 5º, §2º, da Constituição da República Federativa do Brasil. Caso a intenção seja atribuir a estas caráter formalmente constitucional, por sua vez, faz-se necessária a aprovação pelo quórum de três quintos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional em votação ocorrida dois turnos, conforme §3º do mesmo dispositivo constitucional.

As recomendações, por sua vez, "são instrumentos internacionais, destituídos da natureza de tratados, adotados pela Conferência Internacional do Trabalho sempre que a matéria nelas versada não possa ser ainda objeto de uma convenção" (MAZZUOLI, 2006, p. 617). Por meio desses documentos a OIT realiza gestão política no âmbito trabalhista e impacta nos países signatários do pacto de sua criação (ALVES, 2008, p.351).

Estes documentos pretendem ser diretrizes para o legislativo de cada país e se impõem na medida em que, conforme artigo 19, §6º, alíneas b e d, da Constituição da OIT, os Estados-Membros devem submetê-las à autoridade que possua competência material para transformá-las em lei. A partir dessas recomendações, cabe ao legislador infraconstitucional construir o arcabouço legal dos Estados-Membros.

## **2.1. Organização Internacional do Trabalho e o conceito de trabalho decente**

Não são poucos os esforços mundiais para a erradicação do trabalho degradante. Dentre as diretrizes das políticas de estados, de governos e de blocos econômicos estão sempre às condições mínimas de trabalho: jornada adequada, salário condizente com as necessidades vitais e salubridade. Apesar disso, ainda hoje são corriqueiros os casos de trabalhos desenvolvidos sem a garantia de qualquer direito trabalhista.

Segundo José Claudio Monteiro de Brito Filho (2004, p. 52), atualmente, "garantir o trabalho decente é o primeiro dos objetivos da OIT". Por essa razão, este é tema repetidamente abordado pelas convenções e recomendações da organização. Apesar do grande período que afasta a escravidão dos tempos atuais, ainda são fartas as notícias de exploração do ser humano nos

ambientes de trabalho.

Um conceito sólido e amplo acerca do trabalho decente permite que novas formas de exploração não sejam confundidas com práticas lícitas. Além disso, a consideração como trabalho decente, pela Organização Internacional do Trabalho, de diferentes formas de economia, propulsiona o desenvolvimento econômico sustentável.

Segundo Glaúcio Araújo de Oliveira e Voldir Franco de Oliveira Junior (2007, p. 207), "a figura do trabalho decente caminha lado a lado à questão da dignidade do trabalhador". Para saber se o trabalho é ou não decente basta observar sua forma contrária: o trabalho degradante. Este é desenvolvido em péssimas condições ambientais, baixíssimos salários, expõe à saúde do indivíduo a riscos e pode até mesmo ocorrer privação de liberdade.

Atualmente, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) entende como trabalho decente todo aquele que respeita os direitos fundamentais estabelecidos na Declaração relativa aos direitos e princípios fundamentais no trabalho, quais sejam:

a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; c) a abolição efetiva do trabalho infantil; e d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação (OIT, 1998).

A compreensão dos princípios mencionados e da noção de trabalho decente em âmbito internacional decorre da análise de inúmeras convenções da OIT, tendo em vista a necessidade de conhecimento dos conceitos mencionados. Dentre elas destacam-se os documentos para promoção de iguais oportunidades de trabalho para mulheres e homens; recebimento de adequada remuneração; e desenvolvimento de trabalho em condições de liberdade, equidade e segurança.

A partir da análise dos documentos é possível afirmar que o trabalho decente inclui, necessariamente:

à existência de trabalho; à liberdade de trabalho; à igualdade no trabalho; ao trabalho em condições justas, incluindo remuneração, e que preservem sua saúde e segurança; à proibição do trabalho infantil; à liberdade sindical; e à proteção contra os riscos sociais (BRITO FILHO, 2004, p. 52).

Para avançar na garantia do trabalho decente, a OIT tem atuado diretamente nos Estados-Membros com políticas regionais. Nesse sentido, destaca-se a agenda hemisférica Trabalho decente nas Américas aprovada em 2006, na Conferência Internacional do Trabalho. Conforme consta no prólogo do documento, o programa visou reconhecer o trabalho decente como um objetivo global de garantir a homens e mulheres um trabalho produtivo com liberdade, igualdade, segurança e dignidade (BRASIL, 2006).

Também em 2006, o Brasil lançou a Agenda Nacional de Trabalho Decente, em atenção ao memorando assinado em 2003 pelo então presidente da república e a OIT. Com a publicação da

Agenda, estabeleceram-se objetivos estratégicos: fazer respeitar as normas internacionais do trabalho; promover emprego de qualidade; estender à proteção social ao trabalho e fortalecer o diálogo social (BRASIL, 2006, p. 5).

Ademais, foi introduzindo no país o conceito de trabalho decente e diretrizes gerais para sua garantia. Segundo o documento, "entende-se por trabalho decente um trabalho adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, capaz de garantir uma vida digna" (BRASIL, 2006, p. 5).

Dentre as prioridades definidas pela Agenda Nacional de Trabalho Decente, cita-se a intenção de "gerar mais e melhores empregos, com igualdade de oportunidades e de tratamento". Para tanto, o documento definiu como linha de ação o investimento público e privado no desenvolvimento local, com destaque para o "fortalecimento das micro e pequenas empresas e de programas de economia solidária e cooperativas" e "ampliação do acesso das micro e pequenas empresas, das cooperativas e dos empreendimentos da economia solidária e da agricultura familiar ao crédito e demais recursos produtivos" (BRASIL, 2006, p. 10-11).

O conceito de trabalho decente trazido pela Declaração relativa aos direitos e princípios fundamentais no trabalho aborda necessidades essenciais relacionadas ao labor, mas parece não acompanhar o desenvolvimento econômico e respectivas formas de organização da produção. Percebe-se que documentos mais novos, que envolveram a atuação direta do Brasil, como a Agenda hemisférica Trabalho decente nas Américas (2006) e a Agenda Nacional de Trabalho Decente (2006), já incluíram no debate conceitos importantes, como diálogo social, economia solidária e micro e pequenos empresários. Estes estão intimamente relacionados com a atual conjuntura econômica, logo não podem ser afastados no que diz respeito ao trabalho decente.

### **3. INCLUSÃO DA ECONOMIA INFORMAL E SOLIDÁRIA NA CONCEPÇÃO DE TRABALHO DECENTE ESTABELECIDADA PELA OIT**

A exploração secular do trabalho humano gera questionamentos globais acerca da possibilidade de se desenvolver um modelo econômico que proporcione postos de trabalho decente e ao mesmo tempo promova o progresso técnico e mercadológico. Para tanto, é necessária a valorização do indivíduo em sua integralidade, o restabelecimento do equilíbrio ético e a consolidação do conceito de cooperação.

Na contramão da exploração humana e da concentração de produção e riqueza na posse de poucos, apresenta-se a economia solidária. Conceito antigo, que remonta a períodos anteriores ao capitalismo e mesmo ao feudalismo, já existia entre as formas de produção do chamado período pré-histórico e tribal, em que as relações econômicas se baseavam na troca, cooperação e

solidariedade (ARROYO; SCHUCH, 2006, p. 24).

O modelo visto de forma científica tem sua primeira manifestação no século XIX, na Europa, com os pensadores Charles Fourier (1772-1873), Pierre Proudhon (1809-1865) e Robert Owen (1773-1858). Estes desenvolveram apenas a teoria acerca da economia solidária, mas não conseguiram, naquele momento, aplicá-la à sociedade da época, tendo em vista a sua conjuntura socioeconômica. Por essa razão, foram intitulados de "socialistas utópicos" (ARROYO; SCHUCH, 2006, p. 24), como se os ideias nunca fossem ganhar reais contornos práticos.

A contrário sensu, ainda no mesmo século, mais especificamente no período de crise vivenciado em 1870 pelas minas de carvão, relatos foram registrados acerca da efetiva utilização da economia solidária. Com o encerramento de várias fábricas, os próprios trabalhadores se organizaram em cooperativas, compraram as minas e passaram a geri-las. No Brasil, por sua vez, o modelo econômico estudado ganhou espaço mais de cem anos depois deste fenômeno. Em decorrência da crise da dívida externa vivenciada em 1980, várias cooperativas, pelo número de desempregados e por necessidade dos trabalhadores, se firmaram e passaram a gerir as empresas falidas (SINGER, 2008, p. 294).

Segundo Paul Singer (2008, p. 289), professor aposentado da Faculdade de Economia e Administração da Universidade de São Paulo (USP), economia solidária é um modo de produção que se caracteriza pela autogestão, gerência democrática, igualdade de direitos e dos meios de produção. Estes últimos passam a ser da totalidade dos envolvidos com o labor, tendo em vista que, apesar da empresa ser privada, ela pertence a um grupo de pessoas.

Salienta-se que cada indivíduo não é dono de um fragmento da propriedade, como ocorre na sociedade por ações, mas sim de todo o empreendimento. Por serem ao mesmo tempo trabalhadores e proprietários, são impulsionados a se dedicar veementemente ao negócio. Este depende de fatores externos para o seu crescimento, mas principalmente do trabalho coletivo.

Como afirma Neusa Maria Dal Ri, "se a empresa tiver sucesso poderão ter rendimentos maiores ou menores" (DAL RI; VIEITEZ, 1999, p. 38) e pouco provavelmente sofrerão novas formas de exploração, tendo em vista que serão seus próprios empregadores. Nessa perspectiva, a economia solidária propõe uma mudança nos processos de acumulação de capital e das relações de trabalho.

A economia solidária apresenta, fundamentada em uma globalização humanizadora, o projeto de criação de uma sociedade justa, racional e equilibrada, seguindo o caminho do processo de desenvolvimento sustentável e integrado para geração de melhor qualidade de vida, não somente para seus associados/cooperativados (indivíduos), mas para todos os cidadãos do mundo (ARROYO; SCHUCH, 2006, p. 38).

Quando se concretizam em pequenos empreendimentos, as funções são desenvolvidas de

maneira igualitária por todos os trabalhadores. Quando, por sua vez, ganham significativo tamanho, passam a ter funções especializadas, mas sem desrespeitar as diretrizes estabelecidas coletivamente (SINGER, 2008, p. 289). Além dessas características, são comuns às economias solidárias: "forte preocupação com a incorporação das novas tecnologias; prioridade absoluta à educação escolarizada e profissional de seus trabalhadores" (GALVÃO, 1999, p. 126).

Em muitas localidades os trabalhadores cooperados são chamados de sócios, tendo em vista a responsabilidade coletiva pelo desenvolvimento do negócio. Estes, antes da consolidação da economia solidária, são, em geral, "trabalhadores excluídos do mercado de trabalho (ex-assalariados urbanos ou rurais, ex-proprietários de pequenos empreendimentos), destituídos de qualquer forma significativa de propriedade" (DAL RI; VIEITEZ, 1999, p. 38).

Ingressam nesse modelo econômico, costumeiramente, os trabalhadores economicamente marginalizados: desempregados ou submetidos à economia informal. Nesta é possível se encontrar grandes potenciais de empreendedorismo, criatividade, produtividade, competência e inovação, que poderiam ser aproveitados em projetos de economia solidária.

Entretanto, a falta de informação colabora para que o desemprego e a extralegalidade permaneçam. Muitos desses indivíduos sequer sabem da existência e possibilidade de se engajarem com projetos de trabalho coletivo, fazendo clara a necessidade de políticas públicas facilitadoras da transição. Vários daqueles que se encontram na extralegalidade possuem bens, capital e conhecimento para empreender, mas são posses defectivas, ilegais, de modo que o capital não é fomentado e multiplicado.

Hernando de Soto (2001, p. 19), na obra *O Mistério do Capital*, chama esta propriedade de capital morto, ou seja, que não possui capacidade de produzir mais capital. É preciso que este entre na esfera da legalidade para que tenha capacidade de aumentar a produtividade do trabalho e gerar riqueza para as nações.

Segundo a Organização Internacional do Trabalho, o termo economia informal refere-se a "todas as atividades econômicas dos trabalhadores e das unidades econômicas que, na lei ou na prática, não estejam cobertas ou estejam insuficientemente cobertas por disposições formais". Deixa claro que não se inserem nessa conceituação as atividades ilícitas, sejam elas de prestação de serviços ou de produção, venda ou posse de bens proibidos por lei (OIT, 2015, p. 09).

Tais economias não geram impacto positivo no desenvolvimento das empresas sustentáveis e receitas públicas, tendo em vista que atuam na contramão da concorrência leal dos mercados e da segurança das instituições. Apesar disso, a OIT reconhece que a opção pela atuação na informalidade decorre da falta de acesso à economia formal, em especial no que diz respeito ao capital (OIT, 2015, p. 06-09).

O processo de legalização de um comércio ou propriedade pode durar anos e, tão difícil quanto se tornar legal, é permanecer na legalidade, o que o leva a afirmar que “não são os migrantes que quebram as leis, mas elas que o quebram”. A burocracia exigida e alto preço da legalidade fazem com que as pessoas optem por permanecer fora do sistema, como “extralegais”. Com base em acordos informais, baseados nos costumes e improvisação, operam fora da economia formal, de acordo com a oferta e procura de cada mercado ilegal em que estão inseridos, formando um setor subcapitalizado (SOTO, 2001, p. 39).

O acesso restrito à propriedade formal faz com que grande parte da população não consiga colher os benefícios que a propriedade regular proporciona. Os prejuízos também são colhidos pelos Estados que não conseguem integralizar todos os capitais com potencial ativo.

Segundo Hernando Soto (2001, p. 63-78), seis são os efeitos positivos da propriedade regular: a fixação do potencial econômico dos ativos; a integração das informações dispersas em um único sistema; a responsabilização das pessoas; a transformação dos ativos em bens fungíveis; a integração das pessoas; e a proteção das transações.

Os seis efeitos identificam que não vale a pena manter na extralegalidade um capital tão vultuoso, como também foi quantificado pelo autor. Os atores submersos na economia informal devem contar com mecanismos estatais para ter seu capital integralizado, principalmente porque isso colabora para o desenvolvimento econômico do Estado.

Um integrado sistema de propriedade alarga a abrangência das negociações e permite que os indivíduos se interliguem de forma ampla. Além disso, garante a diminuição de custos para saber as qualidades econômicas dos ativos e possibilita a utilização desses para aumentar sua própria produção e a divisão do trabalho (SOTO, 2001, p. 78-79).

Atualmente, percebe-se uma incompatibilidade entre a ordem legal e a dinâmica social. Uma grande parcela da população permanece fora do sistema da legalidade, que acaba sendo destinado a poucos privilegiados que conseguem legalizar suas propriedades. Isso pode ser mudado somente com vontade política apta a criar um sistema de propriedade que seja de fácil acesso.

As economias informais também se constituem um dos maiores desafios atinentes à concretização do trabalho decente, tendo em vista o corriqueiro desrespeito à legislação trabalhista pátria e internacional. Assim, o resultado esperado na transição da economia informal para a formal é a garantia de trabalho digno para todos e o desenvolvimento inclusivo (OIT, 2015, p. 06).

Em 2015 a Organização Internacional do Trabalho lançou, na Conferência Internacional do Trabalho, 104ª sessão, realizada em Genebra, a recomendação denominada "A transição da economia informal para a economia formal". Esta foi desenvolvida em virtude do reconhecimento da elevada incidência da economia informal no mundo e da certeza de que aqueles que optam por

ela o fazem não por preferência, mas em virtude da falta de oportunidades na economia formal e da ausência de outros meios para prover o próprio sustento.

Na recomendação, a OIT (2015, p. 10) reconheceu que a atuação na informalidade tende a gerar trabalhos indignos, tendo em vista o costumeiro desrespeito à legislação trabalhista. Os empreendimentos situados na extralegalidade não passam, por exemplo, pelos processos de fiscalização do Ministério do Trabalho e do Ministério Público, em virtude da ausência de registros. Por saberem que são pequenas as chances de inspeção, acabam por negar direitos trabalhistas àqueles envolvidos, gerando baixos rendimentos e produtividade.

Conforme dispõe, mulheres, jovens, migrantes, idosos, indígenas, tribais e pessoas portadoras de necessidades especiais são os mais explorados na economia informal (OIT, 2015, p. 06). Isso ocorre porque estes indivíduos são os menos valorizados na economia formal, ganhando, normalmente, os menores salários e desempenhando as funções menos apreciadas.

Estes trabalhadores representam grande parte da mão de obra mundial, podendo contribuir com qualidade e empreendedorismo para o desenvolvimento econômico das nações. Assim, são necessárias diretrizes internacionais para transição da economia informal para a formal e desenvolvimento, através do diálogo social, de políticas públicas regionais.

Um dos mecanismos a serem utilizados para auxiliar na legalização é a assistência para o desenvolvimento de economias solidárias. Muitos dos obstáculos apontados para a passagem para a formalidade, como o difícil acesso ao capital, podem ser solucionados se os empreendedores optam por trabalhar e desenvolver o negócio em coletividade. Consoante dispõe José Odelso Schneider (1999, p. 134), quando os trabalhadores juntam "pequenas poupanças de muitos, possibilita o capital suficiente para iniciar uma empresa coletiva, que lhes oferece trabalho e renda".

A globalização e a rápida mudança tecnológica que esta proporciona também são desafios à formalidade, vez que suprimem muitos postos tradicionais de trabalho gerando desemprego e desequilíbrio social. Por meio da economia solidária é possível garantir a "sobrevivência do trabalhador e do pequeno produtor autônomo num mercado cada vez mais competitivo e exigente" (SCHNEIDER, 1999, p. 134).

Sob essas perspectivas, entende-se que dentre diretrizes internacionais a serem criadas e, tendo em vista que, um dos objetivos da transição da economia informal para a economia formal, conforme Recomendação da OIT (2015, p. 08), é promover o trabalho digno para todos, tem-se a necessidade de inclusão da economia informal e economia solidária no conceito da OIT de trabalho decente.

Acreditando nessa concepção é que o Ministério do Trabalho e Emprego do Brasil

encaminhou para a OIT, em 2014, proposta para a inclusão da economia solidária em uma resolução<sup>3</sup>. Como se verá, o país já possui diversas políticas nacionais e regionais que tratam de fomento de cooperativas e desenvolvimento da economia solidária. Os exemplos de sucesso têm garantido o desenvolvimento do trabalho decente dentro de uma sociedade mais justa e igualitária. A experiência indica que este é um mecanismo em potencial para a transição da economia informal para a formal, logo precisa de guarida internacional.

O trabalho desempenhado na extralegalidade não promove o desenvolvimento sustentável nem a harmonia econômica, logo não pode ser considerado trabalho digno. À vista disso, dentre os direitos fundamentais do trabalho, considerados como paradigmas do trabalho decente, deve-se incluir o direito à obtenção de auxílio governamental para a formalidade.

Com relação à economia solidária, muitas vezes constituída em forma de cooperativas, destaca-se a afirmação constante no item 3, alínea c, da Recomendação "A transição da economia informal para a economia formal": "3. Para os efeitos da presente Recomendação, as unidades econômicas da economia informal incluem: c) cooperativas e as unidades da economia social e solidária" (OIT, 2015, p. 09).

Diverge-se da afirmação anterior de que as cooperativas e unidades da economia solidária necessariamente façam parte daqueles empreendimentos situados na informalidade. É certo que parte dessas economias podem estar à margem da legislação, mas isso não significa que o conceito não deva ser utilizado como um dos paradigmas do trabalho digno, mas sim que o quanto antes estes empreendimentos devem receber respaldo governamental para sua regularização. Justamente porque a finalidade da economia solidária é a "superação da dimensão puramente econômica, valorizando o desenvolvimento integral do homem" (GALVÃO, 1999, p. 126) é que esta é um preciso caminho para o trabalho decente.

É possível concretizar relações trabalhistas dignas, promover a passagem de empreendimentos para a formalidade e ampliar postos de trabalho decente através do fomento da solidariedade na economia. Esta, entretanto, só é possível ser concretizada através de ações que garantam produzir, comercializar e consumir igualmente. Não se deve conceber que a desigualdade e a exploração são conjunturas sociais naturais.

Esforços para a promoção do trabalho decente através da inclusão na formalidade e do impulso da economia solidária já são destaques no Brasil. Para que o alcance seja mundial, entretanto, a OIT precisa se posicionar frente as novas realidades sociais, criando recomendações que direcionem as legislações locais e convenções que vinculem os Estados-membros.

---

3 É o que se vê no endereço eletrônico do portal da Secretaria do Trabalho e desenvolvimento social do Governo do Estado do Ceará. Disponível em: <<http://www.stds.ce.gov.br/index.php/listanoticias/778-conferencia-estadual>>. Acesso em: 27 jun. 2019

#### **4. AVANÇOS NO BRASIL PARA INCLUSÕES DAS ECONOMIAS INFORMAL E SOLIDÁRIA**

As vítimas da exclusão social buscam, costumeiramente, inserção no mercado produtivo através de várias formas de trabalho informal. As barreiras encontradas para a regularização de suas propriedades são tantas que, em prol da subsistência, não hesitam em desenvolver autonomamente ou em coletividade atividades sem respaldo da lei.

O Brasil, em atenção a estas circunstâncias, tem atuado criando mecanismos para a transição da economia informal para a formal e para o fomento da economia solidária. Com políticas públicas e ações afirmativas, tem ampliado dentro de suas fronteiras o trabalho decente e, em consequência, sido objeto de admiração no exterior, como afirmou Paulo Singer (2008, p 296).

Em 2006, com a publicação da Lei Complementar n. 123, que criou o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, o Brasil avançou jurídico e socialmente na inclusão e permanência de pequenos empreendimentos no mercado. Mediante tratamento diferenciado e simplificação, criou mecanismos para a transição da informalidade para a formalidade.

Conforme consta no artigo 1º do instituto normativo, a finalidade do sistema está justamente em gerar inclusões de empreendimentos marginalizados no mercado formal. Para tanto, a lei instituiu, no âmbito tributário, regime único de arrecadação e cadastro nacional único de contribuintes e no âmbito econômico, facilidade no acesso ao crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos poderes públicos. Outras oportunidades e simplificações merecem ser destacadas:

simplicidade e unicidade nos processos de abertura, registro e alteração, inclusive por meio eletrônico, artigo 4º; isenção de custos ao microempreendedor individual (art. 4º, §3º); informações e orientações facilitadas e unificadas disponibilizadas na rede mundial de computadores, inclusive para pesquisas prévias (art. 5º); apoio do SEBRAE - Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (art. 26, §9º) no desenvolvimento e manutenção das soluções de tecnologia, capacitação e orientação aos usuários e etc.; preferência de contratação nas licitações (art. 44 e 47); facilitação na exportação (art. 49-A); desoneração das obrigações trabalhistas (art. 51); fiscalização orientadora (art. 55); acesso a linhas de crédito facilitado e ágil (art. 57 e seguintes) (ARAGOS; KEMPFER, 2015, p. 344-345).

Desde a sua criação, a Lei foi alterada em aspectos normativos, fiscalizatórios e de incentivos, evidenciando que o país continuou atuando para aperfeiçoar o instituto de acordo com a realidade social, de modo a torná-lo efetivo (ARAGOS; KEMPFER, 2015, p. 344-346). Desse modo, o sistema tem contribuído para o aumento da formalização no país, diminuição das desigualdades e para enfrentar os desafios de um mercado cada dia mais competitivo.

Outro fator contribuiu grandemente para o processo de legalização de empreendimentos no Brasil. Por meio da Lei complementar n. 128/2008, houve a modificação da lei geral da Micro e

Pequena empresa para incluir a figura do microempreendedor individual (MEI). Segundo matéria publicada no site brasileiro da Organização Internacional do Trabalho, a inovação legislativa permitiu a formalização de quatro milhões de pequenos negócios<sup>4</sup>.

Enquadra-se como MEI toda pessoa que realiza uma atividade econômica de maneira autônoma, não possui participação em outra empresa como sócio ou titular e fatura no máximo até oitenta e um mil reais por ano (art. 18-A, §1º e §4º, Lei Complementar n. 123/2006). A opção pela regularização como MEI garante registro no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, facilitando abertura de conta bancária, acesso ao crédito, emissão de nota fiscal e isenção de tributos federais.

O empreendedor é enquadrado no Simples Nacional, pagando um valor mensal destinado à Previdência Social e referente ao ICMS ou ISS. Dentre os benefícios previdenciários a que tem direito destaca-se o auxílio maternidade, auxílio doença e aposentadoria por idade<sup>5</sup>.

O modelo brasileiro se tornou referência mundial e por essa razão foi apresentado na Conferência Internacional do Trabalho realizada em Genebra (Suíça), no ano de 2014<sup>6</sup>. Os avanços no país, que tem contribuído para o aumento da formalização, demonstram que o Brasil está em consonância com um dos objetivos estratégicos da OIT: combater a informalidade e promover o trabalho decente.

Além do empenho relativo à Microempresa, Empresa de Pequeno Porte e Microempreendedor Individual, o Brasil tem atuado na formalização de empreendimentos coletivos. Isso é o que se vê com "políticas públicas de fomento e apoio à Economia Solidária que foram adotadas por muitas municipalidades e alguns governos estaduais" (SINGER, 2011, p. 408).

Para a implantação do novo modelo econômico, o Estado brasileiro tem estimulado a formação de cooperativas por meio da criação de órgãos de apoio. Atualmente, é possível encontrar organizações que surgem após a intervenção do Estado em determinadas coletividades e outras que "constituem iniciativas espontâneas dos operários, nascidas no bojo da organização popular" (GALVÃO, 1999, p. 125).

As cooperativas isoladamente são muito frágeis, porque os trabalhadores, em regra, não possuem conhecimento, capital e fácil acesso ao mercado. Por essa razão as Secretarias se colocam como fundamentais para dar apoio e orientação a estas entidades (SINGER, 2008, p 296). Nesse sentido, e com o intuito de fomentar a Economia Solidária, em 2003, o Congresso Nacional aprovou o projeto de Lei que criou a Secretaria Nacional de Economia Solidária (SENAES) como órgão do

---

4 É o que se vê no endereço eletrônico do portal da OIT. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/avanco-na-reducao-da-informalidade>>. Acesso em: 26 jun. 2019.

5 É o que se vê no endereço eletrônico do portal do Micro Empreendedor Individual. Disponível em: <<http://www.portaldoempreendedor.gov.br/mei-microempreendedor-individual>>. Acesso em: 26 jun. 2019.

6 É o que se vê no endereço eletrônico do portal da OIT. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/oit-e-sebrae-discutem-informalidade>>. Acesso em: 26 jun. 2019.

Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) (SINGER, 2011, p. 407).

A vinculação ao MTE foi de extrema importância para que o desenvolvimento da Economia Solidária estivesse intimamente ligado a políticas públicas de trabalho. O objetivo era desenvolver postos de trabalho decente, com predomínio de propriedade coletiva e a autogestão. A promoção, entretanto, não seria apenas de responsabilidade da SENAES, mas também, e principalmente, do MTE (FARIA; SANCHEZ, 2011, p. 419-420).

Um dos importantes papéis da SENAES foi a elaboração de espaços de participação e controle social de políticas públicas. Foram criados Grupos de Trabalho (GTs) para a discussão e compartilhamento de informações, bem como desenvolvimento de ações para implantação de economias solidárias em um diálogo entre a sociedade civil e Estado (FARIA; SANCHEZ, 2011, p. 424-425).

A maior dificuldade enfrentada pela economia solidária hoje é o acesso ao capital, porque em geral são empreendimentos formados por pessoas da classe baixa. O sistema financeiro formal atende, prioritariamente, aqueles que possuem capital para demonstrar que são capazes de quitar seus débitos. Ou seja, aqueles que formam a economia solidária e que não possuem patrimônio para garantir a devolução de empréstimos, por exemplo, são marginalizados (SINGER, 2008, p. 302).

Para superar este desafio o Brasil desenvolveu um Departamento de Economia Solidária no Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES). Neste, as empresas cooperadas, participantes de economias solidárias, possuem uma linha especial de crédito, com exigências reduzidas de garantias. Desenvolveu-se um trabalho tripartite envolvendo BNDES, SENAES e as grandes federações de cooperativas – a Unisol e a Anteag – para garantir financiamentos às economias solidárias (SINGER, 2008, p. 304).

No âmbito agrícola, o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (Pronaf), criado no governo de Fernando Henrique Cardoso e desenvolvido com o presidente Luis Inácio Lula da Silva, passou a subsidiar a economia solidária no âmbito da agricultura familiar, mesmo nos casos em que a família estava situada na margem de miserabilidade econômica. Os créditos, com juros de 2% ao ano, recebem inclusive abatimento de 25% do valor, no ato do pagamento, quando solicitados pelos mais pobres (SINGER, 2008, p. 304).

Programas emancipatórios como Pronaf-Mulher, o Pronaf-Jovem passaram a oferecer microcrédito para grupos marginalizados e que possuíam ainda maiores dificuldades de acesso ao capital. A importância da economia solidária se associa justamente à reinserção desses grupos ao mercado produtivo e à vida social e ao desenvolvimento de uma economia igualitária e desalienante (SINGER, 2008, p. 304-305).

Outro movimento importante em vista da efetivação das economias coletivas foi a criação

do Fórum Brasileiro de Economia Solidária (FBES). Em 2001, com o aumento do grupo de cooperativas, foi promovido em Porto Alegre, Brasil, o I Fórum Social Mundial, com o intuito de discutir alternativas para mudanças sociais globais. O evento ocorria anualmente e, na sua terceira edição, em Janeiro de 2003, contou com a discussão sobre a criação do Fórum Brasileiro de Economia Solidária (FARIA; SANCHEZ, 2011, p. 418).

No mesmo ano, em junho, o FBES foi criado como instrumento para promoção da Economia solidária. Conforme consta no site oficial, o organismo ampara mais de 160 fóruns municipais, microrregionais e estaduais, envolve milhares de pequenos empreendimentos econômicos, além de estados e entidades de assessoria.<sup>7</sup>

Além dos mecanismos citados, entidades educativas também tem se envolvido no apoio e desenvolvimento da economia solidária. Dentre os trabalhos realizados pelas universidades brasileiras cita-se a implantação, pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, da Incubadora Tecnológica de Cooperativas Populares:

Esse programa presta serviços necessários para a montagem e reciclagem de cooperativas. As cooperativas assistidas recebem de sua assessoria, durante o primeiro ano de vida, todo o apoio técnico necessário para um bom desempenho no mercado. A incubadora é constituída de um núcleo básico interdisciplinar que conta com uma equipe permanente, formada por técnicos das áreas de administração, contabilidade, economia, direito, sociologia, psicologia, engenharia de produção, serviço social, arquitetura, programação visual e consultores de várias áreas (GALVÃO, 1999, p. 127).

O cenário brasileiro referente à economia solidária tem despertado interesse internacional, em virtude do crescimento exponencial de excelentes experiências. O debate internacional acerca do tema não é restrito, mas efetivas ações e políticas foram desenvolvidas em maior escala no Estado brasileiro. Por essa razão é que diversos países tem solicitado a participação da SENAES em eventos de cooperação. Cita-se Venezuela, Bolívia, Cuba, Austrália, Bélgica, França, Alemanha, Moçambique e Angola (FARIA; SANCHEZ, 2011, p. 437).

No contexto internacional, a SENAES priorizou sua atuação, a partir de 2007, na Reunião Especializada de Cooperativas do Mercosul (RECM), que não tinha em sua agenda, até então, a economia solidária. O órgão brasileiro, dentro da reunião, tem desenvolvido: "1. Integração político-cultural da Economia Solidária nos países da região; 2. Mapeamento e construção da Economia Solidária na região; 3. Integração socioeconômica solidária; e 4. Integração de políticas públicas" (FARIA; SANCHEZ, 2011, p. 438-439).

Tal fato evidencia que o Brasil tem adotado uma postura inovadora e progressista no que se refere ao desenvolvimento econômico sustentável, promoção de relações de trabalho dignas e efetivação do trabalho decente. Vale lembrar, entretanto, que referente à incorporação da economia

---

<sup>7</sup> É o que se vê no endereço eletrônico do portal do FBES OIT. Disponível em: <<http://fbes.org.br/o-fbes/>>. Acesso em: 26 jun. 2019.

solidária na realidade brasileira, as informações anteriores situam-se no âmbito de políticas governamentais. Faz-se fundamental que os programas e ações sejam transformados em legislação, para que, do ponto de vista do Estado, os indivíduos tenham asseguradas as garantias e benefícios do trabalho coletivo.

## **CONCLUSÃO**

Ainda são longos os desafios a serem enfrentados pelo Brasil para ampliar a garantia ao trabalho decente. O respaldo internacional, apesar de amplo, ainda é deficiente no que se refere às novas formas de economia e aos mecanismos de formalização de pequenos empreendimentos. Apesar disso, o país não tem aguardado a atuação da OIT para se posicionar progressivamente com relação às políticas dessas áreas.

Atualmente o Brasil conta com inúmeros instrumentos normativos para a legalização da propriedade e multiplicação do capital. Dentre eles o trabalho destacou a Lei Complementar n.123 de 2006, que disciplinou o estatuto das microempresas e empresas de pequeno porte, bem como sua alteração, pela Lei Complementar n. 128 de 2008, que previu o microempreendedor individual. Após a edição desses instrumentos normativos, milhares de pequenos empreendimentos ingressaram no sistema legal, fazendo com que seus proprietários passassem a usufruir dos benefícios da regularização, bem como colaborando para o desenvolvimento da nação.

Diversos avanços são constatados no Brasil também com relação à implantação de economias solidárias. Apesar dos avanços, todavia, infelizmente o país ainda conta com falsas cooperativas, que possuem como único propósito se apropriar da mão de obra para promover terceirizações ilícitas, flexibilização das normas trabalhistas e fraudar o Direito do Trabalho. Para o combate desses problemas sociais, faltam políticas globais que deem suporte a fiscalizações, punições, financiamentos, educação profissional e inclusão no mercado.

As mudanças propostas pelas economias solidárias, como a democratização das relações de trabalho, ainda não são suficientes para garantir que essas são a resposta exata ao desemprego e à informalidade. Apesar disso, fazem parte da mobilização social e não podem ser desconsideradas como um dos caminhos para a efetivação do trabalho decente.

A economia solidária é mais do que um modelo mercadológico: é uma cosmovisão com roupagem econômica. Por ter surgido em virtude da falência do capitalismo tradicional é que se pode pensar que é alternativa para o desenvolvimento e fortalecimento de organizações econômicas e relações de trabalho.

## **REFERÊNCIAS**

ALVES, Rubens Valtecídes. **A discriminação do Trabalho Perante a OIT**. In: MENEZES, Wagner (Coord.). Estudos de direito internacional: anais do 6º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Curitiba: Juruá, 2008. p. 351-359.

ARAGOS, Rafael; KEMPFER, Marlene. Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte e a interpretação sistemática para promover a permanência no domínio econômico. In: **Conpedi**, 24., 2015, Aracajú. Anais do XXIV Encontro Nacional do Conpedi. Aracajú: 2015. p. 341-364.

ARROYO, João Cláudio Tupinambá; SCHUCH, Flávio Camargo. **Economia popular e solidária: alavanca para um desenvolvimento sustentável e solidário**. 1. ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.

BRASIL, **Agenda Nacional de Trabalho Decente**. Brasília – Brasil: XVI Reunião Regional Latino-Americana da OIT, 2006.

BRASIL, **Trabalho decente nas Américas: uma agenda hemisférica, 2006-2015**. Brasília – Brasil: XVI Reunião Regional Americana da OIT, 2006.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Trabalho decente: análise jurídica da exploração, trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno**. São Paulo: LTr, 2004.

DAL RI, Neusa Maria; VIEITEZ, Candido Giraldez. **A economia solidária e desafio da democratização das relações de trabalho no Brasil**. In: \_\_\_\_\_ (Org.). Economia solidária: o desafio da democratização das Relações de Trabalho. São Paulo: Arte e Ciência, 1999, p. 11-42.

FARIA, Maurício Sardá de; SANCHEZ, Fábio José Bechara. A economia solidária no Governo Federal: intersectorialidade, transversalidade e cooperação internacional. In: BENINI, Édi; FARIA, Maurício Sardá de; NOVAES, Henrique T.; DAGNINO, Renato (Orgs.). **Gestão Pública e sociedade: fundamentos e políticas públicas de economia solidária**. 1. ed. São Paulo: Outras expressões, 2011. p. 413-442. vol. I.

GALVÃO, Marisa Nunes. **Cooperação e solidariedade nas relações de trabalho**. In: DAL RI, Neusa Maria (Org.). Economia solidária: o desafio da democratização das Relações de Trabalho. São Paulo: Arte e Ciência, 1999, p. 115-132.

GIGLIO, Wagner D. **O.I.T. e Convenções internacionais do trabalho ratificadas pelo Brasil**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1973.

QUEIROZ, Miron Tafuri. **A integração das convenções da organização internacional do trabalho à ordem jurídica brasileira**. 2009. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito do Largo São Francisco, São Paulo, 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Gláucio Araújo de; OLIVEIRA JÚNIOR, Voldir Franco de. **O trabalho escravo contemporâneo e o direito internacional do trabalho**. In: MENEZES, Wagner (Coord.). Estudos de direito internacional: anais do 5º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Curitiba: Juruá,

2007. p. 206-214.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Constituição da Organização Internacional do Trabalho**. Montreal – Canadá: Conferência Internacional do Trabalho, 1946.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais do trabalho**. Genebra – Suíça: Oficina Internacional do Trabalho, 1998.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Recomendação da transição da economia informal para a economia formal. Relatório V (2B)**. Genebra – Suíça: Bureau Internacional do Trabalho, 2015.

REMEDIO, José Antônio; SANTIN, Valter Foletto; REMEDIO, Davi Pereira. O combate ao trabalho escravo no Brasil por sanção criminal. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto-SP, v. 26, n. 2, p. 100-114, jul./dez 2017.

ROMITA, Arion Sayão. **Globalização da economia e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1997.

SANTANA, Marco Aurélio; RAMALHO, José Ricardo. **Sociologia do trabalho no mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004. E-book. ISBN: 9788571107847.

SANTIN, Valter Foletto. Migração e discriminação de trabalhador. **Revista Argumenta**. Jacarezinho-PR, n. 7, p. 131-140, jan./dez 2007.

SCHNEIDER, José Odelso. **Desafios e Perspectivas das cooperativas de trabalho**. In: DAL RI, Neusa Maria (Org.). *Economia solidária: o desafio da democratização das Relações de Trabalho*. São Paulo: Arte e Ciência, 1999, p. 133-149.

SILVA, Felipe Luiz Gomes e. Gestão da subjetividade e novas formas de trabalho: velhos dilemas e novos desafios. In: BENINI, Édi A; FARIA, Maurício Sardá de; NOVAES, Henrique T.; DAGNINO, Renato (Orgs.). **Gestão Pública e Sociedades: fundamentos e políticas públicas de economia solidária**. 1. ed. São Paulo: Outras Expressões, 2001. p. 47-70. v. I.

SINGER, Paulo. A economia solidária no Governo Federal. In: BENINI, Édi; FARIA, Maurício Sardá de; NOVAES, Henrique T.; DAGNINO, Renato (Orgs.). **Gestão Pública e sociedade: fundamentos e políticas públicas de economia solidária**. 1. ed. São Paulo: Outras expressões, 2011. p. 407-412. vol. I.

SINGER, Paulo. Economia solidária. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 22, n. 62, p. 289-314, jan./abril. 2008. Entrevista concedida a Paulo de Salles Oliveira.

SOTO, Hernando de. **O mistério do capital**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1988.

\_\_\_\_\_. **Direito Internacional do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 20. ed. São Paulo: LTr, 2002. v. II.

# PODER DECISÓRIO NA POLÍTICA PÚBLICA DA SAÚDE E SEU EFEITO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO

Lorena Roberta Barbosa CASTRO<sup>1</sup>  
Dirceu Pereira SIQUEIRA<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente estudo tem por objetivo identificar se há uma relação direta de causa e consequência entre o poder decisório dos atores políticos e os efeitos produzidos na efetivação do direito à saúde. Para tanto, elege como figura de breve análise a Operação Panaceia (PR), que denunciou prefeito e secretários do município de Corbélia, no interior do estado do Paraná, por fraude em licitação de remédios. Assim, apoia-se na teoria jurídica do papel da política pública para responder se existe relação entre a tomada de decisão daqueles atores e o papel do direito como moldura, utilizando da revisão bibliográfica pertinente ao tema. Por fim, o trabalho objetivará contribuir para com a reflexão acadêmica acerca da relação de poder que tem os atores políticos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos da Personalidade. Estado de bem-estar. Equidade.

## RESUMEN

El presente estudio pretende identificar si existe una relación directa de causa y consecuencia entre el poder de decisión de los actores políticos y los efectos producidos en la realización del derecho a la salud. Para eso, elige como figura de breve análisis la Operación Panaceia, en el estado de Paraná, Brasil, que denunció al alcalde y secretarios del municipio de Corbélia, en el interior del estado de Paraná, por fraude en la licitación de medicamentos. Por lo tanto, se basa en la teoría legal del papel de la política pública para responder si existe una relación entre la toma de decisiones de esos actores y el papel de la ley como marco, utilizando la revisión bibliográfica pertinente al tema. Finalmente, el trabajo pretende contribuir a la reflexión académica sobre la relación de poder que tienen los actores políticos.

**PALABRAS-CLAVE:** Derechos de la Personalidad. Estado de bienestar. Equidad.

## 1 INTRODUÇÃO

Promoção da saúde não se resume em cuidados médicos de um indivíduo isoladamente considerado, é um contexto a ser considerado, analisado e estudado, a constatação biopsicossocial do ser humano. Assim, a promoção da saúde como forma essencialmente de promoção humana, no específico sentido de efetivar o direito à saúde, é campo de muitos debates científicos, principalmente em se tratando de políticas públicas, merecendo ainda mais discussões, uma vez ainda não esgotada a temática. Ao contrário, as discussões tendem a se aprofundar cada vez mais

---

1 Graduada em Direito pela UniCesumar (2017); Mestranda em Ciências Jurídicas pela UniCesumar, na condição de bolsista PROSUP/CAPES; Pós-graduada em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá – UEM (2019); Endereço eletrônico: lorennaroberta@hotmail.com;

2 Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal); Doutor e Mestre em Direito Constitucional pelo Centro de Pós-Graduação da ITE/Bauru – SP; Coordenador e Professor do Programa Pós-graduação em Ciências Jurídicas – Mestrado em Direito no Centro Universitário de Maringá/PR - UniCesumar; Pesquisador do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI); Advogado; Endereço eletrônico: dpsiqueira@uol.com.br .

para contribuir ao longo horizonte desse campo interdisciplinar que da saúde, isto é, não se restringe às áreas biológicas ou às ciências sociais aplicadas, buscando uma positivação, regulamentação ou implementação, estão concatenadas.

O presente estudo, por sua vez, considerando de um lado a busca pela promoção da saúde por intermédio de políticas públicas e, de outro, a existência de um processo, no sentido de etapas, para a criação e implementação da política pública almejada, se preocupará em responder a seguinte questão: em que medida o poder decisório, diante de uma fraude licitatória para distribuição de medicamentos, influencia no direito à saúde tutelado? Levantando como hipótese que há uma relação de causa e efeito entre a motivação da decisão e o esperado pela comunidade, que poderá levar ao desvio da finalidade da política criada, ainda que efetivado o direito analisado, isto é, ainda que seja realizada a distribuição dos medicamentos.

Para tanto, elege como figura de breve análise a Operação Panaceia (PR), que denunciou prefeito e secretários do município de Corbélia, no interior do estado do Paraná, por fraude em licitação de remédios. E, valendo-se do método dedutivo, utilizará da pesquisa bibliográfica para levantamento dos principais estudos pertinente, apoiando-se na teoria jurídica do papel da política pública, isto brevemente é, funções essenciais do direito em políticas sociais, com o objetivo geral de analisar o direito à saúde na Constituição da República Federativa de 1988 e, especificamente, analisar política e direito da temática.

Assim, a pesquisa se dividirá em duas partes para, então, concluir os principais achados. A primeira parte se dedicará ao estudo do direito à saúde na Constituição Federal brasileira (1988), investigando o direito à saúde, além de um direito social, como também um direito personalíssimo.

Na segunda parte será levantada a existência de uma diferenciação entre políticas públicas e políticas sociais, inferindo que saúde é efetivada por políticas sociais. Destacará, em seguida, a fase decisória da política pública para identificar quem são seus atores e o poder que esses possuem. Em uma breve análise ao escândalo da Operação Panaceia, deflagrada no interior do estado do Paraná por fraude em licitações de remédios, buscará identificar a relação de poder dos atores da política pública.

Por fim, o trabalho objetivará contribuir para com a reflexão tanto acadêmica acerca da relação de poder que tem os atores políticos, quanto despertar a reflexão constitucional, na medida em que há princípios da administração pública que limitariam o poder decisório político.

## **2 DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**

Direito à saúde, na ordem constitucional brasileira, é direito social de responsabilidade do

Estado. O Capítulo II, do Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), traz expressamente que o direito à saúde é um direito social, em seu art. 6<sup>o</sup>, reafirmando essa condição na medida em que deve ser considerado tanto para a contraprestação laboral (art. 7<sup>o</sup>, IV da CF/88<sup>4</sup>), quanto como critério normativo de redução de riscos do trabalho (art. 7<sup>o</sup>, XXII da CF/88)<sup>5</sup>, compreendendo, assim, que além de direito fundamental é direito social, conforme a disposição da Constituição.

Integra, ainda, o Capítulo II, Da Seguridade Social, agora expresso no Capítulo II, da Seguridade Social, segundo o art. 194 da CF/88 preceitua que “seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas assegurar os direitos relativos à saúde [...]”. A Constituição brasileira destinou, ainda, cinco artigos (art. 199 ao art. 200, CF/88), para abordagem exclusiva da temática, na Seção II – Da Saúde, dentro do Título da Ordem Social.

Essa previsão constitucional específica da saúde, estabelece inicialmente esse direito como “direito de todos e dever do Estado”, conforme a redação do art. 196 da CF/88, diverso da noção constitucional portuguesa, em que o art. 64 da Constituição da República Portuguesa consagra “a proteção da saúde como um dever, mas, sobretudo, como um direito de todos, realizado através de um serviço nacional de saúde (SNS) universal, geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito”, conforme estudado por Sofia Crisóstomo<sup>6</sup>.

O art. 196 da CF/88, logo após estabelecer a responsabilidade do Estado, infere que o direito à saúde será “garantido mediante políticas sociais e econômicas”, incluindo o direito à saúde como uma relação entre Estado-sociedade-indivíduo estabelecido em um plano jurídico, conforme Nogueira e Pires<sup>7</sup> afirmam, que há uma distinção de contraposição entre direito individual e plano social, sendo que no plano individual, conforme estabelecem, “a garantia do direito à saúde envolve a liberdade em várias situações, como por exemplo, o tipo de tratamento, a relação com o meio ambiente e as condições de trabalho”<sup>8</sup>, já no plano social,

3 Art. 6<sup>o</sup> São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

4 Art. 7<sup>o</sup> São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

5 Art. 7<sup>o</sup>. [...] XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

6 CRISÓSTOMO, Sofia. O artigo 64.º da Constituição da República Portuguesa. **Sociologia, problemas e práticas**. Número especial, 2016, p. 33-34, DOI: 10.7458/SPP2016NE10349. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/spp/nesp1/nesp1a04.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

7 NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro; PIRES, Denise Elvira Pires de. Direito à saúde: um convite à reflexão. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 20(3), mai-jun, 2004, p. 757. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v20n3/12.pdf> . Acesso em: 16 abr. 2019.

8 Ibid., p. 756.

[...] o direito à saúde pode ser avaliado em duas vertentes: na primeira, as exigências aos indivíduos face às necessidades coletivas, que é o que os obriga a submeterem-se às normas jurídicas, como à vacinação, ao tratamento, ao isolamento em casos de algumas doenças infecto-contagiosas, à destruição de produtos impróprios para o consumo, ao controle do meio ambiente e do ambiente de trabalho; e, a segunda, diz respeito à garantia da oferta de cuidados da saúde a todos que deles necessitam, o que corresponde ao ideal de igualdade, e que, por sua vez, se submete ao pleno desenvolvimento do Estado democrático de direito<sup>9</sup>.

Assim, o direito à saúde tanto no plano individual, em uma liberdade individual, quanto no coletivo, aos cuidados e necessidades sociais de saúde, considera o indivíduo em sua unicidade, autonomia, capaz de escolher e colocar outros indivíduos em risco, em decorrência da saúde, protegendo vários aspectos da saúde do indivíduo coletivamente considerado, por isso, um direito social.

A própria disposição da Constituição de 1988, frisa-se, cujo fundamento é, entre outros, a dignidade da pessoa humana, o “ponto nuclear onde se desdobram todos os direitos fundamentais do ser humano, vinculando o poder público como um todo, bem como os particulares, pessoas naturais ou jurídicas”, segundo Szaniawski<sup>10</sup>, passando a ser entendida como uma cláusula geral de interpretação de todo o ordenamento jurídico brasileiro, até porque “Constituições modernas são documentos dialéticos, que consagram bens jurídicos que se contrapõem”, conforme a lição de Barroso<sup>11</sup>.

## 2.1 Direito à saúde, um direito da Personalidade

O direito à saúde, conforme a sua exposição constitucional, como um direito fundamental, esbarra na noção de direito personalíssimo, isto é, inerente ao indivíduo. A expansão da autonomia privada, garantida privacidade constitucionalmente a uma pessoa digna a partir dos direitos e garantias fundamentais emanadas precipuamente do art. 5º da Constituição Federal (1988), confere uma elasticidade ao ínfimo rol previsto pelo Código Civil Brasileiro de 2002, em seu Capítulo II – Dos Direitos da Personalidade, que expressamente trouxe a noção de prevalência da proteção da personalidade humana sobre o patrimônio, mas apenas no que diz respeito à identidade, integridade, intimidade e vida privada, de maneira restrita<sup>12</sup>, “que, mesmo assim, não estão aptas a garantir uma

9 Ibid., p. 756.

10 SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 142.

11 BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo** – FGV. v. 240 (2005), p. 14. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 12 abr. 2019.

12 Noção extraída Código Civil (CC), (i) dos artigos nº 16 a 19, que dizem respeito à proteção do nome, compreendido como prenome e sobrenome, e ao pseudônimo (identidade); (ii) previsão dos artigos 13 ao 15 do CC de proibição de disposição do próprio corpo, salvo se para transplante nos moldes de lei especial, proteção da disposição gratuita *post mortem* do corpo para fins científicos ou altruísticos, além da proteção da liberdade de tratamento médico ou de intervenção cirúrgica quando houver risco de morte (integridade); (iii) previsão no artigo 20, que estabelece a possibilidade de sigilo de escritos, transmissão da palavra, publicações ou imagem, quando autorizadas ou se necessário à administração pública, o artigo 20 também aponta se necessário “à manutenção da ordem pública”, no

valoração apropriada do merecimento de tutela dos interesses em jogo, especialmente por continuarem a revestir no âmbito civilista, uma ótica de proteção essencialmente repressivo-ressarcitória”, conforme Maria Celina Bodin de Moraes<sup>13</sup> aborda em seu estudo.

Direitos da personalidade, entendido por Franciellen Bertocello como “a proteção que o Estado de direito dá aos bens essenciais à pessoa humana e intrínsecos a ela”<sup>14</sup>, caracterizam-se essencialmente por serem inatos, além de ser intransmissíveis e irrenunciáveis, conforme o próprio artigo 11 do Código Civil esclareceu em sua redação, que “os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”, pois constituem o indivíduo, ainda que não esteja expressamente previsto no ordenamento jurídico.

O direito à saúde ao ser eleito como um direito social, ou seja, de interesse coletivo, onde os “ideais de direito e de justiça que devem nortear a sociedade não deveriam buscar proteger apenas o indivíduo, mas precipuamente a sociedade como um todo”<sup>15</sup>, colide com a noção de direito personalíssimo, próprio do ser humano, que não pode ser ignorado, ainda que não expresso, na mesma medida em que direitos da personalidade não são apenas aqueles no tímido rol da legislação infraconstitucional, até porque a Constituição Federal tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), do qual decorre a noção de direitos personalíssimos.

O reconhecimento do direito à saúde como, além de um direito social, um direito personalíssimo, vai de encontro com a noção de Kant de que no reino dos fins tudo tem um preço ou dignidade, tendo a coisa preço, pode ser substituída por outra equivalente, no entanto, “a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade”<sup>16</sup>, assim o indivíduo, reconhecidamente digno pelos valores intrínsecos, deve ter a saúde reconhecida como um desses valores essenciais para sua promoção humana.

Assim, não pairam dúvidas acerca do direito à saúde ser um direito fundamental, social e, ainda, personalíssimo, uma vez que ainda que não há expressa redação no texto constitucional, é nítido que faz parte de uma das condições do homem anterior à positivação do direito, independe de seu reconhecimento legal, sendo parte, portanto, da dignidade humana.

---

entanto, o presente estudo tem conhecimento da ausência de conceituação do que viria a ser ordem pública, questão muito discutida no âmbito penal, mas não adentrará ao cerne da questão, ou seja, fica em aberto a possibilidade de, caso reste comprovado no caso concreto a necessidade de sigilo da intimidade, para garantia da ordem pública, a lei civil contém a previsão, (intimidade);(iv) a previsão do art. 21 para proteção da inviolabilidade da vida privada do indivíduo (vida privada).

13 MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os Direitos da Personalidade. **Revista de Saúde Pública**, v. 41, n. 5, 2007, p. 05. Disponível em: [https://www.academia.edu/9689598/Ampliando\\_os\\_direitos\\_da\\_personalidade](https://www.academia.edu/9689598/Ampliando_os_direitos_da_personalidade). Acesso em: abr. 2019.

14 BERTONCELLO, Franciellen. Direitos da personalidade: uma nova categoria de direitos a ser tutelada. Dissertação UniCesumar. 2006, p. 24.

15 SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Fernando de Brito. O substancialismo e direitos da pessoa com deficiência: a função social do processo. in **Revista Jurídica Cesumar** – Mestrado, v. 12, n. 1, p. 147-173, jan./jun. 2012, ISSN 1677-6402, p. 151.

16 KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 65.

### 3 POLÍTICA E DIREITO

#### 3.1 Política, Políticas Públicas e Políticas Sociais

A partir da premissa de que a direito à saúde é efetivado por políticas sociais, urge brevemente diferenciar os termos *política*, *política pública* e *políticas sociais*, a partir dos principais conceitos já sintetizados pelos principais estudos.

Conforme didaticamente apresente Leonardo Secchi<sup>17</sup>, o termo *política* utilizado na língua portuguesa possui duas perspectivas, isto é uma dupla significação, que em países de cultura inglesa corresponde a dois termos diversos, *politics* e *policy*. O primeiro significado de política é de ordem mais abstrata, refere-se à “atividade e competição política”, enquanto que o segundo sentido se revela mais concreto, pois exprime “relação com orientações para a decisão e ação”<sup>18</sup>.

*Política pública* não possui uma definição doutrinariamente pacificada, inclusive Celina Souza (2007), após tecer sua análise das contribuições conceituais e modelos propostos por H. Laswell, H. Simon, C. Lindblom e D. Easton, os quatro fundadores desse campo, estudando política pública como área de conhecimento e disciplina, afirma com propriedade que não há uma ou melhor definição de política pública, apresentando seu conceito como sendo “o campo de conhecimento que busca, ao mesmo tempo, colocar ‘o governo em ação’ e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente)”<sup>19</sup>.

Entretanto, o conceito mais adequado de política pública, atualmente, aparenta ser o apresentado por Maria Paula, como um conceito provisório que pode servir ao direito, qual seja, política pública se tratar de programa de ação governamental “visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”<sup>20</sup>, o qual o presente estudo se filia, buscando entender como, básica e resumidamente, em um conjunto de ações ou omissões do Poder Público, cujo estabelecimento é em decorrência de um “tratamento ou a resolução de um problema entendido como coletivamente relevante”<sup>21</sup>, segundo Leonardo Secchi.

*Políticas sociais*, por sua vez, vai de encontro aos direitos sociais, definidos por Maria

17 SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas**: conceito, esquemas de análise, casos práticos. São Paulo: Cengage Learning, 2012, p. 33-60.

18 Ibid., p. 34.

19 SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, n. 16, p. 20-45, Dec. 2006. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1517-45222006000200003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222006000200003&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 17 abr. 2019.

20 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. Maria Paula Dallari Bucci (Org.) – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

21 SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas**: conceito, esquemas de análise, casos práticos. São Paulo: Cengage Learning, 2012, p. 35.

Helena Oliva Augusto, em 1989, como direitos que “dizem respeito ao bem-estar coletivo e à garantia de um nível mínimo de consumo para todos os indivíduos cidadãos. Relacionam-se ao momento contemporâneo e manifestam-se, simultaneamente, como bem a ser reclamado e como bem a ser propiciado”<sup>22</sup>.

Afirma, ainda, Maria Helena, dois interessantes argumentos que levaram o Estado brasileiro a se interessar pela área social, no período pós 1964, especificamente aos anos de 1970, nos planos de governo confirmando “o interesse oficial”, cujo “ponto culminante foi a assunção da política social como atribuição exclusiva do Estado, manifesta no II Plano Nacional de Desenvolvimento (1974-1979)”<sup>23</sup>:

[A] intensificação do processo de concentração de renda no período, acentuado pelo desenvolvimento excludente e pela urbanização acelerada, exigia a intervenção estatal no sentido de atender – ou, pelo menos, de atenuar – as carências da população, potencializadas pela pauperização crescente. [...] O outro argumento lhe é complementar: trata-se da percepção de que a legitimação e a estabilidade do regime autoritário deveriam apoiar-se firmemente na expansão das políticas sociais.<sup>24</sup>

Depreende-se daí que direitos sociais são viabilizados por políticas públicas sociais, denominadas de políticas sociais. Aliás, corroborando com essa ideia Behring e Boschetti afirmam que “[a] política, na sua configuração recente e restrita, tem a conotação de política pública, a qual engloba a política social. Ou melhor, a política social é uma espécie do gênero política pública”<sup>25</sup>.

A partir dessa noção de conceitos e diferenciações aqui traçados, o estudo passa ao exame da tomada de decisões, que faz parte do processo, isto é, das etapas da política pública/social para efetivação do direito tutelado.

### 3.2 Tomada de decisão e atores

Se de um lado tem-se a busca pela promoção da saúde, de outro, há um processo, no sentido de etapas, para viabilizar a existência de uma política pública, ou política social. Há, especificamente no ordenamento jurídico brasileiro, princípios constitucionais que influenciam diretamente a administração pública, disposto no art. 37, *caput* da Constituição Federal, segundo o qual, a “administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade,

22 AUGUSTO, Maria Helena Oliva. Políticas públicas, políticas sociais e políticas de saúde: algumas questões para reflexão e debate. **Tempo Social: Rev. Sociol. USP**, São Paulo, 1(2): 105-119, 2 sem. 1989, p. 112. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ts/v1n2/0103-2070-ts-01-02-0105.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2019.

23 *Ibid.*, p. 112.

24 AUGUSTO, Maria Helena Oliva. Políticas públicas, políticas sociais e políticas de saúde: algumas questões para reflexão e debate. **Tempo Social: Rev. Sociol. USP**, São Paulo, 1(2): 105-119, 2 sem. 1989, p. 112-113. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ts/v1n2/0103-2070-ts-01-02-0105.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2019.

25 BEHRING, Elaine Rossetti; BOSCHETTI, Ivanete. Política social no Brasil contemporâneo: entre a inovação e o conservadorismo. in **Política Social: Fundamentos e História**. BEHRING, E. R.; BOSCHETTI, I. (org.). 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 153.

moralidade, publicidade e eficiência”.

O processo de elaboração de políticas públicas é constituído por uma série de fases e, a partir do modelo das sete principais fases, quais sejam, (i) identificação do problema; (ii) formação de agenda; (iii) formulação de alternativas; (iv) tomada de decisão; (v) implementação; (vi) avaliação e (vii) extinção, ao presente estudo interessa a fase de tomada de decisões, conforme destacou Secchi<sup>26</sup>.

Entretanto, ao presente estudo, é imperioso destacar, a figura dos atores da política pública, isto é “indivíduos, grupos ou organizações que desempenham um pape na arena política” , segundo glossário proposto por Secchi<sup>27</sup>, exemplificando atores por políticos, partidos políticos, grupos de interesse, movimentos sociais, mídia, ONGs, entre outros.

A fase de decisão “representa o momento em que os interesses dos atores são enquadrados e as intenções (objetivos e métodos) de enfrentamento de um problema público são explicitadas”<sup>28</sup>, havendo há três modalidades de escolha, conforme o mesmo autor, (i) problemas que buscam soluções; (ii) comparações sucessivas limitadas de problemas e soluções e (iii) soluções que buscam problemas.

Importante mencionar, aqui, a lição de Barroso, no sentido de que a constitucionalização, “[n]o tocante à Administração Pública, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição”<sup>29</sup>.

Assim, o que se busca destacar é que e, independente da forma de escolha de alternativas, o(s) ator(es) nitidamente exerce(m) um papel de colossal importância, na medida em que exprimem seu interesse por seu poder decisório, na medida em que, aqui, afirma-se que deve se pautar nos princípios constitucionais da administração pública, isto é, ficar adstrito principalmente do princípio da impessoalidade, para não impor suas razões pessoais como tomada de decisão do problema coletivo.

### **3.3 Direito como moldura e o contexto da Operação Panaceia, em Corbélia, interior estado do Paraná**

---

26 SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas**: conceito, esquemas de análise, casos práticos. São Paulo: Cengage Learning, 2012, p. 40.

27 SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas**: conceito, esquemas de análise, casos práticos. São Paulo: Cengage Learning, 2012, p. 59.

28 SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas**: conceito, esquemas de análise, casos práticos. São Paulo: Cengage Learning, 2012, p. 58-59.

29 BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo** – FGV. v. 240 (2005), p. 17. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 12 abr. 2019.

A partir da Teoria Jurídica do papel da política pública, proposta por Coutinho<sup>30</sup>, a partir de um estudo sobre o Programa Bolsa Família, o referido autor explorou papéis-chave do direito na política pública/social, sugerindo categorias de análise: direito como moldura, direito como vocalizador de demandas, direito como ferramenta e o direito como arranjo institucional.

Assim, o presente estudo se vale da categoria do direito como moldura, o qual “sugere, em primeiro lugar, que se reconheça que o arcabouço jurídico seja capaz de delimitar e institucionalizar metas ou ‘pontos de chegada’ dessas políticas”<sup>31</sup>, bem como ao formalizar “o direito obriga o aplicador (ou intérprete da norma), tornando-a vinculante e, portanto, distinguindo-a de meras intenções, recomendações ou diretrizes”<sup>32</sup>.

Analisando, brevemente, para demonstrar a existência do problema para pesquisa, a figura de estudo para conclusão do presente trabalho, a Operação Panaceia, deflagrada no interior do estado do Paraná, por denúncia do GAECO – Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado<sup>33</sup>, por constatação de fraude em licitações de remédios em mais de 20 cidades no interior do Paraná, especificamente a organização criminosa responsável por desvios de dinheiro público da área da saúde no município de Corbélia, segundo Ministério Público do Paraná (2016), cuja ação penal, autos nº 0004135-84.2015.8.16.0074, em trâmite junto à Vara Criminal de Corbélia, contra Alessandro Jefferson Padilha; o, então, secretário da saúde do município de Corbélia, Francisco Celiomar da Silva; Fábio di Castro Alves; Gelson Martins Teixeira; Ivanor Damiao Bernardi, prefeito de Corbélia; e Odair Jose Sartor, corre em segredo de justiça.

Em um paralelo, percebe-se, entretanto, que os indiciados são nitidamente atores da política social que buscava possibilitar a distribuição de remédios pela rede pública no município de Corbélia (PR), uma vez que se trata de prefeito e secretários de finança e da saúde, o que demonstra de plano o poder de exprimirem seus interesses, agora particulares, no poder decisório da execução das políticas sociais.

Assim, ainda que não haja maiores informações acerca da política de saúde estabelecida no município de Corbélia, o que tornou conhecido é que se tratava de licitação para distribuição de medicamentos à comunidade<sup>34</sup>, é de conhecimento a ordem constitucional emanada do art. 37 da

---

30 COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas sociais brasileiras: um estudo sobre o programa Bolsa Família. *In* **Direito e desenvolvimento**: um diálogo entre os Brics. Mario G. Schapiro e David M. Trubek (Orgs.). São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 73-122.

31 COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas sociais brasileiras: um estudo sobre o programa Bolsa Família. *In* **Direito e desenvolvimento**: um diálogo entre os Brics. Mario G. Schapiro e David M. Trubek (Orgs.). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 101.

32 *Ibid.*, p.101.

33 MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. PANACEIA V - Gaeco cumpre mandados de busca e apreensão em operação sobre desvios de dinheiro público da saúde. 17/02/2016. Disponível em: <http://www.comunicacao.mppr.mp.br/modules/noticias/article.php?storyid=6137>. Acesso em: 12 abr. 2019.

34 *Ibid.*, *idem*.

Constituição Federal, segundo o qual a “administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”, sendo assim à toda política pública incide o ponto jurídico inicial, qual seja, a moralidade e impessoalidade dos agentes para, dentro de uma conveniência e oportunidade dessa relação de poder, não exprimirem os seus anseios pessoais.

Ciro Biderman e George Avelino, professores e pesquisadores da Fundação Getúlio Vargas (FGV), afirmam que “ao afetar a oferta de serviços públicos, a corrupção influencia negativamente os resultados das ações do Estado e leva à degradação dos indicadores sociais”<sup>35</sup>, confirmando o aqui proposto.

Magdalena também destaca ser fundamental o papel de atores, em sua dissertação que buscou analisar o tema sobre financiamento do Sistema Único de Saúde (SUS) nos governos FHC e Lula, constando que a agenda que se sobressaiu foi a econômica, ainda que a partir dos anos 90 houve a “vitória dos preceitos institucionais da Seguridade Social inscrita na CF, sobretudo no campo da saúde, que manteve seu caráter universal”<sup>36</sup>.

Denota-se, portanto, a existência de uma relação de poder entre atores políticos e interesses pessoais que não se coadunam com o preceito constitucional de moralidade e impessoalidade da administração pública. O que, frente aos direitos sociais, aqui especificamente ao direito à saúde, que se busca efetivar-se mediante políticas sociais, a causa que motivou a decisão política, não foi a efetivação do direito, mas sim uma vontade pessoal dos atores da política, travestida de problema social de saúde, objetivando auferir vantagem financeira indevida.

#### 4 CONCLUSÃO

O direito à saúde, reconhecidamente como um direito social e até mesmo um direito personalíssimo, isto é, inerente ao ser humano anterior à positivação do direito para garantia de um mínimo de dignidade, levanta questionamentos que interessa tanto a comunidade afetada, ou que será afetada na execução da política, quanto a academia, ocupada com o estudo dos instrumentos normativos de efetivação e promoção de direitos.

Assim, o presente estudo conclui que política pública, política social são programas de

---

35 BIDERMAN, Ciro; AVELINO, George. **A corrupção prejudica a saúde dos brasileiros**. FGV EAESP Pesquisa. Síntese de Pesquisa. 2013. Disponível em: <https://pesquisa-eaesp.fgv.br/publicacoes/gvp/corruptcao-prejudica-saude-dos-brasileiros>. Acesso em: 11 abr. 2019.

36 MAGDALENA, Patrícia Cristina. **Análise da agenda do financiamento do SUS: diferentes contextos, mesmas escolhas?** 2012. Dissertação (CMAPG) - Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. FGV EAESP Pesquisa. Teses e Dissertações, p. 113. Disponível em: [https://pesquisa-eaesp.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/patricia\\_cristina\\_magdalena.pdf](https://pesquisa-eaesp.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/patricia_cristina_magdalena.pdf). Acesso em: 16 abr. 2019.

responsabilidade do Estado, conforme disposição constitucional, cujo interesse dos atores públicos deve estar desvinculado de qualquer objetivo pessoal, pois há princípios constitucionais da administração pública a serem observados tanto na criação, quanto na execução das políticas desenvolvidas, isso porque o direito à saúde, conforme se observou pode estar comprometido pelo poder decisório dos atores, havendo sim a relação de causa e efeito entre a decisão de investir na agenda da saúde como motivo revelado, mascarando a vontade não revelada, qual seja, de obtenção indevida de lucros pessoais.

Ocorre que se a fraude não for revelada e a política pública se cumpriu, aqui nessa análise, pela a distribuição dos medicamentos, aparentemente a saúde da comunidade o direito também restou comprometido, na medida em que a finalidade da política, inicialmente, foi tão somente a distribuição de medicamentos, a resolução de uma problemática da saúde pública, entretanto, quando da decisão por um, ou mais atores político, houve a contaminação daquela finalidade para uma vontade particular de obtenção de lucro.

Assim, além do dano à administração, podendo constatar que a saúde da administração pública se agrava com a constatação real de fraude no sistema público de saúde, há dano de efetivação ao direito social e personalíssimo à saúde, o direito requerido, isso porque o que deveria ser integralmente destinado à comunidade, ou seja, medicamentos, foi desviado para os próprios atores, ainda que não em sua totalidade, o que implica na obstrução do direito à saúde, constitucionalmente protegido, exigindo uma reflexão dos atores no sentido de preparação para estar em uma gestão pública, assim como a reflexão científica para desenvolver mais estudo acerca da relação de poder frente ao constitucionalismo brasileiro.

## REFERÊNCIAS

HERNÁNDEZ MARY, N. Juventudes, Poder y lo Político: Conceptos en tránsito / Youth, Power and Politics: in-progress concepts / Juventudes, Poder e o Político: Conceitos em trânsito. **Ultima década**, [s. l.], n. 46, p. 44, 2017. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edssci&AN=edssci.S0718.22362017000100044&lang=pt-br&site=eds-liv>. Acesso em: 14 jun. 2019.

AUGUSTO, Maria Helena Oliva. Políticas públicas, políticas sociais e políticas de saúde: algumas questões para reflexão e debate. **Tempo Social: Rev. Sociol. USP**, São Paulo, 1(2): 105-119, 2 sem. 1989. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ts/v1n2/0103-2070-ts-01-02-0105.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2019.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo** – FGV. v. 240 (2005). Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618> . Acesso

em: 12 abr. 2019.

BEHRING, Elaine Rossetti; BOSCHETTI, Ivanete. Política social no Brasil contemporâneo: entre a inovação e o conservadorismo. *in* **Política Social: Fundamentos e História**. BEHRING, E. R.; BOSCHETTI, I. (org.). 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 147-191.

BERTONCELLO, Franciellen. **Direitos da personalidade**: uma nova categoria de direitos a ser tutelada. Dissertação UniCesumar. 2006.

BIDERMAN, Ciro; AVELINO, George. **A corrupção prejudica a saúde dos brasileiros**. FGV EAESP Pesquisa. Síntese de Pesquisa. 2013. Disponível em: <https://pesquisa-eaesp.fgv.br/publicacoes/gvp/corrupcao-prejudica-saude-dos-brasileiros>. Acesso em: 11 abr. 2019.

BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 11 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 18 mai. 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In* **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. Maria Paula Dallari Bucci (Org.) – São Paulo: Saraiva, 2006

COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas sociais brasileiras: um estudo sobre o programa Bolsa Família. *In* **Direito e desenvolvimento: um diálogo entre os Brics**. Mario G. Schapiro e David M. Trubek (Orgs.). São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 73-122.

CRISÓSTOMO, Sofia. O artigo 64.º da Constituição da República Portuguesa. **Sociologia, problemas e práticas**. Número especial, 2016, pp. 33-48, DOI: 10.7458/SPP2016NE10349. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/spp/nesp1/nesp1a04.pdf> . Acesso em: 16 abr. 2019.

CRUZ, Luiz Carlos da Cruz. Prefeito de cidade do PR diz que não condena secretários presos antes da Justiça. Secretários de Finanças e de Saúde foram presos pelo Gaeco acusados de desviar recursos públicos em Santa Tereza do Oeste. **Gazeta do povo**. Vida Pública > Operação Panaceia. Especial para a Gazeta do Povo CASCAVEL. 29.01.2016. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/prefeito-de-cidade-do-pr-diz-que-nao-condena-secretarios-presos-antes-da-justica-5ut5gd94w2qj5dvnko59zykts/>. Acesso em: Abr. 2019.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MARCO, Mario Alfredo de. Do modelo biomédico ao modelo biopsicossocial: um projeto de educação permanente. **Revista brasileira de educação médica**. Rio de Janeiro, v. 30, nº 1, jan./abr. 2006. p. 60-72. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbem/v30n1/v30n1a10>. Acesso em: 16. mai. 2019.

MAGDALENA, Patrícia Cristina. **Análise da agenda do financiamento do SUS: diferentes contextos, mesmas escolhas?** 2012. Dissertação (CMAPG) - Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. FGV EAESP Pesquisa. Teses e Dissertações. Disponível em: [https://pesquisa-eaesp.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/patricia\\_cristina\\_magdalena.pdf](https://pesquisa-eaesp.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/patricia_cristina_magdalena.pdf) . Acesso em: 16 abr. 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. PANACEIA V - Gaeco cumpre mandados de busca e apreensão em operação sobre desvios de dinheiro público da saúde. 17/02/2016. Disponível em: <http://www.comunicacao.mppr.mp.br/modules/noticias/article.php?storyid=6137>. Acesso em: 12 abr. 2019.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. **Revista de Saúde Pública**, v. 41, n. 5, 2007. Disponível em: [https://www.academia.edu/9689598/Ampliando\\_os\\_direitos\\_da\\_personalidade](https://www.academia.edu/9689598/Ampliando_os_direitos_da_personalidade). Acesso em: abr. 2019.

NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro; PIRES, Denise Elvira Pires de. Direito à saúde: um convite à reflexão. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 20(3):753-760, mai-jun, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v20n3/12.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2019.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceito, esquemas de análise, casos práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, n. 16, p. 20-45, Dec. 2006. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1517-45222006000200003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222006000200003&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 17 abr. 2019.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Fernando de Brito. O substancialismo e direitos da pessoa com deficiência: a função social do processo. *in* **Revista Jurídica Cesumar** – Mestrado, v. 12, n. 1, p. 147-173, jan./jun. 2012, ISSN 1677-6402.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; CASTRO, Lorena Roberta Barbosa. Minorias e grupos vulneráveis: a questão terminológica como fator preponderante para uma real inclusão social. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)** 5 (1), 105-122, 2017. Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/219>. Acesso em: 17 abr. 2019.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

# POLÍTICA DE AÇÕES AFIRMATIVAS NA UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ: A ATUAÇÃO ESTATAL COMO LEGITIMADORA DO RACISMO INSTITUCIONAL

Sandy dos Reis SILVA<sup>1</sup>  
Yasmim Maria Alves DOVICH<sup>2</sup>  
Brunna Rabelo SANTIAGO<sup>3</sup>

## RESUMO

O presente artigo tem como objetivo apresentar os resultados que fundamentam sobre a problemática da eficácia na implementação da política de ações afirmativas na Universidade Estadual do Norte do Paraná, tema este fruto do trabalho desenvolvido pelas autoras em suas respectivas iniciações científicas. No Brasil, o regime escravista produziu efeitos que persistem até os dias atuais, que são refletidos nas desigualdades sociais e nos inúmeros casos de racismo e preconceito constantemente visibilizados. Nesse viés, o Ensino Superior público detém um caráter elitizado e privilegiado, ocorrendo, assim, a restrição de parte dos direitos fundamentais, previstos na Constituição vigente, principalmente em relação àqueles que carecem desse amparo governamental. A partir da metodologia bibliográfica aliada aos métodos dedutivo, qualitativo e exploratório, realizou-se a análise da Constituição Federal e demais referenciais teóricos, além da formulação de questionários, versando sobre instrumentos jurídico-normativos, como as políticas públicas, e objetivando expor a realidade do sistema de cotas na UENP. Havendo este lapso entre o que está positivado e a realidade material, as cotas, sociais ou raciais, amenizam esse cenário e se contrapõem à ideia da meritocracia, que favorece apenas para excluir.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ações afirmativas. Escravização. Racismo. Cotas Raciais. Restrição. UENP. Violência estatal.

## ABSTRACT

The objective of this article is to present the results that are based on the problem of effectiveness in the implementation of affirmative action policy at the State University of North Paraná, a theme that is the result of the work developed by the authors in their respective scientific initiations. In Brazil, the slave regime produced effects that persist until the present day, which are reflected in the social inequalities and the innumerable cases of racism and prejudice constantly seen. In this bias, public higher education has an elitist and privileged character, and thus, the restriction of part of the fundamental rights provided for in the current Constitution, especially in relation to those who lack this governmental protection. From the bibliographic methodology allied to the deductive, qualitative and exploratory methods, the analysis of the Federal Constitution and other theoretical references was carried out, besides the formulation of questionnaires, dealing with legal-normative instruments, such as public policies, and aiming to expose reality of the quota system in the UENP. If there is a gap between what is positivized and material reality, the social or racial dimensions

1 Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e bolsista do Programa de Apoio à Inclusão Social (PIBIS), de iniciativa da Fundação Araucária, pesquisa com ênfase na eficácia e implementação do Sistema de Cotas.

2 Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), bolsista do Programa de Apoio à Inclusão Social (PIBIS), de iniciativa da Fundação Araucária, pesquisa com ênfase na eficácia e implementação do Sistema de Cotas.

3 Diretora e advogada do Escritório Modelo – Núcleo de Práticas Jurídicas da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Integrante dos grupos de pesquisa “Gênero, Família e Violência” – UNIT/SE e “Violência: entre feminismos e infância” - UENP. Mestra em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (2018) – Jacarezinho/PR. Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT (2016) - Aracaju/SE. E-mail: brunnarsantiago@hotmail.com

reduce the situation and counteract the idea of meritocracy, which favors only to exclude.

**KEYWORDS:** Affirmative actions. Enslavement. Racism. Racial quotas. Restriction. UENP. State violence.

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, lei suprema que se encontra no topo do ordenamento jurídico brasileiro, possui como fator que a diferencia das demais declarações e consagração de direitos e princípios com um viés democrático, social e fundamental. O Direito à Educação, por sua vez, está resguardado no art. 205 do dispositivo e na Lei de Diretrizes e Bases para a Educação Nacional de 1996 (LDBEN)<sup>4</sup>, na qual enfatiza no seu art. 3º os princípios adotados no ensino, como a garantia de padrão de qualidade condições igualitárias que permitam o acesso e permanência na escola.

A fim de garantir uma real concretização desses direitos garantidos constitucionalmente, surge a necessidade da implantação de políticas públicas, como uma forma de nivelar, ou seja, proporcionar reais condições a todos os historicamente excluídos ou em desvantagem na sociedade de exercerem seus direitos. A Lei 12.711/12<sup>5</sup>, conhecida popularmente como “Lei de Cotas”, é um exemplo de política pública, se encaixando no grupo das ações afirmativas.

A abordagem do tema Ações Afirmativas no contexto da UENP, na perspectiva de política institucional, é bastante recente. Em 2017, o Conselho Universitário (CONSUNI) e o Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão (CEPE) da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) aprovaram, por unanimidade, a implantação da política de Ações Afirmativas na forma de cotas sociais e raciais para os cursos de graduação da Instituição. Desde então, os processos seletivos da instituição passaram a destinar 40% das vagas aos autodeclarados negros e também oriundos de escola pública; esse percentual também é aplicado ao Sistema de Seleção Unificada (SISU).<sup>6</sup>

No entanto, em consequência de diversos fatores, o racismo institucional está enraizado na estrutura da sociedade brasileira, principalmente pela resistência da gestão pública em identificar e combater o problema, situação que se caracteriza como uma atuação estatal dúbia, uma vez que a sua ausência e sua presença são propositadas e vistas sob uma ótica positiva, onde o Estado preenche todas as lacunas da sociedade. A responsabilidade de criar mecanismos que auxiliem no enfrentamento do racismo é dos órgãos públicos, acima de tudo, e da sociedade como um todo.

---

4 Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm)>. Acesso em 24 jun. 2019.

5 Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm)>. Acesso em 24 jun. 2019.

6 Disponível em: <<https://uenp.edu.br/noticias/item/1796-uenp-aprova-cotas-raciais-e-sociais-para-graduacao>>. Acesso em 24 jun. 2019.

Nas últimas gestões presidenciais, ocorreu um grande investimento no Ensino Superior público, visando uma especialização de qualidade e aperfeiçoamento dos profissionais brasileiros. Não obstante, com o passar dos anos, a dificuldade para ter acesso às esse ensino foi intensificada, exigindo um preparo não ofertado pelo ensino básico público, resultando na elitização do ensino superior. A Lei das Cotas surge em contrapartida desta, democratizando e tornando a educação a nível superior realmente em atributo público.

Todavia, os alunos oriundos de escola pública detêm outras prioridades, uma vez que, sendo os componentes dos extratos sociais mais débeis, são vítimas das falhas estruturais provocadas pela dubiedade do Estado, acabando por ter de optar entre o estudo ou a busca por sua mínima condição de sobrevivência. Dessa forma, o Estado é incapaz de garantir a efetivação de direitos fundamentais basilares.

Aliado ao método dedutivo, partindo do aspecto geral da exclusão da camada de indivíduos historicamente marginalizados e segregados à especificidade da perspectiva e desafios da implementação do sistema de cotas na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), o enfoque principal será compreendido por meio das pesquisas quantitativa, onde os resultados se baseiam em dados coletados sobre a realidade que diz respeito à política de cotas na UENP, e exploratória, com fundamentação nas entrevistas e questionários aplicados.

O trabalho que aqui se apresenta é justificado pela necessidade de abordagem do assunto nos dias atuais, principalmente em ser avaliado sob uma ótica mais humanizada, pois, apesar de ser uma política recente na instituição, o sistema de cotas já é discutido há muito no Brasil, e vem ganhando força no campo da Ciência Jurídica, possibilitando que seja fortalecida a democratização do sistema de ensino superior brasileiro. Para isso, a pesquisa se divide em três partes.

A primeira parte apresenta reflexões sobre o papel fundamental da análise histórica do assunto. Nesse aspecto, foi enfatizada a necessidade de serem considerados os vários cenários políticos e sociais existentes no Brasil, partindo da premissa de que, atualmente, nossa carta constitucional é garantista de inúmeros direitos e, portanto, adora uma política de inclusão das diversidades em todos os âmbitos, principalmente na educação. É tradicional a visão do ensino superior ligado a melhores oportunidades de vida, e os que conseguem alcançar essa posição são os que têm mérito suficiente, a desconsiderar todo um conjunto de questões que tem influência direta na vida educacional dos indivíduos. A partir dessa situação, justifica-se a necessidade da implementação e da efetivação do Sistema de Cotas.

A segunda parte traz a perspectiva acerca da problemática da atuação do Estado no que diz respeito ao direito das minorias. Essa atuação possui duas facetas, sendo elas a da presença e a da ausência, ambas de maneira propositada e intencionado a expansão de poder e o benefício próprio.

Esse é um ponto complexo, que possibilita intensos debates sobre a real efetivação das políticas públicas, criadas para assegurar os direitos previstos na Constituição, a fim de promover o bem-estar social.

O terceiro e último tópico é direcionado à atuação do governo estadual, este enquanto uma das instituições que compõem o Estado, na efetivação da política de ações afirmativas que foi implementada na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) recentemente. A existência e implementação dessa política não é suficiente para preencher as lacunas criadas por uma história racista e segregacionista. É necessário que sejam oferecidos programas de assistência, como moradia estudantil, bolsas de auxílio especificamente para esses alunos cotistas, a fim de garantir que as taxas de desistência sejam cada vez menores. Nesse ponto, o governo estadual do Paraná e a própria UENP ainda possuem uma legislação deficitária, com muitas lacunas, sobre a questão do sistema de cotas e sua efetivação.

## **2 SELECIONAR PARA INCLUIR: UMA POLÍTICA AFIRMATIVA PARA UM PAÍS DE NEGAÇÕES**

A educação em nível superior adentrou no sistema educacional do Brasil no ano de 1808, com a chegada da família real portuguesa, devido às influências do Código Napoleônico. O dispositivo francês sintetizava conceitos liberais, constituindo, assim, interferências, no âmbito social e econômico, nas reformas de cunho liberal que ocorreram no território brasileiro. Esse ensino superior, a pouco instaurado, visava “assegurar um diploma profissional com direito a ocupar postos privilegiados em um mercado de trabalho restrito, além de garantir prestígio social” (MARTINS, 2002, p. 4), ou seja, privativo ao poder central, entretanto de caráter público.

Devido à formação estrutural política da época, o Estado detinha um controle absoluto sobre o Ensino Superior, optando para que este não obtivesse mobilidade e diversificação, restringindo o ingresso para poucos, e agia de forma a priorizar o atendimento dos critérios políticos em detrimento dos critérios acadêmicos, como, por exemplo, a distribuição de cátedras.

Similarmente, na contemporaneidade, podemos observar que ainda persistem os problemas no ensino a nível superior, semelhantes aos de quando fora instaurado, ainda que o Estado, independentemente de não ser absoluto, detenha o controle de quem serão os discentes das universidades públicas. Embora esse controle não se manifeste de forma a restringir diretamente determinada classe social, em contrapartida, ocorre de forma que conflitam, indiretamente, coma qualidade de ensino incompatível em relação àquela ofertada na rede de ensino pública desde o nível básico, efetivamente tornando o Ensino Superior público restrito e inacessível a todas as classes.

Em contraste com essa limitação, no final do século XIX, o governo brasileiro, após passar por diversas mudanças, autoriza a instauração de instituições privadas que abrange o ensino superior, tornando o que era privativo do poder central em algo diversificado, objetivando novos arranjos econômicos e sociais, obtendo um efeito imediato a sua ampliação (SAMPAIO, 1991, p. 9). Destarte, existe uma incongruência diante disto, uma vez que aquele que apresenta natureza pública se tornou particular, exclusivo de determinada classe social e aquele segundo, detentor de natureza privada, se tornou acessível, social.

Essa ampliação também se apresenta no século XXI, ao almejar uma pluralidade social dentro das universidades. Os últimos governos instaurados investiram reiteradamente em políticas públicas para o acontecimento do mesmo. Implementou-se programas governamentais tais como Sistema de Cotas, PNAES<sup>7</sup>, SISU<sup>8</sup>, entre outros, todos objetivando uma educação de qualidade, intentando o aprimoramento do profissional brasileiro, disseminado por todas as camadas sociais.

Em suma, pode-se afirmar que, a princípio, apesar de a educação ser restrita, tanto no século XIX quanto no XXI há, por parte do governo, uma diligência para que essa situação seja revertida, buscando o desenvolvimento humano e de sua personalidade com base na educação.

A educação é uma arte, cuja prática necessita ser aperfeiçoada por várias gerações. Cada geração, de posse dos conhecimentos das gerações precedentes, está sempre melhor aparelhada para exercer uma educação que desenvolva todas as disposições naturais na justa proporção e de conformidade com a finalidade daquelas, e, assim, guie toda a humana espécie a seu destino. (KANT, 1996, p. 4).

As políticas públicas são iniciativas do Estado, frente a situações socialmente problemáticas, na qual correlata os ditames da Constituição Federal e as demais normas vigentes com a receita concedida. Sua finalidade deve almejar a realização e concretização dos fins da carta constitucional e da ordem social (FRISCHEISEN, 2000, p. 79), proporcionando a distribuição de maneira justa, de forma a buscar a equidade, o capital obtido para sanar o abismo daqueles princípios garantidos com a sua real efetivação.

Por sua vez, as ações afirmativas são parte do imenso ramo das políticas públicas e seu propósito é instigar a promoção de representação de minorias na sociedade e, assim, ensejar amparo suficiente para que estes contemplem o total acesso de determinados bens, econômicos ou não (MOEHLECKE, 2002, p.4). Estas ações denotam a característica da temporariedade, pois o seu fim

7 Plano Nacional de Assistência Estudantil. O objetivo é viabilizar a igualdade de oportunidades entre todos os estudantes e contribuir para a melhoria do desempenho acadêmico, a partir de medidas que buscam combater situações de repetência e evasão, apoiando a permanência de estudantes de baixa renda matriculados em cursos de graduação presencial das instituições federais de ensino superior por meio de assistência à moradia estudantil, alimentação, transporte, à saúde, inclusão digital, cultura, esporte, creche e apoio pedagógico. As ações são executadas pela própria instituição de ensino, que deve acompanhar e avaliar o desenvolvimento do programa. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/pnaes>>. Acesso em 24 jun. 2019.

8 Sistema de Seleção Unificada. É um sistema totalmente informatizado que recupera a nota do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) e seleciona os melhores candidatos para uma mesma vaga, turno, curso, universidade e modalidade de concorrência. Disponível em: <<http://sisu.mec.gov.br/>>. Acesso em 24 jun. 2019.

último está relacionado à melhoria e à reparação dos desequilíbrios presentes entre os diversos grupos sociais, os quais se situam em posições prejudiciais, atuais ou históricas, para o seu total desenvolvimento, havendo a aspiração de restituir as possíveis perdas ocasionadas por essa desvantagem, discriminação e marginalização imputadas a eles (GUERRINI; MATA; PICONI; STURION, 2018, p. 3).

Indubitavelmente, o Brasil se mostra como um país racista, com um histórico de segregação muito forte, e que está enraizado até hoje em nossa sociedade. As políticas públicas e as ações afirmativas se mostram necessárias à luta pelo combate à discriminação e a exclusão social, processos que demonstram uma intrínseca relação com a resistência da aceitação dessas medidas no cenário acadêmico público.

O principal embasamento para a criação e investimento em ações afirmativas, está expresso no artigo 3º da Constituição Federal<sup>9</sup>, a qual descreve os também seus objetivos. O marco fundamental, porém, não inicial, das ações afirmativas ocorreu nos Estados Unidos no ano de 1978, no caso Allan Bakke<sup>10</sup>, sendo este um caso relacionado ao questionamento das cotas raciais instauradas na Escola de Medicina da Universidade da Califórnia em Davis, alegando aquele que as cotas violariam direitos nos quais assegura a vedação de discriminação contra grupos raciais, todavia, a Suprema Corte norte-americana afirmou que o sistema de cota racial não estaria violando-a. (MARTINS, 2011).

Ademais, é notório que desde o surgimento da humanidade, grupos são marginalizados e inferiorizados em relação às demais camadas sociais, surgindo, assim, a necessidade de ações afirmativas para acautelar essa situação vivida por determinados grupos, os quais, com a historiografia, e até mesmo pelo próprio governo, muitas vezes tiveram suas vozes silenciadas perante as circunstâncias de segregação.

No Brasil, existem diversas ações afirmativas que, em sua maioria, visam à inclusão e reparação da dívida social por omissão diante da administração superior. Por conseguinte, o Legislativo constatou ser primordial um posicionamento segundo a disparidade de grupos apenas por pertencerem a camadas sociais e etnias diferentes, e esta se encontrou também no âmbito educacional a nível superior. O mesmo optou por aderir a ações afirmativas para reparar a

---

9 **Art. 3º** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

10 Nos capítulos 14 (O caso de Bakke: as cotas são injustas?) e 15 (O que Bakke realmente decidiu?) do Livro Uma Questão de Princípio de Ronald Dworkin, é mencionado o caso de uma ação movida com base na alegação de que os direitos constitucionais de Allan Bakke, candidato branco, foram violados pela Escola de Medicina da Universidade da Califórnia em Davis, a qual criou um programa de ação afirmativa denominada programa de força-tarefa, que tinha como objetivo admitir estudantes negros e de outras minorias.

discrepância, visando equiponderar a oportunidade de ingresso às universidades públicas, bem como se criou o Sistema de Cotas fundamentado pela Lei 12.711/2012.

O grande ponto negativo ou o grande déficit para muitos grupos minoritários, de forma específica os negros que aqui estudamos, é mesmo o das oportunidades. Não existe, de um modo geral, equiparação na oferta de oportunidades num comparativo entre a maioria branca e a minorias negra e mestiça. Os indicadores sociais são bastante claros a esse respeito [...]. Tais evidências, no entanto, não podem nos afastar da observação de que é preciso agir de modo prudente, focado e, repita-se, somente pelo lapso de tempo estritamente necessário em prol da inclusão social dos negros por intermédio da ação afirmativa (ALVES, F B; SIQUEIRA, D P, 2011, p. 83).

O Sistema de Cotas tem caráter de ação afirmativa reparatória ou compensatória, em que há uma pretensão de correção da discriminação e do desequilíbrio a determinadas classes, podendo ter ocorrido no passado e/ou presente, e esta irá se desenvolver, em grande maioria, na evidenciação do reconhecimento social, econômico, político e/ou cultural por um determinado tempo interino buscando a reparação total desta discrepância encontrada.

A Lei 12.711/2012, que outorga o Sistema de Cotas no Ensino Superior nas universidades públicas, positivou em seu primeiro artigo<sup>11</sup> que todas aquelas instituições e centros de natureza federativa reservem, em todos os cursos e turnos, no mínimo 50% do total das vagas ofertadas aos estudantes oriundos, integralmente, de ensino médio de escolas públicas. E será no seu terceiro artigo<sup>12</sup>, o decreto da designação de vagas por aqueles autodeclarados pretos, pardos e indígenas, segundo o censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), e pessoas com deficiência (BRASIL, 2012).

Esta ressalva é consequência da segregação que se verifica entre os alunos oriundos de escolas públicas e autodeclarados pretos, pardos e indígenas, uma vez que pesquisas realizadas pelo IBGE, apresentada na Imagem 1, a inserção de pretos no ensino superior e até mesmo na obtenção de ensino básico é débil.

---

11 **Art. 1º** As instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

12 **Art. 3º** Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.



Figura 1: Diferença de escolaridade por cor ou raça. Fonte: IBGE - PNAD Contínua Educação 2017.<sup>13</sup>

Este sistema ocorre de forma a equiponderar, procedendo de modo desigual com aqueles que são desiguais, aqueles que são oriundos de métodos educacionais impróprios para o real desenvolvimento da pessoa humana. E seria a partir desta lei que estaria, de certa forma, compartilhando com a evolução na qual o país de encontra, realizando assim um investimento não apenas no desenvolvimento do Estado, mas também na inclusão social.

No início de 2012, o Inep (Instituto Nacional de Pesquisa Educacionais Anísio Teixeira) divulgou informações sobre o investimento público a que ocorreram no ano de 2010, na qual estima-se que apenas 5,1% do PIB (Produto Interno Bruto) foi direcionado à educação<sup>14</sup>. Ao analisar os dados dispostos, pode-se concluir que há um investimento amplo no ensino básico público comparado com o ensino superior, porém, existe uma dessemelhança na aplicação por aluno ocorrendo no ensino básico um investimento de R\$ 3.580,00 e no ensino superior, o investimento torna-se R\$ 17.792,00 por aluno. Sendo assim, a proporção dessa disparidade é de 5.02 vezes maior (PORTAL INEP, 2012).

Após essa mesma pesquisa, ainda no ano de 2010, foi estipulado e prognosticado que após o lapso temporal de 10 anos iria ser designado para a educação o mínimo de 7% do PIB, todavia isto não ocorreu. Em 2018 foi divulgado que até então, faltando 2 anos para o esgotamento do prazo, ainda há um investimento de apenas 6%, aumentando, aproximadamente, metade do previsto. Sucedendo, assim, um direcionamento seletivo dos gastos públicos, elegendo quem

13 Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/22842-acesso-a-educacao-ainda-e-desigual>>. Acesso em 24 jun. 2019.

14 Disponível em: <[http://inep.gov.br/artigo/-/asset\\_publisher/B4AQV9zFY7Bv/content/inep-divulga-dados-do-investimento-publico-em-educacao-de-2000-a-2010/21206](http://inep.gov.br/artigo/-/asset_publisher/B4AQV9zFY7Bv/content/inep-divulga-dados-do-investimento-publico-em-educacao-de-2000-a-2010/21206)>. Acesso em: 24 jun. 2019.

receberá um ensino e de qualidade, tendo em vista que esse ensino chega até mesmo a não existir, em muitos lugares do Brasil. E seria este ato de selecionar uma contradição com os ditames da Constituição Federal, na qual prevê que a educação faz parte de um direito de todos e é dever do Estado assegurá-la e também, visar o desenvolvimento da pessoa e sua qualificação trabalhista (BRASIL, 1988).

Em síntese, como apresentado ao longo do texto, há sim o direito garantido constitucionalmente e por lei infraconstitucional. Entretanto, é manifesta, por intermédio do governo, uma seletividade de quem usufruirá da concretização, da real efetivação dos direitos e existe também, através da sociedade, uma aceitação desta segregação educacional, não questionando além do seu interesse ou até mesmo visualizando esta exclusão e aceitando o que lhe é imposto.

Esta discriminação acontece por conta de todo o preconceito enraizado, na qual relacionam preto e pobre com profissões desvalorizadas e desqualificadas, em que ainda ocorre o espanto ao vê-los portando o diploma de uma universidade pública, sucedendo de forma sutil e indireta a exclusão dos vigentes.

Questões como as de raça e classe são elementos que definem as relações de dominação e poder, não importando os demais valores que deveriam ser seguidos para que se mantenha uma organização social inclusiva.

### **3 O ESTADO E A INTERVENÇÃO AUSENTE E PROPOSITADA: MECANISMOS DE DOMINAÇÃO**

Os direitos fundamentais são diretrizes nas quais estão assegurados valores considerados essenciais para o ser humano, como, por exemplo, a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança, a educação. Esse rol de direitos diz respeito a toda humanidade, pois já nascem com o ser humano e existem pela simples condição humana. Quando se apresentam positivados na carta constitucional de um Estado, esses direitos passam a ser fundamentais para todos os indivíduos que vivem perante ele, pois esses direitos são reconhecidos pelo ordenamento jurídico legal (COSTA; STRAPAZZON, 2014, p. 20).

Esses preceitos fundamentais são ponderados de forma a garantir o mínimo necessário para uma vida digna ao homem, e muitas vezes passam despercebidos perante aqueles que os gozam, os detêm, mas não os reconhecem por ser algo tido como comum em seu cotidiano. No entanto, infelizmente, esta não é a realidade de todos, havendo, de tal forma, a necessidade de serem estabelecidos e garantidos estes direitos precipuamente àqueles que não os usufruem integralmente. O Estado, ainda que principal agente de combate às diferentes formas de desigualdade e

discriminação e ente garantidor de igualdade, muitas vezes acaba por intensificar essa disparidade de oportunidades.

Aliás, com o conceito material de direitos fundamentais não se trata de direitos declarados, estabelecidos, atribuídos pelo legislador constituinte, pura e simplesmente; trata-se também dos direitos resultantes da concepção de Constituição dominante, da ideia de Direito, do sentimento jurídico coletivo (conforme se entender, tendo em conta que estas expressões correspondem a correntes filosófico-jurídicas distintas). (MIRANDA, 2008, p. 12)

Os direitos das minorias estão dispostos na carta constitucional, apresentados de maneira explícita ou implícita, nos princípios adotados e nas normas institucionalizadas. Independentemente desta adesão constitucional, esta determinação está retratada nos direitos fundamentais, como anteriormente citados, detentores do poderio supraconstitucional, poder esse exteriorizado na preservação da defesa e dignidade da pessoa humana em face do Estado, ocorrendo até a precaução da não ocorrência da discriminação, estabelecendo ao Poder Legislativo limites objetivos e intransponíveis intentando que estes direitos não sejam redirecionados a interpretação subjetiva estigmatizada. (ALVES, 2010).

Quando se observa o ordenamento jurídico pátrio é possível constatar que a fundamentação dos direitos de minorias pode ser encontrada em vários princípios, incluindo o da dignidade da pessoa humana, o da plena eficácia dos direitos fundamentais, entre outros. É importante delimitar a fundamentação do direito das minorias entre os direitos fundamentais por conta de eles possuírem um conteúdo mínimo que pode ser alterado. (ALVES, 2010).

Há a ponderação também do autor Fernando de Brito Alves (2010) sobre a inclusão social através do direito constitucional, na qual são destinadas, primordialmente, as minorias que por infortúnio encontram-se em cenários lastimáveis em vista da precariedade da efetivação de seus direitos garantidos. A lei maior vigente no Brasil consta com o encargo da erradicação da exclusão em nível econômico-financeiro, sociopolítica, cultural e jurídica, intentando a inclusão social como objetivo essencial, pois segundo a análise do autor, ao negar a cidadania, “reverso da exclusão social”, estaria também sendo negada a própria humanidade à alguém, reafirmando ao postular que “o homem só adquire humanidade quando lhe é reconhecido um direito fundamental de existência, o direito a ter direitos”.

O autor prossegue reiterando com a menção da Constituição em seu artigo 3º, incisos III e IV na qual, há como objetivo crucial da República a supressão da marginalização e pobreza e suscitar o “(...) bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação” (ALVES, 2010).

O Brasil também adota em sua magna carta o preceito na qual institui a educação como direito fundamental, dispondo um capítulo inteiro no título “Da Ordem Social” para descrever como será abordada, a intervenção estatal, conceituando as primazias e o fim último perante este assunto.

O art. 214 da Constituição Federal<sup>15</sup> dispõem sobre o projeto nacional no âmbito educacional na qual pendura por um tempo de 10 anos, havendo a sua renovação constante, a fim de objetivar metas em médio prazo, tornando a finalidade mais palpável. Há nos incisos deste artigo diretrizes que estão limitadas a determinado público, sobrepondo um estágio educacional sob outro, havendo, como dito anteriormente, uma concentração de aplicação do capital estatal nos Ensinos Superiores e a alienação em face do ensino básico, buscando a “melhoria da qualidade do ensino” daquele e a sucateio deste (BRASIL, 1988).

A ausência de qualidade na educação está, principalmente, nas escolas que se encontram em cenários de marginalização, não apenas da qualidade de ensino, mas também do investimento estatal e do desenvolvimento, porém aquela encontra-se muito presente na segregação e discriminação dos povos em que ali habitam. É necessário salientar que ao trazer o conceito de minoria, este não se relaciona com minorias numéricas, até mesmo porque esses grupos, geralmente, constituem a maior parte da população. O que se discute neste trabalho é a minoria no sentido de força política, de representatividade, de local de fala e poder de voz na busca pela garantia de seus interesses.

Em uma nação em que persiste a desigualdade, desde sua construção, como no Brasil, o incentivo à meritocracia acentuará a desigualdade, a miséria e a violência, quando não viabiliza de forma homogênea as oportunidades de ascensão, intensificando a discriminação e desigualdade racial (ALMEIDA, 2018, p. 63).

---

15 **Art. 214.** A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração plurianual, visando à articulação e ao desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis e à integração das ações do poder público que conduzam à: I - erradicação do analfabetismo; II - universalização do atendimento escolar; III - melhoria da qualidade do ensino; IV - formação para o trabalho; V - promoção humanística, científica e tecnológica do País.



Figura 2: Analfabetismo por cor ou raça. Fonte: IBGE - PNAD Contínua Educação 2017<sup>16</sup>.

E a forma como são formulados os processos seletivos para ingresso às universidades públicas seriam um grande exemplo da meritocracia e segregaco sócio racial, pois o ensino exigido  benefício usufruído por poucos, distanciando o negro e pobre da graduação, elitizando novamente o meio acadmico superior.

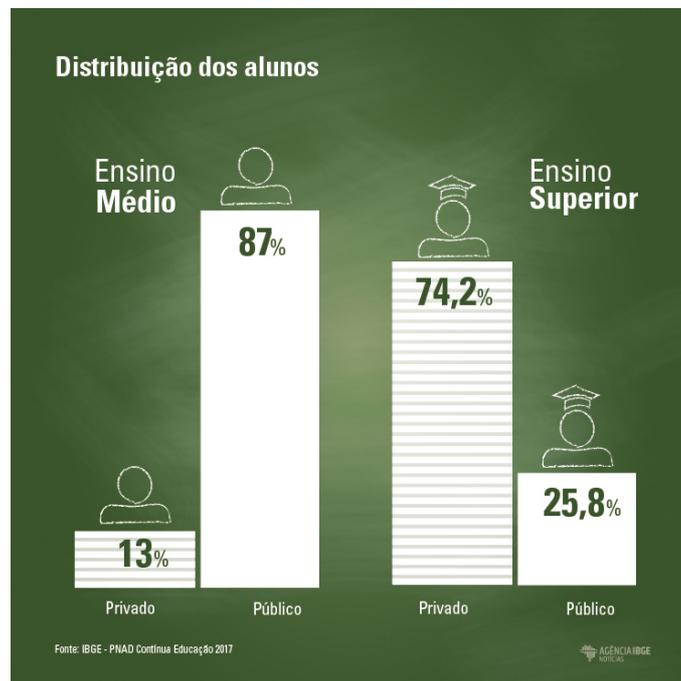


Figura 3: Distribuição dos alunos. Fonte: IBGE - Contínua Educação 2017<sup>17</sup>.

O Sistema de Cotas é algo necessário para que o Ensino Superior público abandone o

16 Disponívél em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/22842-acesso-a-educacao-ainda-e-desigual>>. Acesso em 24 jun. 2019.

17 Disponívél em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/22842-acesso-a-educacao-ainda-e-desigual>>. Acesso em 24 jun. 2019.

cunho exclusivo, elitizado. A Lei de Cotas, como ação afirmativa, aborda não só o princípio de equidade, mas também o princípio de proporcionalidade, embasado em três elementos-chaves, sendo eles: a adequação, que analisa se a providência adotada é acessível ao fim último; a necessidade, medida indispensável à sua legitimação de forma explícita e à não existência de outra com a mesma natureza; e a proporcionalidade em sentido estrito, visando o interesse dos envolvidos e buscando uma medida que apresente uma melhor proporção entre o meio e o fim (REVISTA JURÍDICA DA PRESIDÊNCIA, 1999, p. 381).

A discrepância de qualidade e capital investido entre o ensino superior público e o ensino básico público é imensa e está diretamente ligado a necessidade do Sistema de Cotas, agindo de modo proporcional com o que lhe são ofertados, e esta não anula a necessidade de investimento ao ensino básico, pois, como dito anteriormente, é atribuído ao Sistema um cunho provisório.

A presença de qualidade na educação básica propiciará que os negros e pobres estejam mais qualificados, obtendo um ensino digno e igualitário, ou seja, possibilitando que aqueles possam concorrer de forma equânime. Em contrapartida, não há a extinção da necessidade de equiparar de imediato, ofertando a apropriação aos negros nos dias atuais ponderando em função destes e daqueles negros que sofreram arduamente apenas por obter características étnicas diferentes dos demais.

A intervenção estatal se caracteriza como ausente e propositada porque estão sendo ofertadas oportunidades para o ingresso nas universidades e diversos programas de apoio financeiro. Assim, essa política pública existe, mas sozinha é insuficiente para solucionar essa problemática que envolve questões sociais muito além da desigualdade social. Dados da PNAD<sup>18</sup> de 2015 mostram que apesar dos negros e pardos representarem 54% da população na época, a sua participação no grupo dos 10% mais pobres era de 75%.

Ao marginalizar essa parcela que forma a maioria da população brasileira, o que o Estado faz é negar que trata com diferença essas pessoas, e muitas vezes, com descaso.

#### **4 A INCLUSÃO NA UENP MEDIANTE A ADOÇÃO DE UM SISTEMA E, PRINCIPALMENTE, NO INVESTIMENTO EM POLÍTICAS DE PERMANÊNCIA**

O Estado, em busca de reparar a sua ineficiência diante da educação, criou programas a curto e médio prazo que objetivam a inclusão de todos os grupos, de modo a incentivar a diversidade e eliminar a padronização nos meios de ensino. A partir disso, começou a criar políticas nessa direção. A Lei de Cotas foi uma das ferramentas instauradas pelo Governo, e sua inserção

---

18 Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/os-dados-que-mostram-a-desigualdade-entre-brancos-e-negros-no-brasil/>>. Acesso em 14 jul. 2019.

visa, primordialmente, a ampliação do acesso a educação em nível superior e a equiparação de classes e grupos sociais que ainda sofrem consequências de um passado tão distante.

No entanto, ao longo do seu corpo normativo, foi estabelecido que essa legislação será aplicada somente em instituições de âmbito federal, ou seja, universidades estaduais, que são quase que maioria, principalmente no estado do Paraná, onde se localiza os campus da UENP, estão à mercê de qualquer corpo jurídico que delimita a aplicação do Sistema de Cotas em seus vestibulares, não submetendo-os a regras e até mesmo a nenhum prazo para a sua implementação, colocando-os em posição de escolha de como e quando será aplicado, o que facilita a atuação tendenciosa por parte do poder público,

Nas universidades estaduais do Paraná, especificamente, ocorreu a introdução do Sistema de Cotas de maneira dispersa e distinta, possibilitando a cada universidade fixar seus parâmetros e limitações. Entretanto, esse critério subjetivo, em muitos casos, não atinge seu propósito, pois é instaurado de forma simbólica, não proporcionando uma real equiparação, ofertando apenas uma parcela insuficiente diante da demanda.

Na Universidade Estadual do Norte do Paraná, apesar de tardia, segundo o relatório final “COMISSÃO PARA ESTUDO DE AÇÕES AFIRMATIVAS NO ÂMBITO DA UENP” disponibilizado pela pró-reitora de Graduação e professora mestra, Ana Paula Belomo Castanho Brochado, houve um intenso estudo regional, estadual e dentro da universidade, visando um atendimento íntegro e a disponibilização de vagas de acordo com a sua real demanda, buscando, a partir desses estudos, a delimitação do percentual exato que seria ofertado em cada curso.

Ao longo das jornadas realizadas nas cidades que sediam algum campus da Universidade Estadual do Norte do Paraná, diversos docentes defenderam a instauração do Sistema de Cotas, argumentando que esta ação afirmativa é algo essencial para promover a equiparação social e também será mais um meio de combate da desigualdade social e racial, infelizmente, muito presente nas universidades e no próprio país.

O Conselho Universitário da UENP (CONSUNI) iniciou esse importante processo no de 2016 com a implementação da Comissão anteriormente citada e alicerçado nesta que sucedeu um relatório, culminando de tal forma um Minuta de Resolução que fora apresentada e aprovada, de maneira unânime, pelo Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão (CEPE) e pelo CONSUNI, entre nos anos de 2016 e 2017.

Após a votação, na qual foi decidida pela aderência desse Sistema e o intenso estudo para definir a porcentagem que seria destinada, chegou-se a conclusão que, até então, para atingir seu real propósito haveria a necessidade ser disponibilizado 40% do total das vagas, sendo que este seria subdividido em 20% para a cota denominada “social” e 20% para a cota “sociorracial”, esta

seria destinada para os discentes que cursarem o ensino médio integralmente em escolas públicas e que se autodeclararem pardos e negros, e aquela seria designada para os discentes oriundos de escola pública e que cursaram integralmente o ensino médio na rede pública de ensino, segundo consta nos editais de vestibular dos anos de 2018 e 2019 (UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ, 2017 e 2018).

Por se tratar de algo recentemente implantado, e que ainda está em fase de adaptação, a divulgação está em processo de expansão, de acordo com o questionário realizado com o professor Dr. Fernando de Brito Alves e a professora mestra e pró-reitora da Graduação Ana Paula Belomo, a sua adesão é algo crescente também, e segundo dados fornecidos por meio das respostas deste, ocorre uma oferta de 286 vagas para as cotas sociorraciais, entretanto a quantidade de matrículas é apenas de 138, no ano do vestibular de 2018, e 130 no vestibular de 2019. Por sua vez, as cotas sociais apresentam uma maior demanda de matrículas, ou seja, uma maior procura e sendo que de 278 vagas ofertadas sucedeu-se a matrícula de 310, no ano de 2018 e, 318 no ano de 2019.

Dessa forma pode-se concluir que os vestibulandos e futuros discentes da UENP estão cada vez mais procurando obter aquilo que lhe é de direito, combatendo gradativamente a elitização da universidade.

Ainda no relatório citado, efetuou-se o questionamento em face de políticas de permanência estudantil, que visam a não evasão do discente. Considerando o renome e prestígio que a universidade possui na região, há uma procura por habitantes das cidades vizinhas. Nessa situação, há duas possibilidades: os estudantes necessitam se locomover diariamente ou passarem a morar na cidade que concentra o campus de seu curso, sendo que esse deslocamento demanda uma quantidade monetária que para alguns, é mais um obstáculo para conquistar a tão almejada graduação.

A Universidade Estadual do Norte do Paraná dispõe alguns programas que auxiliam nos subsídios de seus alunos, como por exemplo a “Moradia Estudantil”, presente desde a publicação do Edital 001 no ano de 2011<sup>19</sup> e, atualmente, em todas as cidades que contêm algum campus, sendo que no ano de 2019 foram disponibilizadas 14 vagas no total (UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ, 2019), porém, no site da UENP não é exposto exatamente a quantidade de discentes que a “Casa do Estudante” abriga, deixando de tal maneira uma informação vaga.

Há também a concessão de bolsas de iniciações científica que estimulam a produção e a pesquisa científica, incentivando o aluno a conhecer outras áreas e se aprofundar em determinado assunto, ofertando um valor em dinheiro como remuneração. Esse estímulo intenciona disseminar

---

19 Disponível em: <<https://uenp.edu.br/moradia-estudantil/260-edital-proec-001-201-processo-seletivo-para-o-preenchimento-de-vagas-para-moradia-de-estudantes-em-imovel/file>>. Acesso em 15 jul. 2019.

todo o conhecimento, auferido durante o ano de validade da mesma, em eventos da faculdade e até mesmo em eventos internacionais. A UENP disponibiliza algumas espécies dessa, como por exemplo o PIBIC (Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica), PIBIS (Programa Institucional de Apoio à Inclusão Social), direcionado unicamente aos discentes que ingressaram pelo sistema de cotas e subdividido modalidades de iniciação científica e extensão e cultura, e PIBEX (Programa Institucional de Bolsas de Extensão), contendo todos estes o mesmo propósito, seja por meio de iniciação científica ou extensão, de incentivar, de forma monetária, o discente a adquirir e produzir conhecimentos além da sala de aula. Todavia, ainda ocorre uma disponibilização pequena perto da grande procura, ocorrendo situações que muitos discentes não obtêm o benefício da bolsa.

A Universidade oferece também, como política de permanência, o Núcleo de Apoio Social e Psicológico (NASP), presente em todas as cidades que acomodam os campus da UENP, e objetiva proteção à saúde de melhoria da qualidade de vida daqueles que compõe o meio acadêmico, sendo que a expectativa do programa é atender, anualmente, 500 pessoas da comunidade acadêmica, auxiliando e amparando-as psicologicamente.

Como citado no Relatório Final da Comissão para instauração da Lei de Cotas na UENP, após a implementação desse sistema que busca equiponderar se iniciará um grande debate acerca e este gerará questionamentos positivos e negativos, principalmente em relação a como essa inserção colocou fim em muitos privilégios, demonstrados nos capítulos anteriores, e os que defendem intencionando uma melhoria, efetivando uma real política de permanência e a disponibilização para todos, atingindo o objetivo maior de equiparar nos vestibulares e auxiliar após este, aniquilando as circunstâncias que prejudicariam novamente esse aluno proveniente do sistema de cotas, como a possibilidade de desistência do curso.

Por se tratar de uma ação afirmativa instalada a pouco tempo na UENP, transcorre-se a ausência de determinados dados a fim de demonstrar como está sendo a vida dos cotistas após o vestibular, tendo sido esse questionário realizado com Fernando Brito e Ana Paula no segundo semestre de 2019. Nos próximos anos serão realizado estudos estatísticos institucionais, visando analisar como está processando-se a qualidade e desempenho dos alunos desde a entrada do Sistema de Cotas, responsabilidade essa de ser realizado pela Comissão de Acompanhamento e Avaliação das Ações Afirmativas (CAAF – UENP).

A UENP ainda é uma universidade considerada pequena para o padrão das demais instituições de ensino estaduais que existem no Brasil, mas está ganhando força, principalmente pelo nível de produção acadêmica que apresenta todos os anos, ou pelo incentivo à pesquisa, um passo muito importante e essencial para a formação de mentes críticas. É pelo conhecimento que

transformamos as universidades, e não pelo conformismo em situações vistas como impossíveis de serem solucionadas, como é o caso do racismo institucional, promovido pelas próprias instituições de ensino.

## CONCLUSÃO

A necessidade de formulação de políticas públicas se dá justamente pela intenção de solucionar um problema que tem a característica de temporariedade e em essa solução trazer resultados permanentes e efetivos. O problema de se ter uma educação superior elitizada e predominantemente branca e rica está na padronização que se dará nos futuros profissionais em nosso mercado de trabalho.

O Direito tem papel fundamental nessa situação, pois é por meio do Poder Executivo que se verifica as demandas sociais da sociedade, uma vez que ele é o responsável por administrar nosso país e garantir uma vida digna; o papel do Poder Legislativo é formular essas políticas públicas, de modo a atender as necessidades da população.

Ao empregar um processo seletivo que utiliza a meritocracia como elemento subjetivo para aprovação, o Estado está falhando em sua função de igualar os desiguais. Do mesmo modo, também está falhando ao implementar políticas públicas e deixar que as mesmas produzam resultados sem oferecer nenhum incentivo e sem verificar se está sendo atendida a demanda que originou essa política.

Portanto, a atuação estatal pode ser considerada dúbia: sua presença não é suficiente para sanar as lacunas sociais, e sua ausência está ligada principalmente aos próprios interesses desse órgão. Manter a desigualdade o privilégio de alguns é muito mais conveniente, no sentido de aumento de poder e de domínio, do que igualar as condições de todos e formar uma sociedade desenvolvida e crítica quanto às falhas existentes.

A Universidade Estadual do Norte do Paraná necessita se posicionar com mais firmeza diante da ineficiência do governo estadual em regulamentar a política de ações afirmativas. Ainda que seja recente a implementação do sistema, a discussão já existe há algum tempo, e deve continuar sendo levantada. Deve-se atentar à quais melhorias serão realizadas nos próximos anos, quais investimentos serão necessários, de modo a solucionar a problemática e não ser mais necessária essa política de ações afirmativas.

A situação pode ser vista como uma via de mão dupla, onde representam conquistas a implementação dessa política pública de inclusão, assim como também de não necessitar mais fazer uso da mesma.

Atender aos fins sociais e realizar justiça para aqueles que historicamente foram

segregados e tratados de maneira desumana, sempre às margens de um direito que parece existir somente no plano hipotético, teórico, é realizar o Direito enquanto ciência social aplicada.

As cotas são um direito conquistado, uma maneira de expor para a sociedade que nosso sistema educacional é falho, e essa falha é proveniente de um Estado intervencionista ausente e tendencioso. A educação é a arma de combate e o grito mais forte daqueles que têm suas vozes silenciadas pelo racismo.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018.

ALVES, F B; SIQUEIRA, D P. **Políticas públicas de previsibilidade a obrigatoriedade: uma análise sob o prisma do Estado social de direitos.** 1. ed. Birigui – SP: Boreal Editora, 2011. Vários autores.

ALVES, Fernando de Brito. **Margens do direito:** a nova fundamentação do direito das minorias / Fernando de Brito Alves. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** 53ed. Brasília, Distrito Federal: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2018.

BRASIL. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.** Lei número 9394, 20 de dezembro de 1996.

BRASIL. Lei nº 12.711/2012, de 29 de agosto de 2012. **Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências.** Brasília,DF, ago 2012.

CALEIRO, João Pedro. **Os dados que mostram a desigualdade entre brancos e negros no Brasil.** Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/os-dados-que-mostram-a-desigualdade-entre-brancos-e-negros-no-brasil/>>. Acesso em jul 2019.

COMISSÃO PARA ESTUDO DE AÇÕES AFIRMATIVAS NO ÂMBITO DA UENP. Pró-reitoria de Extensão e Cultura. **Relatório Final.** Jacarezinho, 2016.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o ministério público.** São Paulo: Max Limonad, 2000.

GUERRINI, D; MATA, E A D; PICONI, L B; STURION, L. **Acesso e democratização do ensino superior com a Lei nº 12.711/2012:** o câmpus de Londrina da Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR). Rev. bras. Estud. pedagog., Brasília, v. 99, n. 251, p. 17-36, jan./abr. 2018. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbeped/v99n251/2176-6681-rbeped-99-251-17.pdf>>. Acesso em abr 2019.

KANT, Immanuel. **Sobre a Pedagogia.** Tradução de Francisco CockFontanella. Piracicaba: Editora Unimep, 1996.

MARQUES, Elias P; PELICIONI, Maria C F; PEREIRA, Isabel M T B. Educação Pública: falta de prioridade do poder público ou desinteresse da sociedade?. **Rev. bras. crescimento desenvolv. hum.**, São Paulo , v. 17, n. 3, p. 8-20, dez. 2007 . Disponível em <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.phpscript=sci\\_arttext&pid=S010412822007000300003&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.phpscript=sci_arttext&pid=S010412822007000300003&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 13 jul. 2019.

MARTINS, Antonio Carlos Pereira. **Ensino superior no Brasil: da descoberta aos dias atuais**. Acta Cir. Bras., São Paulo , v. 17, supl. 3, p. 04-06, 2002 . Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.phpscript=sci\\_arttext&pid=S010286502002000900001&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.phpscript=sci_arttext&pid=S010286502002000900001&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em abr 2019.

MARTINS, Ura Lobato. **Análise crítica sobre o entendimento de ronaldworkin sobre “o caso bakke: as quotas são injustas?”**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 87, abr 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9515](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9515)>. Acesso em abr 2019.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MOEHLECKE, S. **Ação afirmativa: história e debates no Brasil**. Cadernos de Pesquisa, 117, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/n117/15559.pdf>>. Acesso em abr. 2019.

PORTAL INEP. **Inep divulga dados do investimento público em educação de 2000 a 2010**. Notícia: Censo Escolar. Janeiro 2012. Disponível em: <[http://portal.inep.gov.br/artigo/-/asset\\_publisher/B4AQV9zFY7Bv/content/inep-divulga-dados-do-investimento-publico-em-educacao-de-2000-a-2010/21206](http://portal.inep.gov.br/artigo/-/asset_publisher/B4AQV9zFY7Bv/content/inep-divulga-dados-do-investimento-publico-em-educacao-de-2000-a-2010/21206)>. Acesso em: abr 2019.

PARADELLA, Rodrigo. **Acesso à educação ainda é desigual**. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/22842-acesso-a-educacao-ainda-e-desigual>>. Acesso em jun. 2019.

REVISTA JURÍDICA DA PRESIDÊNCIA. **Presidência da República Centro de Estudos Jurídicos da Presidência – Vol. 1, n. 1, maio de 1999**. Brasília: Centro de Estudos Jurídicos da Presidência, 1999–. Quadrimestral.

SAMPAIO, Helena. **Evolução do ensino superior brasileiro (1808-1990)**. Documento de Trabalho 8/91. Núcleo de Pesquisa sobre Ensino Superior da Universidade de São Paulo, 1991. Disponível em: <<http://nupps.usp.br/downloads/docs/dt9108.pdf>>. Acesso em abr 2019. UENP – UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ. Edital 001/2019 – Moradia Estudantil da UENP. **Vagas para Moradia Estudantil para Alunos de Graduação dos Campi da UENP**. Paraná, 2019, 18 mar. 2019. Disponível em: <https://uenp.edu.br/doc-proec/proec-editais/editais-moradia-estudantil/12309-proec-edital-001-2019-selecao-alunos-graduacao-moradia-estudantil/file>. Acesso em jul. 2019.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ. UENP aprova cotas raciais e sociais para graduação. Disponível em: < <https://uenp.edu.br/noticias/item/1796-uenp-aprova-cotas-raciais->

e-sociais-para-graduacao >. Acesso em jun. 2019.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ. Edital 001-2011 PROEC. **Vagas para Moradia Estudantil**. Paraná, 2011, 05 abr. 2011. Disponível em: <<https://uenp.edu.br/moradia-estudantil/260-edital-proec-001-201-processo-seletivo-para-o-preenchimento-de-vagas-para-moradia-de-estudantes-em-imovel/file>>. Acesso em jul 2019.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ. Edital 001-2013 PROEC. **Vagas para Moradia Estudantil**. Paraná, 2013, 02 fev. 2013. Disponível em: <https://uenp.edu.br/proec-noticias/item/308-vagas-para-moradia-estudantil-em-jacarezinho>. Acesso em jul. 2019.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ. Edital 057-2017 GR. **Vestibular UENP 2018** , Paraná, 2017, p. 5-7, 20 jul. 2017. Disponível em: [https://vestibular.uenp.edu.br/2018/site/docs/edital\\_057-2017\\_vestibular\\_uenp\\_2018.pdf](https://vestibular.uenp.edu.br/2018/site/docs/edital_057-2017_vestibular_uenp_2018.pdf). Acesso em: 15 jul. 2019.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ. Edital 111/2018-GR. **Edital do Vestibular UENP 2019**, Paraná, 2018, p. 6-7, 6 ago. 2018. Disponível em: [https://vestibular.uenp.edu.br/2019/site/docs/edital\\_111\\_2018.pdf](https://vestibular.uenp.edu.br/2019/site/docs/edital_111_2018.pdf). Acesso em: 15 jul. 2019.

# RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELOS DANOS CAUSADOS AOS FILHOS DE PESSOAS ATINGIDAS PELA HANSENÍASE ATRAVÉS DA POLÍTICA DE ISOLAMENTO COMPULSÓRIO

Ellen Carina Mattias SARTORI<sup>1</sup>  
Jhessica Bueno Da Silva CANTALUPPI

## RESUMO

O objeto de estudo do presente trabalho é a possibilidade de responsabilização civil do Estado brasileiro pelos danos sofridos pelos filhos de pessoas atingidas pela hanseníase durante a vigência do isolamento compulsório. No Brasil, entre as décadas de 1920 e 1980, a hanseníase, popularmente conhecida na época como “lepra”, era doença temida pela sociedade. Em decorrência disso, a Administração Pública adotou a segregação involuntária das pessoas acometidas pela hanseníase. Por conta dessa política estatal, milhares de famílias foram separadas, sendo que as crianças e os adolescentes, em sua maioria, passaram a viver em educandários e preventórios. No ano de 2007, foi instituída no país uma pensão vitalícia àqueles que foram isolados compulsoriamente em asilos-colônia ou hospitais-colônia. Contudo, o benefício não é extensível aos filhos, que também foram gravemente atingidos pela política adotada pelo Brasil. Cabe ressaltar que se trata de uma pesquisa bibliográfica, que utiliza a documentação indireta como técnica de pesquisa, sendo utilizado ainda o método dedutivo e exploratório. Ao final, constata-se que o Estado não assegurou aos filhos direitos básicos inerentes à pessoa humana, possuindo para com eles uma dívida histórica, sendo possível, portanto, a indenização os filhos separados dos pais pela política pública do isolamento compulsório.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade civil do Estado. Reparação. Hanseníase. Filhos. Isolamento compulsório.

## ABSTRACT

The object of study of the present research is the possibility of civil responsabilization of the Brazilian State for the damage done to the offspring of people affected by leprosy during the compulsory isolation period. In Brazil, between the decades of 1920 and 1980, leprosy, popularly known then as "leper", was a disease feared by society. Stemming from this fear, the Public Administration adopted the involuntary segregation of people affected by leprosy. As a result of this state policy, thousands of families were separated, with the majority of children and adolescents having to live in educational establishments and preventoriums. In the year of 2007, it established in the country a life pension for those that were compulsorily isolated in asylums-colony or hospitals-colony. However, the benefit was not applicable to their offspring, who were also gravely affected by the policy set by Brazil. It's worth highlighting that this is a bibliographic research, that makes use of indirect documentation as a research method, as well as a deductive and exploratory method. Ultimately, it's determined that the State did not guarantee to the offspring the basic rights inherent to the human person, and possess a historic debt with them, thus making indemnity possible to the offspring separated from their parents by the public policy of compulsory isolation.

**KEYWORDS:** Civil Responsibility of the State. Compensation. Leprosy. Offspring. Compulsory

1 Doutoranda e Mestra do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da Instituição Toledo de Ensino de Bauru (ITE) ? Área de concentração: Sistema Constitucional de Garantia de Direitos. Pós-graduada Lato Sensu (Especialização) em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Advogada do escritório Pontechelle Sociedade de Advogados em Bauru/SP. Professora de Direito Civil do curso de Direito da Instituição Toledo de Ensino (ITE), nas unidades de Bauru e Botucatu. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Direitos e Garantias Fundamentais, Direito Civil e Direito do Consumidor.

Isolation.

## **INTRODUÇÃO**

O Estado brasileiro, até o ano de 1986, com a finalidade de combater a hanseníase, conhecida na época pelo termo “lepra”, isolou pacientes atingidos pela doença. Para que não houvesse o contágio da doença, a referida política estatal separou os filhos de seus pais diagnosticados com a doença, de modo que as crianças e adolescentes, até mesmo os recém-nascidos, eram encaminhados para os educandários e preventórios, salvo aqueles que ficavam aos cuidados de algum familiar. Sob a tutela do Estado, que demonstrou abandono para com esses “órfãos de pais vivos”, ocorreram diversas agressões físicas, psicológicas e sexuais, de forma que os danos ocasionados refletem atualmente na vida daqueles que foram privados do convívio familiar.

As pessoas afastadas da sociedade pela política de “profilaxia da lepra” alcançaram, em 2007, fruto de muita luta, o direito a uma pensão vitalícia, instituída através da Lei nº 11.520/2007. Dessa forma, ao reparar financeiramente os ex-pacientes isolados, houve, de certa forma, o reconhecimento, por parte do Poder Público, de que ocorreu um erro no passado que atingiu a vida de todos os envolvidos. Porém, o referido benefício não é extensível aos filhos dessas pessoas, que suportam danos que ainda não foram reparados ou compensados pelo Estado que os causou. O trabalho, assim, visa a demonstrar que o Estado possui uma dívida histórica com os filhos de pessoas atingidas pela hanseníase, separados através da política pública do isolamento compulsório.

De tal modo, inicialmente, será analisado o instituto da responsabilidade civil, bem como a responsabilidade civil do Estado e suas características. Na sequência, busca-se evidenciar a responsabilidade civil do Estado e sua obrigação em indenizar os filhos que foram privados do convívio com seus pais, e tiveram diversos direitos fundamentais violados, em razão da política de isolamento compulsório das pessoas atingidas pela hanseníase.

Para tanto, quanto à metodologia, utiliza-se dos métodos dedutivo e exploratório. Trata-se de uma pesquisa teórica e bibliográfica, que usa a documentação indireta, realizada por meio de pesquisa em documentos e revisão de literatura, perpetrada através de livros, artigos científicos, periódicos, jurisprudência e legislação nacionais, além de pesquisas estatísticas de terceiros, cujo acervo pode ser alcançado na *internet* e em biblioteca particular.

## **1 CONSIDERAÇÕES RELEVANTES SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL**

As ciências jurídicas surgiram juntamente com os fatos sociais, unindo e disciplinando todos os acontecimentos da vida em sociedade, de forma que tornou possível refletir o direito em

valores, tradições e culturas. Desta forma, é possível afirmar que o direito existe precipuamente para regulamentar as relações humanas. Portanto, nunca poderá formar-se de maneira alheia aos fatos sociais, afinal, são eles quem definem a existência daquele.

Via de regra, os atos que geram dever de responsabilização são aqueles que trazem consigo o prejuízo (DINIZ, 2016, p. 20). Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2016, p. 47): “[...] toda atuação do homem invade ou, ao menos, tangencia, o campo da responsabilidade”.

A responsabilidade civil fundamenta-se em dois conceitos, sendo eles o ato ilícito e o abuso de direito. Ato ilícito pode ser definido como toda conduta praticada contrária ao ordenamento jurídico. O artigo 186 do Código Civil dispõe que: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002). De acordo com o mencionado artigo, o ato ilícito passível de indenização está formado quando a lesão encontrar-se presente, juntamente com um dano material, moral, estético e entre outros (TARTUCE, 2018, p. 329).

No que concerne ao abuso de direito, o artigo 187 do Código Civil estabelece que: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL, 2002). No abuso de direito, o agente está exercendo um direito, ou seja, de maneira lícita, mas ultrapassa seus limites, ocorrendo, então, o abuso.

O Código Civil de 2002, que vige atualmente no Brasil, em seu artigo 927, preceitua que aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Já seu parágrafo único diz que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, 2002).

Tradicionalmente, a responsabilidade civil sempre esteve vinculada com a ideia de ato ilícito. De fato, a responsabilidade civil está respaldada no princípio fundamental da proibição de ofender direito alheio, ou seja, a ideia de que a ninguém se deve lesar (*neminem laedere*). Entretanto, a ideia de reparação tem maior amplitude do que a de ato ilícito, por conter hipóteses de ressarcimento de prejuízo sem que se cogite da ilicitude da ação (GONÇALVES, 2012). Para fins didáticos, a doutrina ensina que a responsabilidade civil pode ser classificada quanto ao seu fato gerador, fundamento ou agente.

Em primeiro lugar, quanto ao fato gerador, pode subdividir-se em responsabilidade contratual ou extracontratual. A responsabilidade civil contratual ou negocial é originada de um contrato realizado entre sujeitos, que por sua vez é derivado da vontade dos mesmos. Leciona Diniz (2016, p. 151): “[...] se oriunda de inexecução de negócio jurídico bilateral ou unilateral. Resulta,

portanto, de ilícito contratual, ou seja, falta de adimplemento ou mora no cumprimento de qualquer obrigação”. A responsabilidade, neste caso, é uma consequência da quebra de um acordo previamente ajustado entre as partes.

A responsabilidade extracontratual, também conhecida como aquiliana, é determinada, por sua vez, não em virtude de contrato previamente pactuado entre as partes, mas independentemente de elo entre os envolvidos. Quando o ato ilícito é praticado, não há vínculo jurídico entre a vítima e aquele que causou o dano (GONÇALVES, 2017, p. 45).

Quanto ao fundamento, classifica-se, ainda, como responsabilidade subjetiva ou objetiva. A responsabilidade subjetiva depende da comprovação de que o causador do dano agiu com culpa *lato sensu* (em sentido amplo), ou seja, que houve culpa em *stricto sensu* ou dolo. Em contrapartida, diz-se objetiva a responsabilidade que não necessita da demonstração da culpa, conforme preceitua o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil.

A responsabilidade subjetiva é a regra geral no direito brasileiro, por força da aplicação dos artigos 186 e 927 do Código Civil. A responsabilidade objetiva é exceção, e sua aplicação depende de expressa previsão legal como, por exemplo, no caso do parágrafo único do artigo 927 e dos artigos 932 e 933. Embora seja a exceção em nosso ordenamento jurídico, existem diversas situações em que se aplica a responsabilidade objetiva (TARTUCE, 2018, p. 507).

Por fim, no que diz respeito ao agente, tem-se a responsabilidade direta ou indireta. Será direta se procedente da própria pessoa, e então, neste caso, o agente responde por ato próprio (DINIZ, 2016, p. 152). Já responsabilidade indireta resulta de ato praticado por terceira pessoa, quando o responsável por restituir o dano é alguém distinto daquele que motivou a lesão, como nos casos do artigo 932. A responsabilidade indireta também é chamada de “complexa” ou “responsabilidade civil por fato de outrem” e sua aplicabilidade é uma exceção no ordenamento jurídico.

No entanto, para se falar em responsabilidade civil, devem ser observados alguns elementos caracterizadores ou pressupostos (MIRAGEM, 2015), tomando como base o artigo 186 do Código Civil, que são: ato (ação ou omissão), culpa *lato sensu*, nexos de causalidade e dano.

Ato é toda conduta positiva (ação) ou negativa (omissão), uma ocorrência da vida. Assim, o ato ilícito é a conduta comissiva ou omissiva que viola o dever de não lesionar terceiros, causando-lhes prejuízo, seja ele de ordem patrimonial ou extrapatrimonial, o que será elucidado oportunamente. A respeito do tema, explana Diniz (2016, p. 56):

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

A culpa em sentido amplo é composta por três elementos: a voluntariedade do comportamento do sujeito, a previsibilidade e a violação do dever de cuidado. O primeiro elemento diz respeito à espontaneidade do causador do dano. Se houver vontade direcionada em alcançar o resultado, a situação será considerada de maior gravidade, o que se identifica como dolo. Previsível é aquilo que já era esperado; só é possível indicar a culpa se a lesão era previsível. A culpa pressupõe o descumprimento de um dever de cuidado, comum entre as pessoas, caracterizando-se, então, o terceiro elemento da culpa *lato sensu*. A culpa em sentido estrito pode manifestar-se de três formas, quais sejam: negligência, imprudência ou imperícia, e ocorre quando o dano é consequência da inobservância de um dever de cuidado, sem que o agente possua a intenção de causar a lesão (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 186-189).

Mencionam Gagliano e Pamplona Filho (2016, p. 72), contudo, que a culpa (em sentido lato, abrangente do dolo) não é pressuposto geral da responsabilidade civil, sobretudo no novo Código, considerando a existência de outra espécie de responsabilidade, que prescindir desse elemento subjetivo para a sua configuração: a responsabilidade objetiva.

Em algumas hipóteses, portanto, admite-se a chamada responsabilidade civil objetiva, ou seja, quando não há necessidade de provar-se a culpa. Esta, por sua vez, é uma exceção à regra supramencionada. Conforme Tartuce (2018, p. 507), “[...] haverá responsabilidade independentemente de culpa nos casos previstos em lei ou quando a atividade desempenhada criar riscos aos direitos de outrem”. Quando se trata do Estado como causador do dano, a responsabilidade civil é objetiva, portanto, dispensa a comprovação de culpa.

Imprescindível, ainda, para caracterização da responsabilidade civil, o vínculo existente entre o ato praticado e o dano produzido, que é conhecido como nexos de causalidade, funcionando, assim, como a união ou junção de ambos. A comprovação do nexos de causalidade é indispensável para o reconhecimento do dever de indenizar o prejudicado. Em regra, incumbe à vítima o dever de prová-lo em uma ação de indenização, sendo que a exceção está pautada nas hipóteses de presunção de causalidade (MIRAGEM, 2015). O nexos de causalidade é elemento importantíssimo quando se trata de responsabilidade civil, devendo restar configurado para que se fale em dever de indenizar.

Nas situações em que se verificar a quebra do nexos causal, seja na responsabilidade civil subjetiva ou objetiva, não haverá o dever de indenizar, tendo em vista que se trata de um elemento essencial para que se possa exigir a reparação do dano. Como excludentes do nexos causal tem-se a culpa ou fato exclusivo da vítima, culpa ou fato exclusivo de terceiro, caso fortuito e força maior (TARTUCE, 2018, p. 386).

Entretanto, segundo Diniz (2016, p. 77), “não pode haver responsabilidade civil sem a existência de um dano a um bem jurídico, sendo imprescindível a prova real e concreta dessa

lesão”. O prejuízo experimentado injustamente por determinada pessoa, ora vítima, deve obter resposta e amparo no ordenamento jurídico, de modo a satisfazer o interesse da vítima que fora violado (BITTAR, 1999, p. 38). Apenas haverá responsabilidade na esfera civil, e, portanto, o dever de indenizar, se houver lesão a um bem juridicamente resguardado, assim como prejuízo a uma pessoa.

O dano é todo prejuízo que alguém sofre, suscetível de apreciação pecuniária. Não são indenizáveis os danos insignificantes. O dano deve ser certo e não puramente eventual ou hipotético para que seja possível determinar o seu montante. Sendo futuro o dano, deve haver certeza de que serão efetivamente produzidos. (OLIVEIRA, 2003, p. 30).

O artigo 186 do Código Civil faz referência ao dano moral ou extrapatrimonial e material ou patrimonial. Tanto moral quanto material, para que haja o ressarcimento do prejuízo causado ao ofendido, é necessário que se comprove os mesmos requisitos para ambos, considerando que possuem o mesmo fundamento jurídico essencialmente (CAHALI, 1999, p. 39).

Em breve síntese, o dano material é caracterizado como a lesão ao patrimônio corpóreo da vítima, pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado (TARTUCE, 2018, p. 402). É classificado em dano emergente e lucro cessante, conforme estabelece o artigo 402 do Código Civil, que abrangem, respectivamente, as perdas e danos relativos ao que efetivamente perdeu e ao que razoavelmente deixou de lucrar.

O dano emergente, também chamado de dano positivo, é a real despesa suportada pela vítima, sendo que o mesmo surge da ocorrência do fato. Ocorre declínio financeiro da vítima, tendo como causa para seu surgimento a ofensa a um direito praticada pelo indivíduo causador do dano (MIRAGEM, 2015). De outra parte, lucro cessante ou dano negativo é o valor que o afetado deixou de lucrar. Sobre o mesmo conceito leciona Tartuce (2018, p. 403): “[...] valores que o prejudicado deixa de receber, de auferir, ou seja, uma frustração de lucro – o que razoavelmente se deixou de lucrar”.

Quanto aos danos extrapatrimoniais ou imateriais, com o advento da Constituição Federal de 1988, a temática tornou-se pacífica, pois, anteriormente, a doutrina e jurisprudência enfrentavam dificuldades para determinar e quantificar tal lesão (TARTUCE, 2018, p. 417).

A Constituição Federal vigente consagrou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito no seu artigo 1º, inciso III. Assim, a Constituição colocou a pessoa no topo do ordenamento jurídico, dando ao dano extrapatrimonial uma maior dimensão. Por conseguinte, os direitos à vida, à integridade física e psíquica, à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade e à liberdade estão englobados no direito à dignidade, que constitui a essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa humana (WALD; GIANCOLI, 2012, p. 84-85). Disso decorre que:

O dano moral resulta da violação de direitos da personalidade. Não se caracteriza pela perda ou redução patrimonial. Nesse sentido é imaterial ou não patrimonial. A interação entre danos morais e diretos da personalidade é tão estreita que se deve indagar da possibilidade da existência daqueles fora do âmbito destes. (LÔBO, 2018).

Por sua vez, os direitos da personalidade são aqueles admitidos a todas as pessoas, encontrando previsão no ordenamento jurídico, com a finalidade de defender os valores inerentes ao ser humano, como a vida, intimidade, respeito, honra, dentre outros (BITTAR, 2015). São direitos essenciais à pessoa humana, porque não há quem não os titularize. São direitos subjetivos privados, inatos, adquiridos independentemente da vontade, de conteúdo não-patrimonial (mas que podem ter reflexos pecuniários).

A previsão legal expressa dos direitos da personalidade foi uma novidade do Código Civil de 2002. Todavia, o rol trazido no Código Civil não é taxativo, pois os direitos da personalidade decorrem da noção de respeito à dignidade da pessoa humana. Logo, é ilimitado o número de direitos da personalidade. O rol do Código Civil (artigos 11 a 21) é meramente exemplificativo, podendo ser apontados outros como, exemplificativamente, o direito a alimentos, ao convívio familiar, ao leite materno, ao meio ambiente ecológico, à velhice digna, à identidade pessoal e à identidade de gênero, etc. (GONÇALVES, 2018).

Os danos extrapatrimoniais decorrem de lesão a atributos da personalidade. A evolução jurídica que levou ao reconhecimento dessa espécie de dano como dano indenizável, contudo, foi lenta. Inicialmente, constringia o pensamento jurídico admitir que alguém pudesse obter indenização em dinheiro em decorrência de lesão exclusivamente moral, consistente em dor ou sofrimento. Rejeitava-se a ideia de haver um “preço” para a dor. Apenas com a evolução do pensamento jurídico passou-se a admitir, gradualmente, a possibilidade de que se reconduza a violação a atributos da personalidade, previstos sob a forma de interesses juridicamente tuteláveis ou mesmo de direitos subjetivos expressos na legislação, a uma indenização em dinheiro. (MIRAGEM, 2015)

Nas palavras de Cahali (1999, p. 20):

[...] tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral.

É importante mencionar que o dano moral pode ser compensado pecuniariamente, mas não reparado, tendo em vista que não é possível retornar ao estado anterior do ofendido. Ensina Oliveira (2003, p. 39):

Independentemente do caráter patrimonialista ou não dos danos morais, da existência de perda de ordem econômica ou pecuniária, da diversidade de linguagem utilizada pela doutrina, o fato é que a reparação dos danos morais se afirma pela necessidade de preservar os direitos por uma melhor qualidade de vida. Isso implica o reconhecimento de atributos que não possuem significação econômica exterior, estabelecendo-se uma dimensão espiritual da pessoa humana e conseqüente espiritualização do direito.

Existem situações em que pode ocorrer ofensa moral e material ao mesmo tempo, a partir do mesmo ato. A Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça diz que: “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”. Portanto, a reparação por dano patrimonial não exclui o direito da vítima em ser compensada pela ofensa moral que recebeu.

É imprescindível mencionar que é necessário que o dano moral seja demonstrado, assim como o dano material ou qualquer outra ofensa. Na atualidade, contudo, a doutrina e jurisprudência entendem, excepcionalmente, que determinadas lesões são tão expressivas e notáveis que o dano decorre da força do próprio fato, o que se denomina dano moral presumido ou *in re ipsa*. Deste modo, Lôbo (2018) afirma:

A responsabilidade opera-se pelo simples fato da violação (*damnu in re ipsa*); assim, verificada a lesão a direito da personalidade, surge a necessidade de reparação do dano moral, não sendo necessária a prova do prejuízo. Por exemplo, a instituição financeira que promove a indevida inscrição de devedor em bancos de dados responde pela reparação do dano moral que decore dessa inscrição; basta a demonstração da inscrição irregular. Outros exemplos: o julgado do STJ (REsp 1562862) que reconheceu o dever do Estado de indenizar dois moradores de município em Minas Gerais que consumiram água de um reservatório onde foi encontrado um cadáver humano em decomposição, ainda que não houvesse dano material; ou o que entendeu (REsp 1642318) que a conduta da agressão, verbal ou física, de um adulto contra uma criança ou adolescente, configura elemento caracterizador da espécie do dano moral *in re ipsa*.

Portanto, conclui-se que, como regra, o dano moral necessariamente é comprovado em uma ação de indenização. Mas, excepcionalmente, em determinados casos, tendo em vista a força do próprio fato, o dano moral estará presumido, sendo dispensada sua demonstração.

Na atualidade, fala-se em outras modalidades autônomas de dano, como os danos estéticos, danos morais coletivos, danos por perda de uma chance, danos sociais ou difusos, entre outros, os quais, entretanto, a presente pesquisa abstém-se de analisar, não obstante a relevância da análise, considerando a delimitação necessária do tema.

Por fim, cabe mencionar que existem situações, contudo, que isentam o agente de responsabilizar a vítima que suportou o dano. São elas: a legítima defesa, o estado de necessidade, o exercício regular de direito, com fundamento no artigo 188 do Código Civil de 2002, as excludentes do nexo de causalidade e a cláusula de não indenizar (TARTUCE, 2018, p. 617-624).

Feitas essa breve, mas necessária, análise das regras e pressupostos gerais da responsabilidade civil, passa-se a uma análise mais específica da responsabilidade civil do Estado.

## **2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**

Conforme já anteriormente mencionado, a responsabilidade civil subjetiva, que depreende a culpa na ação indenizatória, é a regra vigente no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo,

existem feitos em que será aplicada a exceção, qual seja, a responsabilidade civil objetiva, não sendo, portanto, necessária a comprovação do elemento culpa.

Meirelles (2016, p. 779) ensina que a responsabilidade civil da Administração é, pois, a que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las. É distinta da responsabilidade contratual e da legal. A responsabilidade civil do Estado encontra fundamento na Constituição Federal de 1988, no §6º do artigo 37. De acordo com este dispositivo, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A responsabilidade objetiva do Estado alcança a Administração direta, sendo ela composta pela União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios. Abarca, ainda, as autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista enquanto prestadoras de serviço público (e apenas nesta condição), bem como os delegatários de serviços públicos, como as concessionárias e permissionárias.

Diferentemente do que ocorre no direito privado, a responsabilidade, no direito administrativo, não requer um ato contrário à lei, podendo decorrer de atos ou comportamentos que acarretem a terceiros ônus maior do que o exigido dos demais cidadãos (DI PIETRO, 2012, p. 697).

A responsabilidade civil do Estado, contudo, teve várias etapas ao longo da história, passando por cinco principais fases, como reconhece a doutrina. A primeira teoria, conhecida como “teoria da irresponsabilidade do Estado”, surgiu com os regimes absolutistas e significava que o poder público não poderia ser responsabilizado pelos danos causados a terceiros. Ensina Di Pietro (2012, p. 699):

A teoria da irresponsabilidade foi adotada na época dos Estados absolutos e repousava fundamentalmente na ideia de soberania: o Estado dispõe de autoridade incontestável perante o súdito; ele exerce a tutela do direito, não podendo, por isso, agir contra ele; daí os princípios de que o rei não pode errar (*the king can do no wrong; le roi ne peut mal faire*) e o de que “aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei” (*quod principi placuit habet legis vigorem*).

Superado esse entendimento, nasceu a fase da responsabilidade com culpa civil comum ou “teoria da responsabilidade subjetiva”, que surgiu com o liberalismo. Essa teoria equiparava o Estado ao particular, na medida em que a responsabilidade civil se caracterizava com todos os elementos, inclusive a culpa. Segundo Alexandrino e Paulo (2014, p. 815), somente existiria obrigação de indenizar quando os agentes públicos tivessem agido com culpa ou dolo, “[...] cabendo, evidentemente, ao particular prejudicado o ônus de demonstrar a existência desses elementos subjetivos”.

A terceira fase, denominada “teoria da culpa administrativa”, não busca comprovar a culpa ou dolo do agente público, mas sim aferir se houve falta de um serviço que deveria ter sido prestado. Não se questiona a culpa objetiva do agente, mas averigua-se a falta objetiva do serviço como fato gerador do dever de reparar o dano suportado por terceiro (MEIRELLES, 2016, p. 781). Possui três fatores que são objetivamente analisados: a efetiva falta, o mau funcionamento ou retardamento do serviço da administração pública.

Intitulada “teoria do risco administrativo”, a quarta teoria é a regra geral utilizada nos dias de hoje, em que o dolo e a culpa não precisam ser comprovados. Determina que, a partir do momento em que um terceiro é lesionado por um ato praticado por qualquer agente público, que atua em nome do Estado, nasce para a administração pública o dever de reparar esse dano, não sendo necessário comprovar que houve a intenção de efetivamente provocar uma ofensa ao particular, seja ela material ou moral.

De acordo com Alexandrino e Paulo (2014, p. 816): “presentes o fato do serviço e o nexo direto de causalidade entre o fato e o dano ocorrido, nasce para o poder público a obrigação de indenizar”. Contudo, é permissível que a administração pública seja dispensada da indenizar pelo dano causado, desde que de fato comprove qualquer excludente de responsabilidade. Vale mencionar que, se a lesão for causada por caso fortuito ou força maior e o Estado cooperar ou colaborar para a ocorrência do dano, bem como sua degradação, o poder público será obrigado a suportar a indenização ao prejudicado.

A teoria do risco está fundada no princípio da solidariedade patrimonial da coletividade, em que o Estado assume a composição do patrimônio de todos seus contribuintes perante as responsabilidades enfrentadas em decorrência de um dano causado por um agente seu. De acordo com esta teoria, que é também conhecida como teoria da responsabilidade objetiva, os encargos públicos têm de ser igualmente divididos entre todos os contribuintes do corpo social que forma o Estado para administrá-lo (ARAÚJO, 2018).

No tocante à quinta e última fase, denominada “teoria do risco integral”, que é objeto de discussão da doutrina até mesmo pelo significado do termo, entende-se que o Estado deve indenizar todos os danos causados, não observando, deste modo, as causas que são excludentes da obrigação de reparar.

Determinados juristas apontam, como exemplo de hipótese de cabimento dessa teoria, os danos causados através de acidentes nucleares, o que afastaria qualquer possibilidade de se alegar exclusão da responsabilidade estatal. Além disso, nos casos de danos ambientais, a doutrina e jurisprudência majoritárias adotam a teoria do risco integral (ALEXANDRINO; PAULO, 2014, p. 817).

A importância da análise histórica do instituto está em contribuir para o entendimento da responsabilidade civil do Estado atualmente.

É preciso mencionar que, o particular que for lesado por qualquer atividade estatal, poderá ser reparado do dano suportado em âmbito administrativo ou civil. Ao ser indenizado em âmbito civil, através de uma ação de reparação de danos, em que a Fazenda Pública ocupe o polo passivo. Neste caso, em sendo procedente a ação indenizatória, o Estado poderá propor ação regressiva contra seu agente que causou o dano de maneira direta. O direito de regresso contra o responsável pelo dano é previsto na própria Constituição Federal, em seu artigo 37, § 6º, mas o Estado se submeterá à comprovação do dolo ou culpa do agente, vigorando neste ponto, portanto, a responsabilidade civil subjetiva, regra no ordenamento jurídico brasileiro.

É possível, ainda, que o Estado acarrete danos às pessoas por omissão. A omissão relevante é a ausência de ação quando o ordenamento jurídico impõe o dever de agir. A Administração Pública tem o dever de agir em inúmeras situações, especialmente para proteger a vida, a integridade física, a liberdade e o patrimônio dos particulares (COUTO, 2015). A administração pública pode ser responsabilizada, por exemplo, se não efetuar a fiscalização correta do funcionamento de empresa que provocou dano ambiental (BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2018).

No entanto, existe divergência doutrinária e jurisprudencial quanto a responsabilidade civil do Estado por omissão: seria ela responsabilidade subjetiva ou objetiva? De acordo com a corrente subjetivista, adotada majoritariamente pelo Superior Tribunal de Justiça, é necessário provar o elemento culpa. Em contrapartida, a corrente objetivista, mais defendida pelo Supremo Tribunal Federal, considerada contemporânea, não requer, para responsabilizar o Estado, a comprovação da culpa, exigindo apenas a prova do nexo de causalidade (BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2018).

Em regra, vige a irresponsabilidade do Estado pelos danos causados por atos legislativos. Contudo, existem algumas exceções. A primeira exceção é quando o legislador estabelece a responsabilidade estatal, estabelecendo a indenização na mesma lei que originou o dano. Outro ensejador da responsabilização do Estado é no caso de o ato legislativo, sendo ele constitucional ou não, causar lesão atípica a outrem, de maneira direta ou indireta, desde que, no caso da inconstitucionalidade, esta não seja declarada pelo Poder Judiciário. No mesmo sentido, o dano causado por lei inconstitucional também deverá ser reparado pelo poder público. Por último, é possível elencar nas exceções à irresponsabilidade do Estado a omissão legislativa (DINIZ, 2016, p. 724-727).

Gonçalves (2016) afirma que: “[...] mesmo a lei constitucionalmente perfeita pode causar

um dano injusto aos particulares ou a certa categoria de particulares”. Braga Netto, Farias e Rosenvald (2018) afirmam que a lei, como direito objetivo despido de concretude até que o suporte fático se concretize criando o fato jurídico, não é apta a, por si só, causar os danos, mas ponderam:

Há muitos modos de a lei causar danos aos cidadãos. A aprovação, por exemplo, de novo plano diretor do município, impedindo que se construam prédios superiores a determinado número de andares, frustra quem pretendia fazê-los maior. Isso, porém, salvo circunstâncias excepcionais, não autoriza que o prejudicado obtenha indenização. O que haveria, em tese, seria expectativa de direito, e não direito público subjetivo que autorizasse a construção (a menos, obviamente, em relação àqueles que já dispusessem de licença administrativa para construir).

Porém, há danos que, por invadirem, de modo indevido, a esfera jurídica dos cidadãos (ou das pessoas jurídicas), pedem indenização. Esses danos podem ter como fonte primária a lei. É possível, portanto, nessa ordem de ideias, que haja responsabilidade civil em virtude de atos legislativos. (BRAGA NETTO, FARIAS; ROSENVALD, 2018).

De tal modo, há danos que, por invadirem, de modo indevido, a esfera jurídica das pessoas, pedem indenização. Esses danos podem ter como fonte atos administrativos, legislativos ou judiciais. Não se pode olvidar que a responsabilidade civil do Estado enfrenta diversas divergências doutrinárias e jurisprudenciais, de modo que busca evoluir e se reinventar dia após dia, com base em novos entendimentos que surgem a partir da solução de casos concretos. Entretanto, superados tais questões encetais, passa-se a analisar a questão específica objeto do presente estudo.

### **3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELOS DANOS CAUSADOS AOS FILHOS ATRAVÉS DA POLÍTICA DE ISOLAMENTO COMPULSÓRIO NO BRASIL**

Antes de adentrar no mote, contudo, cabe perscrutar, ainda que sinteticamente, sobre o histórico da hanseníase no Brasil. Também conhecida como “lepra”, “morfeia”, “mal de Lázaro”, “elefantíase dos gregos” e “mal de Hansen”, a hanseníase é uma doença infectocontagiosa que se apresenta, sobretudo, através de manchas e feridas na pele, bem como por sintomas neurológicos que podem ser perda da sensibilidade de determinada área do corpo, dificuldade em reconhecer o frio ou calor no local, dormências e redução de força nas mãos e pés. A hanseníase é propagada por um bacilo e em decorrência de convivência ou proximidade prolongada entre as pessoas (SBD..., 2017).

Historicamente, as pessoas atingidas pela hanseníase, ou lepra, como era popularmente conhecida, eram consideradas impuras e pecadoras, pois a “lepra” trazia consigo o estigma da impureza. Contudo, era bem visto pelos demais aquele que praticava caridade para com as pessoas atingidas por essa doença, sendo visto como um santo (SOUZA, 2015, p. 109).

O Brasil, no século XVIII, adotou medidas por parte de autoridades coloniais e entidades filantrópicas, nascendo, assim, as “Sociedades Protetoras dos Lázaros”. Ao mesmo tempo sucedeu, ainda, uma pensão aos pacientes diagnosticados com hanseníase, tendo em vista que os mesmos

eram afastados da sociedade, ficando apenas em suas respectivas casas, para que não houvesse o contágio da doença. A partir disso surgiram os hospitais-colônias, também conhecidos como leprosários e asilos-colônias, que foram construídos nos séculos XVIII e XIX, custeados por religiosos e pela sociedade civil da época, através de doações de terras e materiais de construção (PIEROTTI, 2009, p. 01).

Regulamentado pelo Decreto nº 14.354, em 1920 foi criado o Departamento Nacional de Saúde Pública. Referido decreto tinha como finalidade controlar a saúde pública e impedir que a doença se disseminasse pelo país (NERIS, 2014, p. 50). Posteriormente, o Decreto de 05 de setembro de 1991 revogou o Decreto nº 16.300 de 1923, que, por sua vez, estabeleceu a política de prevenção da “lepra”.

O médico norte-americano Guy Faget verificou a eficácia do uso das sulfonas no tratamento realizado nos pacientes do Leprosário de Carville, em Louisiana, nos Estados Unidos. Castro (2017, p. 174) esclarece que: “as sulfas, ou sulfonas, são produzidas sinteticamente para o tratamento de várias doenças oriundas de micro-organismos”. Contudo, o tratamento à base das sulfonas só chegou ao Brasil no ano de 1944, sendo utilizado, mais especificamente, pelos pacientes do Asilo-colônia Padre Bento, em Guarulhos, São Paulo (CUNHA, 2005, p. 117).

O Estado adotou o isolamento compulsório dos pacientes atingidos pela hanseníase alegando que nos hospitais-colônias os mesmos receberiam tratamento adequado para a doença. Por meio da Lei nº 610 de 1949, que manteve vigência até o ano de 1968 e serviu para determinar as normas do isolamento, sendo revogada pela Lei nº 5.511 de 1968, o Brasil segregou os doentes de “lepra” e separou famílias. Conhecida como a lei que implementou a “profilaxia da lepra”, a Lei nº 610 de 1949 previa, em seus artigos 15 e 16, com relação aos filhos das pessoas acometidas pela hanseníase:

Art. 15. Todo recém-nascido, filho de doente de lepra, será compulsória e imediatamente afastado da convivência dos Pais.

Art. 16. Os filhos de pais leprosos e todos os menores que convivam com leprosos serão assistidos em meio familiar adequado ou em preventórios especiais. (BRASIL, 1949).

Com a vigência do Decreto 968 de 1962, a hanseníase, então conhecida como “lepra”, passou a não ser mais considerada uma política estatal. Silva (2013, p. 149) esclarece que:

[...] somente nos anos de 1960, especialmente, a partir do Decreto nº 968, de 1962, que o Brasil iniciou um processo lento e gradual para pôr fim ao isolamento compulsório das pessoas com hanseníase. Porém, na prática, muitos estados brasileiros continuaram a isolar pessoas até a década de 1980.

Responsável por revogar a Lei nº 610 de 1949, em 1968, a Lei nº 5.511 submeteu a Campanha Nacional Contra a Lepra ao que previa a Lei nº 5.026 de 1966, que, por sua vez, estabeleceu normas para regência de campanhas promovidas pelo Ministério da Saúde.

Através da Portaria nº 165 de 1976, do Ministério da Saúde, foi dado início no país um movimento que buscava minimizar o preconceito em o termo “lepra” carregava e carrega até hoje, abolindo o uso da palavra, passando a ser conhecida como hanseníase. Contudo, a nomenclatura se tornou oficial apenas em 1995 (QUINTÃO, 2014, p. 28).

Atualmente, a hanseníase é tratada de outra forma no Brasil, tendo em vista que as pesquisas científicas a respeito da doença alcançaram novos resultados, desmistificando o contágio e o tratamento, que, inclusive, é acessível para a maioria dos pacientes brasileiros.

Durante o período de isolamento compulsório de pacientes acometidos pela hanseníase, os filhos dessas pessoas eram abrigados em preventórios e educandários, quando não eram dados em adoção para outros parentes ou terceiros, impedindo que a criança mantivesse contato com o familiar “doente”, e, desta forma, evitando que a mesma fosse contaminada com a então temida “lepra”. Essa política adotada pelo Estado brasileiro gerou inúmeros danos, evidentemente, aos pais segregados. Contudo, pouco é discutida a situação dos filhos, que muitas vezes, embora tivessem pais vivos, eram tratados como órfãos e colocados sob a tutela do Estado.

O afastamento dos filhos de seus pais acometidos pela doença era visto, na época, como uma maneira de moderar o contágio da hanseníase. As crianças eram levadas para preventórios ou educandários, e, em muitos casos, eram entregues à adoção, que muitas vezes ocorria de maneira completamente irregular. Evidentemente, os filhos sofriam muito preconceito, chegando a serem chamados de “ninhada de leprosos”.

Atualmente as pessoas que foram segregadas por conta da política de profilaxia da lepra têm direito a pensão vitalícia, concedida através da Lei nº 11.520 de 2007, fruto de muita luta para que o Estado indenizasse os ex-pacientes internados em “leprosários”. Contudo, aos seus filhos, que foram tirados à força, não há, hoje, em âmbito nacional, algo de concreto para que possam ser indenizados também, apesar dos esforços neste sentido, daqueles que apoiam a causa e nela estão engajados.

Embora a cura para a hanseníase tenha sido conhecida no ano de 1941, com a descoberta da eficácia das sulfonas no tratamento, e, ainda, o reconhecimento, no ano de 1958, durante o VII Congresso Internacional de Lepra, realizado no Japão, de que a doença não é hereditária e o isolamento dos pacientes não era necessário, somente a partir de 1968, com a Lei nº 5.511, ficou determinado que as pessoas afetadas pela hanseníase não poderiam ser separadas de suas famílias, bem como da sociedade.

Contudo, existem informações obtidas através do Movimento de Reintegração das Pessoas Atingidas pela Hanseníase (Morhan) de que o isolamento ocorreu até o ano de 1986 (FILHOS..., 2018). Com base nesta informação, a Lei nº 11.520 de 2007 beneficia aqueles que foram atingidos

pela hanseníase e submetidos ao isolamento e internação compulsórios em hospitais-colônias, conhecidos como “leprosários”, até o dia 31 de dezembro de 1986.

O Movimento de Reintegração das Pessoas Atingidas pela Hanseníase (Morhan) tem promovido encontros de familiares separados pelo isolamento compulsório, bem como debates e discussões a respeito da indenização aos filhos, inclusive perante os Poderes Executivo e Legislativo.

A luta dos filhos separados pela política de isolamento compulsório aplicada aos seus pais é também para que o Estado brasileiro reconheça que possui para com eles uma dívida histórica, pedido este que revela sua importância na prevenção de que o evento não se repita em situações que podem ser semelhantes às aquelas ocorridas no passado.

Esses filhos foram privados do convívio familiar, direito este que foi tirado por erro do Estado. A respeito da importância da família, Carvalho (2018) esclarece que: “a família serve [...] como ambiente propício para promover a dignidade e a realização da personalidade de seus membros, propiciando o alcance da felicidade”. A Administração Pública, através da aplicação do isolamento dos pacientes de hanseníase, impediu a concretização do objetivo do convívio familiar na vida das crianças. O Movimento de Reintegração das Pessoas Atingidas pela Hanseníase (Morhan) inclusive relata que essa foi a maior ocorrência de alienação parental do Brasil, praticada pelo Estado (ACRE..., 2013).

As ofensas causadas aos filhos através da política implantada pelo governo brasileiro estão evidentes ainda hoje, como bem afirma Castro (2017, p. 252):

Além dos danos corriqueiros sofridos pelos ex-internos – depressão, angústia, falta de oportunidade de trabalho e preconceito –, os filhos apresentam traumas por causa de abusos sexuais, cicatrizes devido às agressões físicas, dependência de medicamentos e alguns carregam problemas psicológicos, advindos da combinação de todos esses fatores.

Recentemente Minas Gerais foi reconhecido como o primeiro estado brasileiro a regulamentar a indenização aos filhos vítimas do isolamento compulsório. Através da Lei nº 23.137 de 10 de dezembro de 2018, essas pessoas fazem jus à indenização, que é requerida administrativamente (INDENIZAÇÃO..., 2018).

O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.689.641-RS (2007/0190665-7), através de decisão monocrática do Relator Ministro Benedito Gonçalves, não conheceu do recurso interposto pela União contra o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (BRASIL, 2018). Nesse processo ficou constatado que as instituições que recebiam as crianças – preventórios e educandários – não possuíam sequer cuidado com a integridade física e psicológica dos filhos separados de seus pais, razão pela qual o Relator entendeu que a recorrente não estava com a razão, mencionando, inclusive, que se configurou no presente caso tortura física e emocional.

A indenização por danos morais foi mantida em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada um dos autores, que são irmãos, em obediência aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de acordo com o Ministro Benedito Gonçalves, não acatando, assim, o argumento da recorrente de que o valor arbitrado a título de danos morais era exorbitante.

Em sua decisão, o Relator afastou a tese de prescrição por se tratar de ação que possui como finalidade salvaguardar a dignidade da pessoa humana e reconheceu que a lide demonstra “[...] um episódio de cruel discriminação de nossa História [...], por força da adoção de errada política governamental sanitária a qual impôs dores e sofrimento a milhares de famílias no Brasil”, mencionando, ainda, que “não há valor de indenização que possa recuperar as perdas suportadas pelos autores em sua juventude interrompida por experiências traumáticas e absolutamente desnecessárias de indiferença e abandono” (BRASIL, 2018).

A decisão afirma, ainda, que embora a jurisprudência tenha dado relevante destaque e a devida importância a casos como o racismo, por exemplo, não se pode negar que a presente situação também se trata de discriminação, que fere a condição de ser humano da pessoa atingida, mencionando, ademais, que sendo signatário de diversos tratados internacionais visando o bem estar da sociedade, no Brasil: “[...] não se pode admitir que o passar do tempo seja suficiente para apagar as dores que ficam na memória de quem foi aviltado no mais íntimo de sua personalidade”. Assim, o Ministro reafirmou estar diante de direitos imprescritíveis, não conhecendo do Recurso Especial (BRASIL, 2018).

Notoriamente, o Estado brasileiro feriu o princípio da dignidade da pessoa humana ao afastar filhos inocentes de seus pais, sendo importante mencionar também que, estando sob sua tutela, as crianças tiveram seus direitos fundamentais lesionados e a infância prejudicada ao serem retirados da própria parentela.

O artigo 1º, inciso III da Carta Magna afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro. Conceituar dignidade da pessoa humana é uma tarefa árdua, pois existem muitas discussões na doutrina acerca da definição. Não obstante a importância dessa discussão, tendo em vista o fim do presente estudo, adota-se o conceito desenvolvido por Sarlet (2001a, p. 60), segundo o qual dignidade da pessoa humana seria:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Não foram respeitados, por conseguinte, a dignidade e os direitos fundamentais dessas pessoas, previstos na Constituição Federal de 1988. Certo que os direitos fundamentais podem ser conceituados como aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material), integrados ao texto da Constituição e retirados da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como os que, pelo seu objeto e significado, possam lhes ser equiparados, tendo, ou não, assento na constituição formal, considerada a abertura material consagrada no artigo 5º, §§ 2º e 3º da Carta vigente, que prevê o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos ou decorrentes do regime e da Constituição, bem como direitos expressamente positivados em tratados internacionais (SARLET, 2001b, p. 11).

Diante do exposto, é evidente que, em se tratando da situação dos filhos ora estudada, o dano moral é presumido, não sendo necessário demonstrar a ofensa moral ocorrida para com eles, que, conforme relatos anteriormente citados, aconteceu de maneira absurda e claramente desumana.

Além disso, muitos irmãos separados procuram viabilizar o reencontro hoje, após anos de separação. Ou seja, as famílias foram assoladas por uma política adotada pelo Estado brasileiro. Houve a necessidade, inclusive, de se criar um banco genético da hanseníase no Instituto Nacional de Genética Médica Populacional, de modo a possibilitar a confirmação da relação de parentesco (CASTRO, 2017, p. 276).

Portanto, se entende que o Estado possui uma dívida para com os filhos de pessoas atingidas pela hanseníase em decorrência do isolamento compulsório, pois, como já anteriormente mencionado, a política de segregação foi considerada inútil para o controle da doença, na medida em que as sulfonas surgiram como a cura para a tão temida “lepra”. Castro (2017, p. 277-278) afirma que:

A hanseníase e a política de isolamento compulsório conseguiram destruir muita coisa: os vínculos familiares, a liberdade e os sonhos. Não destruíram, contudo, a esperança e a vontade de construir uma vida normal. Muitas cicatrizes vão ficar gravadas na história dessas pessoas. Não há como apagá-las. Porém, os problemas não superam o desejo de viver dias melhores.

Ao conceder pensão especial aos isolados compulsoriamente, o governo brasileiro claramente assumiu seu erro para com os pacientes da época, mas nada fez para compensar os inúmeros danos causados às crianças que não tiveram o direito de criar laços de afeto com suas respectivas famílias. Ao contrário disso, foram “abandonadas” pelo Estado em preventórios e educandários, à mercê de todo e qualquer tipo de violência existente nos locais e praticada, muitas vezes, por quem deveria lhes prestar cuidado.

Para finalizar, cabe mencionar a questão da prescrição. O Decreto nº 20.910 de 1932, em

seu artigo 1º, estabelece o prazo quinquenal que é aplicado no tocante às dívidas passivas da Fazenda Pública. Portanto, estamos diante da regra estabelecida pela lei. Contudo, há entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de ofensa a direitos fundamentais, as ações pleiteando indenização não observam a regra estabelecida, qual seja, do prazo prescricional de cinco anos. A partir disto, estamos diante de uma hipótese de imprescritibilidade de ações em face da Fazenda Pública. Embora o Superior Tribunal de Justiça, ao firmar este entendimento, refira-se apenas às ações de indenizações decorrentes de danos causados pelo regime militar, que ocorreu em nosso país no período compreendido entre os anos de 1964 e 1985, mais precisamente quanto à tortura, que era recorrente naquela época, a imprescritibilidade não está reduzida somente ao caso mencionado, tendo em vista que trata-se, precipuamente, de reparar as lesões oriundas de violações a direitos fundamentais (RIZZARDO; RIZZARDO FILHO; RIZZARDO, 2015).

O artigo 206, § 3º, inciso V, do Código Civil determina que prescreve em três anos a pretensão de reparação civil. Contudo, em vista da natureza pessoal ou personalíssima do direito violado, que faz parte dos direitos fundamentais, eis que a ofensa constitui um agravo que atinge a dignidade humana, não está sujeito a qualquer tipo de prazo para que o titular do direito ofendido possa reclamar a reparação (RIZZARDO; RIZZARDO FILHO; RIZZARDO, 2015).

A gama de valores e bens que se referem à personalidade do ser humano, à própria vida e à subsistência, não pode ser relegada, sendo a todo tempo resgatável. Por isso, “[...] os valores que importam à personalidade do ser humano incluem-se entre os direitos imprescritíveis. Fazem parte dos direitos fundamentais” (RIZZARDO; RIZZARDO FILHO; RIZZARDO, 2015).

Logo, em relação aos direitos fundamentais, aqui incluídos os direitos da personalidade, como expressão daqueles na ordem privada, não se dá a intercorrência temporal do não exercício de modo a fundamentar a perda da exigibilidade de pela prescrição “[...] porque indisponíveis, intransmissíveis, irrenunciáveis, absolutos, ilimitados, impenhoráveis, inexpropriáveis e vitalícios os direitos” (RIZZARDO; RIZZARDO FILHO; RIZZARDO, 2015).

A Constituição Federal de 1988, vigente atualmente no Brasil, é considerada o marco jurídico de modificação da democracia e institucionalização dos direitos humanos no país (PIOVESAN, 2011, p. 55). Por conseguinte, a reparação aos filhos das pessoas internadas compulsoriamente não está sujeita à prescrição, pois houve violação a direitos fundamentais e da personalidade, de modo que qualquer violação jamais prescreve, no sentido de que sempre é possível a restauração, por maior o lapso de tempo decorrido.

## **5 CONCLUSÃO**

A responsabilidade civil do Estado, no ordenamento jurídico atual, é objetiva, independente de culpa. O Estado brasileiro separou famílias por meio do isolamento compulsório de pacientes atingidos pela hanseníase, até mesmo anos após o descobrimento da cura, através das sulfonas, bem como o reconhecimento de que a segregação dos pacientes era inútil.

Os filhos dos pacientes, que eram em sua maioria deixados em educandários, foram negligenciados por seu “tutor”: o Estado. É possível afirmar isso pois diversos são os relatos de maus tratos, agressões físicas, abusos sexuais e castigos cruéis, o que resulta em danos evidentes até hoje, enquanto muitos já são adultos ou até mesmo alcançaram a velhice.

A compensação e reparação pelos danos causados aos filhos é medida que deve ser imposta, pois as lesões aos direitos fundamentais de tais vítimas são óbvias, não sendo necessário sequer comprovar, por exemplo, a ocorrência de danos morais. Ademais, tal reparação não está sujeita à prescrição, pois houve violação a direitos fundamentais, sendo sempre possível pleitear pela indenização, por maior o lapso de tempo decorrido.

Desse modo, entende-se que ocorreram danos morais, mas também materiais, aos filhos de pessoas atingidas pela hanseníase e separadas compulsoriamente da família, causados por uma política errônea adotada pelo Estado. Notoriamente, o Estado brasileiro feriu o princípio da dignidade da pessoa humana ao afastar filhos inocentes de seus pais, sendo importante mencionar também que, estando sob sua tutela, as crianças tiveram diversos direitos lesionados e a infância prejudicada.

O pagamento de indenização a título de reparação civil, bem como o reconhecimento, por parte do Estado, de que há uma dívida histórica em favor dos filhos, ao menos faria com que essas pessoas tivessem alguma compensação, além de um formal pedido de “desculpas” pelos enormes danos suportados todos esses anos. É claro que dinheiro algum pode fazer o tempo voltar e curar as feridas abertas no passado – mas isso não exime o Estado de ao menos tentar reparar o erro que causou.

## REFERÊNCIAS

ACRE promove mobilização sobre Hanseníase. **Morhan**, 08 jan. 2013. Disponível em: [http://www.morhan.org.br/noticias/1934/acre\\_promove\\_mobilizacao\\_sobre\\_hansenia](http://www.morhan.org.br/noticias/1934/acre_promove_mobilizacao_sobre_hansenia). Acesso em: 26 fev. 2019.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 22. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, e-book.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. rev., atual. até a EC 90 de 15 de setembro de 2015. São Paulo: Editora Verbatim, 2016.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 4. ed., rev., aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015, e-book.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, e-book.

BRASIL. Lei nº 610, de 13 de Janeiro de 1949. Fixa normas para a profilaxia da lepra. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jan. 1949. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1930-1949/L0610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1930-1949/L0610.htm). Acesso em: 27 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 20 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº. 37. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. **Diário [da] Justiça**, Brasília, 13 mar. 1992. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>. Acesso em: 30 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 20 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.520 de 18 de Setembro de 2007. Dispõe sobre a concessão de pensão especial às pessoas atingidas pela hanseníase que foram submetidas a isolamento e internação compulsórios. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 18 set. 2007. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/111520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111520.htm). Acesso em: 18 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1.689.641 – RS (2017/0190665-7). Recorrente: União. Recorridos: E. J. R. e A. J. R. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, 21 de maio de 2018. **Consulta de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Acórdãos, 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/586231783/recurso-especial-resp-1689641-rs-2017-0190665-7>. Acesso em: 19 fev. 2019.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, e-book.

CASTRO, Manuela. **A praga**. São Paulo: Geração Editorial, 2017.

CUNHA, Vívian da Silva. **O isolamento compulsório em questão: políticas de combate à lepra no Brasil (1920-1941)**. Dissertação (Mestrado)–Programa de Pós-Graduação, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, RJ, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 7 v.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FILHOS separados e suas famílias por política de estado vão a Brasília pressionar aprovação de PL na Comissão de Finanças. **Morhan**, Rio de Janeiro, RJ, 11 jun. 2018. Disponível em: [http://www.morhan.org.br/noticias/2378/filhos\\_separados\\_de\\_suas\\_familias\\_por\\_politica\\_de\\_estado\\_vao\\_a\\_brasilia\\_pressionar\\_aprovacao\\_de\\_pl\\_na\\_comissao\\_de\\_financas](http://www.morhan.org.br/noticias/2378/filhos_separados_de_suas_familias_por_politica_de_estado_vao_a_brasilia_pressionar_aprovacao_de_pl_na_comissao_de_financas). Acesso em: 26 fev. 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, 3 v.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, e-book.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, e-book.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, 4 v.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil Brasileiro**: Parte Geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 1 v., e-book.

INDENIZAÇÃO a filhos de hansenianos é regulamentada. **Assembleia Legislativa de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 14 dez. 2018. Disponível em: [https://www.almg.gov.br/acompanhe/noticias/arquivos/2018/12/14\\_release\\_decreto\\_lei\\_filhos\\_hansenianos.html](https://www.almg.gov.br/acompanhe/noticias/arquivos/2018/12/14_release_decreto_lei_filhos_hansenianos.html). Acesso em: 21 fev. 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: obrigações. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 2 v., e-book.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed., atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15 de setembro de 2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

MINAS GERAIS. Lei nº 23.137 de 10 de Dezembro de 2018. Dispõe sobre o pagamento de indenização aos filhos segregados de pais com hanseníase submetidos à política de isolamento compulsório em Minas Gerais. **Minas Gerais Diário do Executivo**, Belo Horizonte, MG, 10 dez. 2018. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=23137&comp=&ano=2018>. Acesso em: 18 fev. 2019.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015, e-book.

MORHAN encaminha à ONU denúncia sobre negligência do Estado brasileiro com os filhos separados pela política de isolamento da hanseníase. **Morhan**, Rio de Janeiro, RJ, 22 jan. 2019. Disponível em: [http://www.morhan.org.br/noticias/2424/morhan\\_encaminha\\_a\\_onu\\_denuncia\\_sobre\\_negligencia\\_do\\_estado\\_brasileiro\\_com\\_os\\_filhos\\_separados\\_pela\\_politica\\_de\\_isolamento\\_da\\_hanseniaese](http://www.morhan.org.br/noticias/2424/morhan_encaminha_a_onu_denuncia_sobre_negligencia_do_estado_brasileiro_com_os_filhos_separados_pela_politica_de_isolamento_da_hanseniaese). Acesso em: 09 fev. 2019.

NERIS, Cidinalva Silva Câmara. **Estigma e isolamento social**: lepra, saber médico e políticas públicas no Brasil. Jundiaí: Paco Editorial/Edufma, 2014.

PIEROTTI, Wagner de Oliveira. A pensão especial para as pessoas atingidas pela hanseníase.

**Revista da AGU**, Brasília, v. 8, n. 22, 2009, out./dez. 2009, p. 345-367. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2009;1000891906>. Acesso em: 20 fev. 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 12. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

QUINTÃO, Sandra Maria Jannotti. **Envelhecer na colônia**: uma história de dor e superação. 2014. 101 f. Dissertação (Mestrado)–Programa de Estudos Pós-Graduados, Universidade Católica de São Paulo, SP, 2014.

RIZZARDO, Arnaldo; RIZZARDO FILHO, Arnaldo. RIZZARDO, Carine Ardissonne. **Prescrição e decadência**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, e-book.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SBD apoia o janeiro roxo. **Campanha Nacional de Combate e Prevenção para o tratamento precoce e enfrentamento da hanseníase**. Disponível em: <http://www.sbd.org.br/dermatologia/acoes-campanhas/campanha-contrahanseniase/>. Acesso em 30 jan. 2019.

SILVA, Lilian Dutra Angélica da. **Órfãos da saúde pública**: violação dos direitos de uma geração atingida pela política de controle da hanseníase no Brasil. 2013. 224 f. Dissertação (Mestrado)–Programa de Pós-Graduação, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, 2013.

SOUZA, Ricardo Luiz de. **Estigma, discriminação e lepra**. Curitiba, PR: UFPR, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 2 v.

WALD, Arnaldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. **Direito Civil**: Responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, 7 v., e-book.

# TERRORISMO, PERFIL DOS RECRUTADOS E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Carolina Simioni PERDOMO  
Fernanda de Matos Lima MADRID<sup>1</sup>

## RESUMO

Busca-se neste trabalho apresentar as diversas definições do fenômeno terrorismo, de acordo com estudos sobre o tema, visão governamental, organizações e agências internacionais. A finalidade é problematizar as definições mais relevantes e apontar pontos de conformidade e divergência do termo terrorismo. A análise das principais definições indica não existir descrição neutra dos atos definidos como terroristas. O presente artigo expõe quem são os extremistas e o principal meio de comunicação destes: a *internet*. Ainda, ao final do trabalho, será discutida a tipificação do terrorismo no direito comparado, contrapondo-a com a Lei 13.260/2016, denominada como a lei antiterror do ordenamento jurídico brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Terrorismo. Política Internacional. Recrutados. Extremistas. Discricionariedade Jurídica.

## ABSTRACT

This work presents the different definitions of the phenomenon terrorism, according to studies on the theme, governmental vision, international organizations and agencies. The purpose is to problematize the most relevant definitions and point out points of conformity and divergence of the term terrorism. The analysis of the main definitions indicates that there is no neutral description of acts defined as terrorists. This article describes who are the extremists and the main means of communication of these: the internet. Also, at the end of the paper, the typification of terrorism in comparative law will be discussed, countering it with Law 13.260/2016, denominated as the antiterror law of the Brazilian legal system.

**KEYWORDS:** Terrorism. International Policy. Recruited. Extremists. Legal discretion. Marginal.

## 1 INTRODUÇÃO

O terrorismo é um fenômeno global que gera grande impacto na paz e segurança internacional, além de ter poder de influência entre os Estados e comunidades. Sua definição está relacionada com a história, cultura e política internacional de cada país, fato que torna o trabalho de alcançar o consenso de uma definição quase impossível.

O medo, por ser um fenômeno subjetivo, não determina de maneira objetiva uma única suposição para o terror, pois este depende de fatores mutáveis, como os pessoais, funcionais e culturais. Entretanto, o relativismo do termo não deveria ser aceito pelos meios acadêmicos, sequer pelos cidadãos, que deveriam exigir posição e definição pontual de seus representantes. A definição

---

1 Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná ? UENP, Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina e Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas ?Antonio Eufrásio de Toledo? de Presidente Prudente. É docente no curso de Direito do Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente e Advogada criminalista.

bem sucedida pode promover concordância quanto aos debates e as normas jurídicas.

O estudo foi dividido em três sessões. A primeira abordou a problemática conceitual do terrorismo, exemplificando estudos acadêmicos que classificaram este termo, expressando a importância de determinar um consenso. A sessão seguinte adentrou em um estudo do perfil terrorista e o impacto da *internet* aos recrutados e extremistas. Por fim, foi demonstrado a tipificação do terrorismo no direito comparado, contrapondo-se com a legislação brasileira, bem como, tratou-se da responsabilidade civil do Estado ante ao terrorismo.

A metodologia usada foi descritiva, objetivando a compreensão do terrorismo como instituto jurídico criminal.

Após a análise dos recrutados, foi demonstrado que não há perfil definido para as pessoas que integram a organização, fato que dificulta ainda mais a persecução do crime.

O objetivo do estudo foi compreender o fenômeno terrorismo em si, por meio de uma abordagem multidisciplinar para melhor conveniência da análise jurídico legal do tema.

## 2 A DIFICULDADE DE CONCEITUAR O TERRORISMO

Ao falar da palavra terrorismo, alguns cuidados devem ser tomados no sentido de que este termo seja estudado e definido de maneira imparcial, pois sua concepção está atrelada ao sentimento de medo. Assim, não há um entendimento pontual sobre o termo *terrorismo*, sendo quase impossível alcançar um conceito preciso.

A primeira dificuldade na definição do termo terrorismo advém da característica subjetiva do terror, já que este é uma forma de violência cuja realização objetiva o psicológico do indivíduo, que é variável.

Souza Júnior (2015, p. 116) afirma que a definição de terrorismo suplica pela identificação e resolução de um número distinto de dilemas, quais sejam:

- a) O próprio terrorista. O terrorismo é restrito a busca de certos objetivos, por exemplo, objetivos políticos? Se sim, qualquer objetivo político é suficiente para chegar a um objetivo terrorista? Existem objetivos não políticos suficientes para um propósito terrorista? Poderia haver atos terroristas que não têm qualquer objetivo em particular?
- b) A ação terrorista. Que tipo de ato conta como atos de terrorismo? Devem ser incluídos apenas atos que causem morte ou sérios danos físicos, ou deve-se incluir danos a propriedade ou as ameaças de fazer qualquer um desses atos?
- c) O alvo terrorista. Qualquer um pode ser alvo da ação de terrorismo? Os atos terroristas são restritos aos ataques não combatentes? Se sim, o que pode ser definido como “combatentes”? Ou os combatentes podem ser alvos de terrorismo em conflitos armados?
- d) O método terrorista. Os atos terroristas precisam se relacionar com a busca da finalidade terrorista de forma particular? O terror é central para o terrorismo, ou pode ocorrer um ato que nem aterrorize, nem intimide as pessoas, ser um ato de terrorismo?
- e) O terrorista. Qualquer um pode cometer um ato de terrorismo? Os terroristas sempre agem em grupos ou atos individuais podem ser considerados também? Pode um Estado ou seus representantes cometerem atos de terrorismo?

Fragoso (1981, p. 07) destacou elementos essenciais na conceituação de terrorismo, como “impor ou favorecer a difusão de determinadas doutrinas sociais ou políticas”, “emprego de meios capazes de criar estragos consideráveis ou perigo comum”, “violência ou ameaça de violência”, e “no especial fim de agir, constituído pelo proposito de atentar contra o sistema político nacional vigente”. Entretanto, o mesmo advertiu sobre a dificuldade sobre a conceituação de terrorismo.

Schmid e Jongman (1998, p. 76-77) estudaram diversas doutrinas de estudiosos do assunto, com a finalidade de alcançar uma definição amplamente aceitável, razoável e compreensível, e concluíram que o uso da violência, o caráter político e a intenção de difundir o medo e o terror são elementos comuns em diversas definições.

A definição deste termo está ligado a um fenômeno técnico e instrumental, complementando-se com um juízo de valor, quase sempre pejorativo, inspirando um sentimento de horror, Crenshaw (2010, p.27) exemplifica que “terrorismo é um conceito contestável [...] [cujo] uso é em geral subjetivo e pejorativo, empregado com o sentido de condenar um adversário”. Por esse motivo, a busca pelo esclarecimento por uma definição jurídica tem sido há décadas infrutífera.

Segundo Avilés (2004 apud ZUINAGA, p. 21), há diversas interpretações sobre o fenômeno terrorismo: termo que se usa para desqualificar um inimigo, tornando-se este lutador por liberdade; uma forma de violência política que se destaca pelo seu caráter repugnante; é violência exercida com fins políticos por grupos extremistas; agressão política com finalidade de aterrorizar a população, seja por parte do Estado ou de grupos não estatais.

Após a primeira guerra mundial, foi formada uma comissão de juristas, para que estes estudassem as violações ao direito internacional atinente a guerra, fato que resultou na Convenção de Genebra para Prevenção e Repressão do Terrorismo de 1937. Entretanto, a expressão não ficou definida, sendo que esta situação perdura até hoje.

O departamento de defesa dos Estados Unidos (DEPARTMENT OF DEFENSE, 1986, p. 15) definiu o terrorismo como “o uso de violência premeditada contra indivíduos ou propriedade para impingir medo, com vistas a coagir ou intimidar governos ou sociedades na perseguição de objetivos políticos, ideológicos ou religiosos”.

Após os atentados de 11 de setembro de 2001, a legislação estadunidense assinou em 26 de outubro de 2001 o US PATRIOT ACT, que definiu o terrorismo como:

(a) atos violentos ou ameaçadores à vida humana que são uma violação da lei criminal dos EUA ou de qualquer Estado, ou que pode ser uma violação criminal se cometida na jurisdição dos EUA ou de qualquer Estado; (b) [atos] que tencionem (i) intimidar ou coagir uma população civil, (ii) influenciar a política de um governo por intimidação ou coerção, (iii) afetar a conduta de um governo por meio de destruição em massa, assassinato ou sequestro.

As agências estadunidenses (como FBI e a CIA), de países aliados dos EUA, como o

Reino Unido e a França, ou mesmo as assimiladas pela Organização das Nações Unidas revelaram interpretações abertas, variadas e próximas. A ONU, na tentativa de reunir tais definições formou no ano de 2002 uma comissão composta por representantes dos Estados e especialistas, entretanto, esta se dissolveu em 2005 e não foi capaz de vencer as ideias contrapostas entre países ocidentais e árabes (TUMAN, 2010, p. 196).

Houve uma tentativa de unificação das definições com base na legislação estadunidense, destinando os atos de terrorismo como: assassinatos seletivos, atentados contra civis e ataques infra estruturais. Entretanto, não foi possível chegar a um consenso.

Não há uma ciência que classifique e estude o terrorista e o terrorismo, resultando na dificuldade em definir tais termos, entretanto, o melhor caminho para sua caracterização advém dos estudos históricos.

O crime e o terrorismo pelo alto ou por baixo, serão defendidos ou combatidos segundo as circunstâncias históricas, as extensões das forças em lutas ou as mobilidades de conservadores e revolucionários, não podendo ser apanhados por uma teoria da mesma maneira que não sustenta uma ontologia do crime (PASSETTI, 2006, p. 101).

É inexistente o tratado ou acordo universal que proíba o terrorismo e que possa ser aplicado de maneira consensual e universal mundialmente. A definição de terrorismo é colocada em uma linha cada vez mais tênue, pois certos atos terroristas já tiveram, na história, a característica de serem legitimados por causas nobres e terem alcançado desestabilização estatal. Contudo, ainda que não está definido até onde vai a violência e a legitimação desta. Para Zhebit (2009, p. 47):

A ausência do conceito consensual sobre o terrorismo internacional vem restringindo a eficácia de instrumentos internacionais antiterroristas. Além disto, a falta de definição jurídica tem deixado espaço para manobras legais de grupos e organizações que emprega métodos de terror. A causa principal das contradições acerca da noção de terrorismo consiste em que ela partia antes de argumentos políticos e não jurídicos ou científicos, particularmente com respeito aos objetivos de terrorismo ou à distinção entre grupos terroristas, movimentos de libertação nacional ou terrorismo de Estados.

As definições acima apresentadas devem ser observadas de forma crítica, pois, além de serem vagas, são conceituadas sob o olhar da vítima. Ademais, o método para elaborar a definição de um termo de maneira imparcial deve ter como objeto principal o propósito imediato do agente e o que é feito, deixando de lado a principal e suposta finalidade e quem é o agente.

Entretanto, ressalta-se que tal questionamento não serve para incentivar ou fortalecer a prática do terrorismo. É frustrada a tentativa de uma justificativa moral para os atos terroristas, uma vez que, ainda que estes se justificariam apenas em casos extremos, é muito difícil convencer racionalmente de que não haveria outra forma menos destrutiva e agressiva de fazer o trabalho revolucionário (HALWANI, 2006, p 13-71). O fato de atingir *pessoas inocentes* prejudica o julgamento moral imparcial. Ainda que um ataque terrorista fosse direcionado a alvos específicos

ou tivesse o mínimo de destruição possível e vidas preservadas, seria difícil encontrar uma fundamentação racional persuasiva.

## **2.1 Critérios de Classificação de Terrorismo**

A classificação de terrorismo não é homogênea, verifica-se na literatura penal e internacional diferentes categorizações das espécies, utilizando os mais variados critérios.

Diante da amplitude do tema, serão tratadas espécies de terrorismo segundo os critérios de Almeida (2017, p. 24-25): quanto aos autores; quanto a seus móveis essenciais; quanto a seus efeitos; e quanto ao âmbito de execução das ações e procedência dos envolvidos.

A classificação quanto aos atores é dividida em três subespécies: terrorismo social; terrorismo de estado; e terrorismo paraestatal.

O terrorismo social é praticado por agentes ou grupos sociais que não contribuem com a estrutura político-administrativa do Estado. Ao contrário do terrorismo de Estado, que é realizado por órgãos do Estado, como milicianos e militares, ressalta-se que a ditadura corresponde a esta subespécie, uma vez que qualquer atividade de oposição com relação aos líderes é classificada como terrorismo. Por fim, o Terrorismo Paraestatal se exemplifica pelos grupos paraestatais, que possuem uma ligação com o Estado, pois este proporciona apoio legal e logístico aos agentes.

Quanto ao critério dos móveis essenciais, o terrorismo pode ser classificado em: terrorismo subversivo, repressivo, ideológico, nacionalista e religioso.

O primeiro utiliza violência seletiva e terror com a finalidade de desestabilizar politicamente o regime de governo, atacando contra a estrutura político-administrativa de grupos sociais ou do Estado, além disso, esta subespécie busca pela divulgação de seus atos. Já o terrorismo repressivo tem o objetivo de atacar as pessoas ou grupos sociais que se opõem ao governo, entretanto, diferentemente do terrorismo subversivo, este preza pelo anonimato.

A terceira subespécie utiliza a agressão com a finalidade de impor crenças e valores a população. Já o terrorismo nacionalista, tem o propósito de impor sua concepção de patriotismo discriminatório e radical contra estrangeiros. Por fim, o terrorismo religioso interpreta a religião de maneira extrema.

Os efeitos do terrorismo podem ser divididos em seletivo e indiscriminado. O primeiro visa atingir pessoas e instituições que representam ou simbolizam o sistema político, desejando transparecer a imagem de poder. Diferente do terrorismo indiscriminado, cujo a violência é destinada a qualquer grupo, pessoa ou instituição.

Ainda, quanto ao âmbito de execução das ações e procedência dos agentes, o terrorismo pode ser interno, doméstico ou nacional, quando se desenvolve no país de nacionalidade dos

sujeitos ativos e passivos. Ou internacional, que ocorre em diversos países, podendo atingir indivíduos e diferentes nacionalidades ou representantes de organizações intergovernamentais.

## **2.2 Grupos insurgentes e forças beligerantes**

Há, mundialmente, diversas organizações terroristas. Entretanto, cabe diferenciar estas dos grupos insurgentes e forças beligerantes.

Beligerante surgiu de uma necessidade histórica no século XIX, quando as potências europeias queriam comercializar suas colônias. São movimentos armados organizados pela população, que se rebela contra o Estado. Visam transformação política com relação ao regime do Estado ou desmembramento territorial, ocasionando uma guerra civil. Estes podem alcançar força suficiente para exercer poder equivalente ao estatal, possivelmente ocasionando reconhecimento internacional e, conseqüentemente, beneficiários de regras de Direito Internacional Público, possibilitando a submissão aos tratados sobre a condução de guerra (MAZZUOLI, 2007, p. 336). Este instituto é aplicado a revoluções de grande porte, quando os revoltosos formam tropas e tem parte do território estatal sob seu controle.

Em 1861 os Confederados, no Sul dos Estados Unidos da América, na Guerra da Secessão foram reconhecidos como beligerantes pela França e Inglaterra, o Brasil também reconheceu tal grupo como beligerante. Este reconhecimento, como já citado, visa também interesses econômicos, mas pode servir, indiretamente, para possibilitar a luta de povos e libertações de nações.

Exemplifica Almeida (2017, p.25) que grupos insurgentes ou insurretos:

[...] objetivam modificar o sistema político do Estado onde atuam, bem como reestruturar a ordem constitucional e tomar o poder. Diferentemente da beligerância, não visam formar um novo Estado e, neste caminho, geralmente não obterão personalidade jurídica de direito internacional. Sua luta, que é um conflito armado interno e descentralizado, não chega a caracterizar guerra civil ou zona livre, e tampouco significa que culminará em beligerância. Seu reconhecimento enquanto grupo insurgente, bem como a extensão de seus direitos e deveres, somente pode ser feito pelo Estado contra o qual se revolta.[...] também estão condicionados ao reconhecimento de outros Estados, os quais podem afastá-lo da qualificação de terrorista ou submetê-lo a determinadas normas internacionais atinentes à condução de guerra.

Este movimento, diferentemente dos beligerantes, ocorre em casos que as revoltas não tomam a proporção de guerra civil. Os efeitos deste são restritos e dependem do reconhecimento dos Estados, que não cria automaticamente direitos e deveres, sendo instituto preparatório para o de beligerância,

Cabe destacar que o reconhecimento é exemplificado pelo Direito Internacional por duas teorias, quais sejam: teoria declaratória e teoria constitutiva. A primeira foi admitida até a 2ª Guerra Mundial, e relacionava a sujeição de direito internacional com o reconhecimento do movimento.

Por outro lado, teoria declaratória vigora atualmente e preconiza que ser sujeito de direito internacional é garantido a todo grupo beligerante que preencha requisitos para tanto, mesmo que ainda não tenha sido reconhecido formalmente por algum Estado, sendo que os principais efeitos jurídicos do reconhecimento são: o grupo adquire personalidade internacional, possibilitando assinar tratados com Estados; aplicação da Lei de Guerra prevista na Convenção de Genebra de 1949, tal convenção prevê que, independentemente de reconhecimento, as normas de guerra devem ser aplicadas, pois cuidam de questões humanitárias.

### 3 PERFIL GERAL DOS RECRUTADOS

Inicialmente, é essencial diferenciar terrorista, delinquente ou insurgente. O delinquente usa a violência sem motivação, apenas para alcançar sua satisfação pessoal. O insurgente, no que lhe concerne, utiliza-se da violência para eliminar o regime, objetivando melhores condições de vida a seus afetos e para a sociedade em geral. Por fim, o terrorista também emprega a violência, mas seus atos atingem pessoas inocentes e destroem bens da comunidade de maneira massiva. Para ele, a liberdade está associada a morte do opressor, que requer a violência e os atentados (AMADO, 2006, p. 93-118).

Embora não haja consenso quanto a definição de terrorismo, grande parte da doutrina afirma que o elemento central desta macrocriminalidade é a participação do agente em uma organização que possui finalidade terrorista. Assim, em que pese os atos terroristas serem executados de forma individualizada, trata-se de criminalidade organizada, dado seu caráter coletivo (MASSON, MARÇAL, GOMES, SILVA, 2015, p. 42-45).

O terrorismo, no passado, era praticado por indivíduos simples de identificar, uma vez que pertenciam a organizações que tinham aparatos de comando e controle claros, com um conjunto definido de objetivos sociais, políticos e econômicos. Entretanto, atualmente, o terrorismo sofreu mudanças estruturais, as organizações passaram a ser menos coesas, com membros e estruturas disseminadas, conforme expõe Bauman (2008, p. 139):

Os rebeldes não constituem uma organização cujos membros “cumpram diligentemente ordens vindas de cima”, mas uma “ampla série de grupos menores que frequentemente atacam por iniciativa própria ou se juntam para um único atentado”. A “estrutura” (se é que se permite usar esse termo) “é horizontal, e não hierárquica, e *ad hoc* em vez de unificada.

Diante da não homogeneidade, os grupos terroristas desafiam qualquer raciocínio categórico, pois estão cada vez mais em um ambiente diferente e lugares considerados mutuamente incompatíveis. Pessoas de nacionalidades distintas atuam em conjunto, mulçumanos trabalham com pequenos criminosos e redes bem menos estruturadas provocam a dificuldade de saber o que os aproxima, podendo ser a prisão, religião ou até o bairro em que moram (BAUMAN, 2008, p. 142).

Erroneamente, existe na imaginação da sociedade, como observou Sagerman (2004, p. 70) de que o terrorismo vem da pobreza, famílias desestruturadas, imaturidade, irresponsabilidade, criminalidade e fanatismo religioso. Porém, em seu próprio estudo sobre a personalidade de 400 terroristas do Al-Qaeda, constatou que:  $\frac{3}{4}$  dos estudados eram classe média ou alta; 63% cursaram a universidade,  $\frac{3}{4}$  tinham profissão, sendo muitos deles engenheiros e arquitetos (ressalta-se, neste ponto que Bin Laden era engenheiro civil, Zawahiri médico e Mohamed Atta arquiteto); grande parte do grupo dominava dois ou três idiomas ocidentais; 73% eram casados e possuíam, majoritariamente, filhos; apenas 13% estudaram na escola de estudos corânicos, a madraça; maioria não possuía antecedentes criminais; e apenas 1% apresentava sinais de doenças mentais. Importante destacar que os membros não eram palestinos de 14 anos de idade, mas sim pessoas cujo ingresso na *jihad* deu-se, em média, com 26 anos; 80% foram excluídos, de alguma forma, do meio em que viviam; 68% tinham amizade preexistente com pessoas já ativas na *jihad*, sendo que 12% não tinham relações alguma com a luta.

A Assembleia Geral das Nações Unidas, por outro lado, indica que, embora os grupos terroristas extremistas possuam integrantes muito cultos, boa parte dos indivíduos possui alfabetização superficial e pouco estudo religioso, fatos que descomplicam o doutrinamento. A ausência de oportunidades socioeconômicas, como emprego, descriminalização, governança política precária, atos contrários aos direitos humanos, entre outros, tornam o indivíduo vulnerável a radicalização, sejam essas condições isoladas ou não. Ainda, os sentimentos individuais do sujeito como a distorção de crenças e ideologias políticas e religiosas, ter sido vítima ou presenciado tortura ou morte de amigos ou família pelo Estado, em conjunto com os fatores externos, condiciona o indivíduo à radicalização. Entretanto, a Organização das Nações Unidas (ONU) reconhece que não há consenso entre os estudos sobre os motivos que levam o sujeito ao extremismo.

Em 2017, o Henry Jackson Society (HJS), um instituto sobre o extremismo baseado em Londres, divulgou uma análise de 269 indivíduos ligados ao extremismo muçumano, de ataques já concretizados ou com planos expostos pela polícia entre 1998 e 2015. O estudo revelou que em menos da metade dos casos havia envolvimento anterior dos agressores com organizações extremistas. Circunstância que levou o instituto a concluir que a ameaça atual advém de simpatizantes que sequer receberam apoio financeiro ou logístico direto das organizações.

Desta forma, unindo os estudos de Sagerman e da ONU, conclui-se que não há estereótipos para os terroristas, percepção também reconhecida pelo *Institute for Economics & Peace*, no relatório *Global Terrorism Index 2015: Measuring and understanding the impact of terrorism*:

O que está estabelecendo de comum acordo com os dados disponíveis é que não há um

perfil único de terrorista que se possa utilizar para identificar de forma confiável indivíduos em risco. O terrorismo é conduzido por uma variedade de fatores específicos de cada país e características individuais.

Ainda, o *Institute for Economics & Peace* exemplificou que o recrutamento de homens jovens na Europa Ocidental tem avançado, estes buscam emoção, *status*, vingança e, sobretudo, identidade. A crise de identidade de muçulmanos, por não conseguirem adaptar-se a vivência de duas culturas diferentes (de sua família e país onde reside) e por, constantemente, sentirem-se estrangeiros, provoca vulnerabilidade. O conflito íntimo faz com que muitos não se apeguem a seus familiares ou a nação em que vivem.

Como já foi dito, as redes terroristas não são estruturadas, entretanto, por outro lado, Peter Clarke (ex-chefe do contraterrorismo da polícia britânica) observa que, caso seus líderes sejam eliminados, rapidamente serão substituídos e o grupo será reformado novamente. Sinteticamente, isso significa que a arquitetura organizacional desestruturada, dispersão e independência dos terroristas promovem a dificuldade em sua persecução. Assim, por todos esses motivos é tão penoso combater este tipo de organização (BAUMAN, 2008, p.142).

### **3.1. Recrutamento Pela *Internet***

A Organização das Nações Unidas reconhece que o livre acesso à *internet* é direito fundamental, eventual privação viola o Artigo 19 do Pacto Internacional de Direitos Civis e políticos, que dispõe que todo ser humano tem direito a liberdade de expressão. Entretanto, a *United Nations Office on Drugs and Crime* (UNODC) reconheceu em 2012 que a tecnologia pode ser explorada para fins de terrorismo,

A *internet* possibilitou a modificação da estrutura e a dinâmica da ameaça do terrorismo, transformando as interações entre os adeptos, que antes era por meio do contato físico. Consequentemente, a *internet* tem sido grande aliada da divulgação de seus feitos, comunicação, financiamento e recrutamento. Um grande exemplo disso é a revista *online Dabiq*, publicação oficial do Estado Islâmico, que foi publicada pela primeira vez em julho de 2014 e, atualmente, tem produção profissional e é escrita em diversos idiomas. A revista conta com um conteúdo elaborado para induzir e oferecer fiabilidade aos atos terroristas, divulgando justificativas teológicas e vangloriando tais organizações.

Ainda não há informação oficial de como e onde é feita a revista, entretanto, muitos afirmam tratar de uma produção de Al Hayat Media Center, produtora que edita o Informe do Estado Islâmico. Por outro lado, Bari Atwan (2015) exemplifica que não há editora específica, e sim que a obra detém grande estrutura de maquinários, programadores, jornalistas e escritores. Cabe

destacar que um magazine digital não é produto exclusivo do Estado Islâmico, organizações terroristas, como o Al-Qaeda também fazem o uso dessa ferramenta para se comunicar com os recrutados.

Estudiosos sobre o terrorismo divergem quanto o real grau de influência exercido pela *internet* com relação aos recrutados, alguns acreditam tratar-se, principalmente, de ferramenta iniciadora ao extremismo, enquanto outros pensam ser instrumento colaborador e ratificador de inclinações anteriormente existentes. Badia (2010, p. 232) entende que a *internet* é apenas meio intensificador a indivíduos que já possuíam tais ideias advindas por outras fontes:

Depois de encontrar motivação suficiente através de websites islamistas, de propagandas por tv por satélite ou alguma pregação fundamentalista em uma mesquita próxima, aumentar seus sentimentos fanáticos através de chats na internet e estabelecer uma célula de amigos ativistas auto-organizados pode vir a ser um processo bastante simples.

Há rumores de que o Estado Islâmico criou uma versão do *Facebook*, que possui um chat, o *Muslimbook*, além de um aplicativo para celular chamado *Dawn os Glad Tidings*, que informa o usuário sobre as novidades da organização e usa a conta do *Twitter* para disseminar informações, visando atingir possíveis financiadores. A publicidade, além de alcançar os adeptos, espalha o medo:

Contar com as ferramentas disponibilizadas pelas pressões globalizantes todo-poderosas é parte integrante da estratégia terrorista. Nas palavras de Mark Danner, a arma mais poderosa dos 19 terroristas que usaram suas facas e canivetes para destruir as Torres Gêmeas de Manhattan foi “a criação tecnológica mais norte-americada: o aparelho de TV”. A notoriedade mundial prontamente oferecida aos sangrentos espetáculos proporcionados pelos atos terroristas, até mesmo pelos menores e comparativamente desimportantes e insignificantes, pode multiplicar seu potencial assustador, alcançando lugares que as armas à disposição – relativamente escassas e frequentemente primitivas e feitas em casa (sem comparação com as armas numerosas e *high-tech* de seus inimigos declarados) – nunca poderiam alcançar, muito menos ferir gravemente. Essa notoriedade possibilitada pela rede mundial de televisão e pela internet também pode empurrar os temores universais de vulnerabilidade e o senso de perigo ubíquo muito além dos limites da capacidade dos próprios terroristas. Fiel ao seu nome, a arma suprema do terrorismo é semear o terror. E, dado o estado atual do planeta, asseguram-se boas colheitas a despeito da qualidade inferior da semente (BAUMAN, p. 139-140, 2008).

O caminho para a radicalização pode levar anos, meses, ou apenas dias, variando da vulnerabilidade do extremista e a influência externa. A *internet*, entretanto, possui papel de destaque na função de radicalizar o indivíduo. Muitos dos sites produzidos pelas organizações são disponibilizados em diversas línguas, que potencializa a audiência e gera fácil acesso a pessoas pelo mundo todo.

O acesso irrestrito a *internet* contribui com a dificuldade de definir um perfil ao terrorista. É incontável e não rastreável o número de pessoas que tem a possibilidade de acessar sites que disseminam o terrorismo, sendo que o aliciamento irá variar do intelecto de cada indivíduo, alguns podem acessar apenas por curiosidade e se aliar ao fenômeno.

A Assembleia Geral das Nações Unidas, no Plano de Ação para Prevenir o Extremismo Violento de 2015, exemplificou que a estratégia dos grupos terroristas é provocar o Estado de tal maneira que ocasionem a reação de modo desmedido, visando explorar os erros da ofensiva em sua propaganda pró-terror.

#### **4 TIPIFICAÇÃO E TRATAMENTO PENAL DO TERRORISMO NO DIREITO COMPARADO**

Não há, como já esclarecido anteriormente, uma definição jurídica consolidada mundialmente para o terrorismo, uma vez que cada país delinea este fenômeno de maneiras diversas. Esta indefinição advém de decisões políticas, que podem ser utilizadas como justificativa para suprimir direitos fundamentais. (PIZARRO, 2004, p. 134).

Considerando a não conformidade com o tratamento do terrorismo, é conveniente conhecer como o direito comparado aborda o terrorismo. Entretanto, esta análise se limitará as normas jurídicas da Espanha, Estados Unidos, Israel e Reino Unido, pois são territórios que já sofreram condutas e atos terroristas.

Após o atentado de 11 de setembro de 2001, os Estados Unidos publicaram o USA Patriot Act, adotando novas medidas para enfrentar o terrorismo. Viabilizando o uso de novas tecnologias para investigação, como interceptação telefônica; expedição de mandado de busca a suspeitos de terrorismo, objetivando impedir que estes fugissem; acesso a contas bancárias para investigar financiamento de atividades terroristas; acompanhamento aos estabelecimentos comerciais, com o intuito de apurar quem comprou utensílios aptos para a fabricação de bombas e explosivos; e, ainda, a facilitação para compartilhar informações entre agências governamentais. Os americanos, ainda, tornaram sua legislação mais rígida com relação a aqueles que apoiam materialmente o terrorismo, financiando os ataques, abrigando aqueles que irão cometer, ou cometeram alguma infração terrorista. Reconheceram que a ameaça advém não só daquele que pratica o ato, mas também do indivíduo que paga por ele.

O *USA Patriot Act*, tipificou um extenso rol de condutas que são consideradas como ações terroristas, como: explosão de aeronaves, emprego de armas nucleares, químicas, biológicas e de destruição em massa, desmantelamento ou demolição de propriedades do governo e sabotagem a locais com instalações nucleares ou aeronaves. Ressalte-se que o terrorismo doméstico também foi criminalizado, que são atos que consistem na violação ao ordenamento jurídico dos Estados Unidos, com a pretensão de abalar a política governamental por meio de intimidação da população. Ademais, as penas máximas dos crimes previstos no USA Patriot Act aumentaram e políticas governamentais de assistência a vítimas de tais atos foram criadas.

É simples reconhecer que, após o ataque de 11 de setembro, os Estados Unidos desenvolveram um amplo rol de condutas típicas para o terrorismo, baseando-se em elementos fundamentais: premeditação, estímulo religioso e político e prática de atos de violência com alvos civis. Entretanto, diante da amplitude dos artigos da norma que, muitas vezes, são vagos, esta sofre inúmeras críticas, pois pode ser aplicado a diversas condutas, dependendo da conveniência, restringindo a liberdade de expressão civil, possibilitando a criminalização de movimentos sociais. (ROACH, 2015, p. 50).

O IRA, conhecido também como o Exército Republicano Irlandês, foi um grupo paramilitar que pretendia integrar a Irlanda do Norte do Reino Unido à República da Irlanda. E, para alcançar seu objetivo, recorria a diversos ataques terroristas. (AZAR, 2009, p. 195).

No ano de 2000 o parlamento do Reino Unido já possuía o *Terrorism Act*, mas, após o atentado às torres gêmeas, editou o *Anti-terrorism, Crime and Security Act*, de 2001. Subsequentemente, em 2005, após o atentado ao sistema de transporte de Londres, o parlamento criou uma série de leis antiterror: *Prevention Of Terrorism Act*, de 2005; *Terrorism Act*, de 2006; *Counter-Terrorism Act*, de 2008; *Terrorism Prevention and Investigation Measures Act*, de 2011; e a *Counter-Terrorism and Security Act*, de 2015. (ALMEIDA, 2017, p. 112-113).

O *Terrorism Act* de 2000 considera terrorismo a conduta que objetiva manipular o governo e amedrontar a população ou parte dela, realizada para ascensão política, ideológica ou religiosa. Gerando violência contra o indivíduo, risco de vida, saúde ou segurança. O ordenamento de 2000 considera organização terrorista aquela que se envolve com atos terroristas, prepara-se ou incentiva o terrorismo. (COUNTER-TERRORISM AND SECURITY ACT, 2015)

Já o *Counter-Terrorism and Security Act*, publicado em 2015, exemplifica que os passaportes de indivíduos suspeitos devem ser retidos pelas autoridades locais. O documento considera como ação terrorista todos os atos apontados pelo *Terrorism Act* de 2000 e acrescenta, ainda, que as comissões, preparações e instigações dos feitos; condutas que facilitam, incentivam ou apoiam a execução serão consideradas como atos terroristas. Assim, o novo ordenamento determina ser insignificante se os atos terroristas são específicos de terrorismo, ou se são atos de terrorismo em geral (ALMEIDA, 2017, p. 114-115).

Israel vem enfrentando o terrorismo há mais de cinquenta anos, desde 1945, quando a Palestina apresentava resistência ao mandato britânico. O país sofreu também com a luta contra palestinos e países árabes e extremistas judeus. Assim, o Estado editou em 1948 a Portaria de Prevenção ao Terrorismo (*Prevention of Terrorism Ordinance*), que se sujeitou, ao longo do tempo, a inúmeras modificações e se encontra vigente até hoje. A legislação conta com diversas normas específicas, criadas para enfrentar períodos particulares de cada situação em que Israel era

submetida. Entretanto, o governo utiliza-se de regulamentos emergenciais que possuem a validade de três meses e, quando expirado o prazo, o conteúdo pode submeter-se ao legislativo, tornando-se uma lei (BARAK-EREZ, 2012, p. 597-599).

A professora Barak-Erez exemplifica que, quanto ao conteúdo da legislação israelense, esta se compreende por atos de repressão e prevenção, possibilitando que o governo adote medidas administrativas para preservar a segurança do país, como por exemplo a detenção de indivíduos suspeitos de terrorismo. A apologia ao terror e o financiamento a tais atos foram tratados por leis específicas: Seção 4 do *Prevention of Terrorism Ordinance* e a Lei de Proibição de Financiamento de Terrorismo, respectivamente.

Ademais, o Estado israelense possui ao seu lado inúmeros diplomas internacionais que regulam o terrorismo, sendo que esta influência externa vem contribuindo com a legislação interna, pois os conflitos de terror em Israel, em sua maioria, são resultados de confrontos entre territórios vizinhos ocupados e controlados por terroristas.

#### **4.1 Tipificação e Tratamento Penal do Terrorismo no Território Brasileiro**

Inúmeras foram as leis brasileiras que se referiam ao terrorismo, entretanto, atualmente, a norma que vigora no Brasil e tipifica atos terroristas é a Lei 13.260/2016. A Constituição Federal de 1988 garantiu como um princípio fundamental a repulsa ao terrorismo, em seu artigo 4, inciso VIII. A importância da preservação deste direito é tão significativa que o ordenamento jurídico tornou este crime imprescritível e insuscetível de fiança, graça ou anistia, conforme exemplifica o artigo 5, XLIII, da Constituição Federal.

Com *status* de clausula pétrea, o legislador tipificou também o terrorismo no artigo 2 da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) e na Lei de Segurança Nacional, previsto no artigo 20 da Lei 7.170/83. Entretanto, ressalta-se que o Código Penal não incluiu o terrorismo em seus tipos penais.

A Lei de Segurança Nacional exemplificou os termos “segurança nacional” e “ordem política social” com significados distintos, uma vez que a primeira possui relação com a nação, envolvendo o direito internacional. Já a “ordem política social” diz respeito à segurança interna do país. Assim, conclui-se que a Lei 7.170/83 preza por proteger o Estado de maneira interna e externa.

Entretanto, parte da doutrina considera estas expressões, previstas no artigo 20 da Lei de Segurança nacional, como inconstitucionais, pois viola o Princípio da Legalidade e a taxatividade, utilizando-se de termos vagos e indeterminados com proibições excessivas. Luiz Regis Prado (2000, p.16) expõe:

Oportuna seria a tipificação do terrorismo – bem como a inserção dos direitos políticos – no

Código Penal brasileiro. Não é conveniente, nem apropriado, remeter à legislação extravagante a proteção penal de bem jurídico essencial como a integridade e a estabilidade da ordem constitucional. A gravidade e urgência dessas condutas exigem sua imediata inclusão na legislação penal fundamental.

Por outro lado, Capez (2006, p. 207) entende que o artigo 20 não confronta tais princípios:

O art. 20, após fazer uma enumeração de hipóteses específicas (“devastar, saquear, extorquir, roubar”), insere uma formulação genérica (“ou atos de terrorismo”), a qual deve ser interpretada no sentido de alcançar outros casos semelhantes aos anteriormente elencados. Assim, são atos de terrorismo todos os verbos constantes do tipo e também qualquer outro ato assemelhado a essas condutas (qualquer outro ato de terrorismo).

Até 2016, o sistema normativo brasileiro não dispunha de um tipo penal próprio para o terrorismo com uma descrição jurídica adequada, as tentativas resultavam sempre em tipificações amplas e genéricas, sem especificar o que seriam “atos de terrorismo”. O primeiro projeto de lei sobre o tema teve, no total, vinte e cinco anos de divergência legislativa, esta dificuldade deu-se não só porque o Brasil não se via como alvo de ameaças terroristas, mas principalmente pela divergência de conteúdo que muitos países possuíam em criminalizar o terrorismo, possibilitando a criminalização de crimes comuns, movimentos sociais e manifestações contra o governo. (ALMEIDA, 2017, p.150-152).

A Lei Antiterrorismo brasileira considera atos de terrorismo:

I - usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios; IV - sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento; V - atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa.

A legislação recebe inúmeras críticas por ser ampla e, conseqüentemente, ser capaz de promover ameaça à liberdade de expressão e movimentos sociais. Os juízes possuem, ao julgar, ampla interpretação subjetiva, causando insegurança jurídica. (ALMEIDA, 2017, p. 139).

#### **4.2 A responsabilidade civil do Estado**

A Constituição Federal estabeleceu em seu artigo 37, § 6º, a responsabilidade civil do Estado, rezando que:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Além desta norma, o ordenamento jurídico constitucional brasileiro determinou, em decorrência do ataque aos Estados Unidos da América do Norte ocorridos em 11 de setembro de

2001, responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público. A Emenda Constitucional nº 02, de 24 de setembro de 2001, seguida pela Lei 10.309, de 22 de novembro de 2001, que estabeleceu responsabilidade do Estado com relação a atos terroristas ou de guerra.

O Código Civil trata deste tema em seu artigo 43:

As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causarem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

É notável que no direito público o Brasil adota a responsabilidade objetiva, assim, basta que sejam verificados o nexo causal, ação ou omissão e o dano, eliminando a culpa do poder público.

Da análise destes dispositivos é possível extrair três pressupostos que irão gerar o dever de indenizar: a conduta (positiva ou negativa), o dano ou o prejuízo e o nexo de causalidade. Cavalieri Filho (2010, p. 24) exemplifica que conduta é um comportamento que se exterioriza por meio de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas. Assim, a conduta do Estado irá surgir por ação ou omissão de seus agentes, que se manifestam por meio dos órgãos da Administração Pública.

O segundo elemento da responsabilidade civil é o dano, que pode ser definido como uma lesão ao bem jurídico, não sendo tão somente a diminuição do patrimônio, mas sim uma perda irrecuperável (ACQUAVIVA, 2009, p. 207).

Por fim, o nexo causal está tipificado no artigo 13 do Código Penal brasileiro e, sem ele, não há o que se falar em responsabilidade do estado:

O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Fundamentando-se na responsabilidade objetiva do Estado, surgiu a teoria do risco administrativo. Esta exemplifica que deve ser atribuído ao Estado a responsabilidade do risco de sua atividade administrativa, que é exercida em benefício de todos. Deste modo, o Estado arca com as consequências de seus atos de maneira objetiva, mas será admitida excludentes de responsabilidade. Em contrapartida, foi criada a teoria do risco integral, referindo-se à responsabilidade objetiva do Estado sem que este seja beneficiário das excludentes de responsabilidade (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 240).

A doutrina entende que os danos decorrentes de atentados terroristas são situações em que deve ser adotada a teoria do risco integral, impondo a obrigação de reparar o dano, sendo exceção a teoria do risco administrativo (DI PIETRO, 2010, p. 644). As leis 10.309/2001 e 10.744/2003 afirmam que a União está autorizada a assumir responsabilidade causada pelos atos terroristas, transcritos respectivamente abaixo:

Art. 1. Fica a União autorizada a assumir as responsabilidades civis perante terceiros no caso de danos a bens e pessoas no solo, provocados por atentados terroristas ou atos de guerra contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras no Brasil ou no exterior.

Art. 1. Fica a União autorizada, na forma e critérios estabelecidos pelo Poder Executivo, a assumir despesas de responsabilidades civis perante terceiros na hipótese da ocorrência de danos a bens e pessoas, passageiros ou não, provocados por atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, ocorridos no Brasil ou no exterior, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo.

Por conseguinte, a União responderá por danos decorrentes de atentados terroristas, sendo uma exceção a aplicabilidade do artigo 37, §6º, da Constituição Federal, baseando-se na teoria do risco administrativo.

## CONCLUSÃO

O mundo globalizado e a tecnologia ocasionaram novos desafios para a prevenção e combate a grupos terroristas. Os desafios se exemplificam nas discussões sobre a estrutura organizacional e financiamento dos grupos. Por meio da análise conceitual identifica-se a necessidade de aprofundamento e cooperação entre os estados, para alcançar uma tipificação unificada de atos terroristas.

Os conceitos analisados revelam uma insuficiência de investimentos e conhecimento para o combate ao terrorismo multilateral entre os Estados. Assim, está constatada a necessidade de aprofundar os estudos sobre este fenômeno e criar políticas públicas para combatê-lo. Ainda que o Brasil não possua ameaças eminentes de atos terroristas, a solidificação da tipificação do terrorismo solidificará a liderança do país internacionalmente. Ainda, a ausência de uma definição unificada provoca a tipificação de atos terroristas diferente para cada legislação.

A complexidade do fenômeno terrorista provoca excepcionalidade a aplicação da teoria do risco administrativo, sendo aplicada a teoria do risco integral. Assim, aquele que sofrer qualquer tipo de dano causado pelo Estado, terá direito a reparação, uma vez que a administração pública está obrigada a indenizar o lesado, não podendo sequer levantar excludentes de nexo causal.

## REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Acquaviva**. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

ALMEIDA, D. et al. **Terrorismo: Comentários, artigo por artigo, à lei 13.260/2016 e Aspectos Criminológicos e Político-Criminais**. Salvador, 2017.

AMADO, Ivan González. **El terrorismo: um delicado límite**. *Revista del Instituto de ciencias Penales y Criminológicas*, v. 27, n. 81, p. 93-118, 2006.

AZAR, Celso Martins; FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe. **Constituição, Estado e Direito:**

**reflexões contemporâneas.** Rio de Janeiro, 2009.

BADIA, Francisc. **Small-world networks, violence and global distress.** In: JONES, David Martin; LANE, Ann; SCHULTE, Paul. *Terrorism, security and the power of informal networks.* Massachusetts. Edward Elgar Publishing, 2010.

BARAK-EREZ, Daphne. **Israel's Antiterrorism Law: past, present and future.** In: RAMRAJ, Victor V.; HOR, Michel; ROACH, Kent *et al.* *Global anti-terrorism law and policy.* 2ed. Nova York: Cambridge University Press, 2012.

BARI ATWAN, Abdel. **Islamic State: the digital caliphate.** USA: Saqi Books, 2015.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido.** Rio de Janeiro. 2008, p.139.

BERCITO, Diogo. **Revista é parte da propaganda da facção terrorista Estado Islâmico,** Folha de São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2014/10/1535600-revista-e-parte-da-propaganda-da-facao-terrorista-estado-islamico.shtml>. Acesso em: 10.jun.2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 2,** de 24 de setembro de 2001.

BRASIL. **Lei Nº 10.309,** de 22 de novembro de 2001.

BRASIL. **Lei Nº 10.406,** de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. **Lei Nº 13.260,** de 16 de março 2016.

BRASIL. **Lei Nº 2.848,** de 7 de dezembro de 1940.

BRASIL. **Lei Nº 7.170,** de 14 de dezembro de 1983.

BRASIL. **Lei Nº 8.072,** de 25 de julho de 1990.

CAPEZ, Fernando. **Legislação Penal Especial.** 5. Ed. São Paulo: Ed. Damásio de Jesus, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 9.ed. São Paulo: Atlas S.A., 2010.

CRENSHAW, Martha. **O terrorismo visto como um problema de segurança internacional.** In: HERZ, M.; AMARAL, A.B. do (Org.). *Terrorismo e relações internacionais: perspectivas e desafios para o século XXI.* Rio de Janeiro. PUC-Rio, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 23. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2010.

EDITORIAL. **A atividade de inteligência na prevenção da ameaça terrorista.** Revista brasileira de inteligência. v.3, n.4, Brasília, set. 2007.

EDITORIAL. **DABIQ.** Disponível em: <http://www.smartweek.it/da-inspire-a-dabiq-ecco-come-nascono-i-magazine-jihadisti/>. Acesso em: 10.jun.2019.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Terrorismo e criminalidade política.** Rio de Janeiro: Forence, 1981.

FRIZZERA, Guilherme; SOUZA JÚNIOR, José Maria de. **Tipificando o Terrorismo no Congresso Brasileiro: os projetos de lei e a literatura acadêmica.** BJIR, Marília, v. 4, n. 1, p. 111-134, jan./ abr. 2015.

GLOBAL TERRORISM INDEX 2015: **MEASURING AND UNDERSTANDING THE IMPACT OF TERRORISM**. Institute for Economics & Peace. New York, 2015. Disponível em: <http://economicsandpeace.org/wp-content/uploads/2015/11/Global-Terrorism-Index-2015.pdf>. Acesso em: 10.jun.2019.

GOMES, L. F.; SILVA, M. **Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação**. Salvador. Juspodivm, 2015.

HALWANI, Haja. **Terrorism: definition, justification, and applications**. *Social Theory and practice*. Na *International and Interdisciplinary Journal of Social Philosophy*, University of Florida, n. 2, 2006.

LEGISLATION.GOV.UK. **The National Archives – Ministry of Justice**. United Kingdom. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/all?title=terrorism>. Acesso em: 19.jun.2019.

MASSON, C.; MARÇAL, V. **Crime organizado**. São Paulo. Método Editora, 2015.

PASSETTI, Edson. **Terrorismos, Demônios e Insurgências**. In: PASSETTI, E; OLIVEIRA, S. (Org.). *Terrorismos*. São Paulo: Educ, 2006.

PIZARRO LEONGÓMEZ, Eduardo. **Una democracia asediada: balance y perspectivas del conflicto armado en Colombia**. Bogotá, 2004.

PRADO, Luiz Regis, CARVALHO, Érika Mendes de. **Delito político e terrorismo: uma aproximação conceitual**. Maringá, 2000. Disponível em: <http://professorluizregisprado.com/Artigos/Delito%20pol%C3%ADtico%20e%20terrorismo.pdf>. Acesso em: 20.jun.2019.

REINO UNIDO. **COUNTER-TERRORISM AND SECURITY ACT, 2015**. In: Legislation.gov.uk. The National Archives – Ministry of Justice. Reino Unido. Disponível em: [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/11/pdfs/ukpga\\_20000011\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/11/pdfs/ukpga_20000011_en.pdf). acesso em: 19.jun.2019.

ROACH, Kent. **Comparative conter-terrorism law**. Nova York: Universidade de Cambridge, 2015.

SAGEMAN, Marc. **Understanding terror networks**. University of Pennsylvania Press, 2004.

SAINT-PIERRE, Héctor Luis. **Fertilidade heurística da abordagem vitimológica para a análise do terrorismo**. In: SILVA, C. T. da.; ZHEBIT, A. *neoterrorismo: reflexões e glossário*. Rio de Janeiro, p. 153-170, Gramma, 2009.

SCHMID, Alex P. **Frameworks for conceptualising terrorism**. *Terrorism and Political Violence*, v. 16, n. 2, p. 197-221, 2004. Disponível em: <http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/09546550490483134>. Acesso em: 10.jun.2019.

SIMIONI, Alexandre Arthur C. **Uma visão da reação norte-americana pós-11 de setembro: possíveis ensinamentos para a evolução do planejamento estratégico brasileiro em segurança e defesa**. In: SILVA, C. T. da.; ZHEBIT, A. *Neoterrorismo: Reflexões e Glossário*. Rio de Janeiro, p.

69-97, Gramma, 2009.

TUMAN, Joseph. **Communicating Terror: the rhetorical dimensions of terrorism.** London: Sage Publication, 2010.

URIBES, José Manuel Rodríguez. **Las Víctimas del Terrorismo en España.** Madrid: Dykinson, 2014.

ZUINAGA, Soraya. **El terrorismo, una aproximación teórica em cuanto a su definición.** Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura, v.17, n. 2, p. 11-26, jul./dic. 2011.

# VIDAS EM MOBILIDADE: ENSAIO ACERCA DO PRINCÍPIO DO *NON-REFOULEMENT* E A LEI DE MIGRAÇÃO

Fernando Cesar Mendes BARBOSA<sup>1</sup>

## RESUMO

Este trabalho constitui-se em uma análise a respeito do instituto do refúgio, mais especificamente, analisa-se esse instituto a partir das normas brasileiras que tratam da matéria e das relações estabelecidas por meio da vigência da Lei 13.445, verificando-se, por meio da análise realizada que, muito embora não se trate de um instrumento que trate especificamente do refúgio, guarda consonância, com as demais normas nacionais e internacionais que tratam do instituto. Em termos de metodologia, foram analisados instrumentos jurídicos normativos, pesquisas bibliográficas e análise de dados quantitativos que demonstram os pedidos de refúgio realizados no Brasil, nos anos de 2017 e 2018, bem como dados sobre a análise desses pedidos. Conclui apontando a relevância do princípio do *non-refoulement*, sobretudo quando há excessiva demora na análise das solicitações de refúgio.

**PALAVRAS-CHAVE:** refúgio; *non-refoulement*; lei migratória.

## ABSTRACT

The objective of this paper is to analyse the institute of the refuge, more specifically, this institute is analyzed according to the Brazilian norms on refuge and the relations established by Law 13.445. Although it is not an instrument specifically dealing with the refuge, it is in accordance with the other national and international norms that deal with the institute. In terms of methodology, normative legal instruments, bibliographical researches and analysis of quantitative data were analyzed, verifying the requests for refuge carried out in Brazil in the years 2017 and 2018, as well as, data on the analysis of these requests. It concludes by pointing out the relevance of the principle of *non-refoulement*, especially when there is excessive delay in the analysis of requests for refuge.

**KEYWORDS:** refuge; *non-refoulement*; migration law.

## 1. INTRODUÇÃO

Consideradas discussões recentes, as migrações têm sido constantemente colocadas no centro do debate que analisa, sobretudo, a migração a partir de instituto jurídicos normativos e questiona a existência de um eventual direito a migrar em face de um, também eventual, direito de os Estados “regularem” quem são os legitimados a entrarem em seu território.

No entanto, não se trata, necessariamente, de uma realidade recente, de forma não ser possível que se compreenda a migração unicamente como fenômeno da atualidade, em que pesem as constantes discussões que envolvem a migração. Muito mais razoável que compreender a

---

1 Advogado. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Possui Licenciatura em Letras. Atualmente é servidor da Universidade Federal da Integração Latino-Americana, lotado junto à Corregedoria Seccional da UNILA. É Pesquisador do Grupo de Pesquisa BIOTEC - Direito, Biotecnologia e Sociedade, da Universidade Federal do Paraná. Entre seus temas de interesse estão as Mobilidades Humanas, o Sujeito e as Subjetividades, as relações entre Poder e Sociedade e os Direitos Humanos.

migração como um fato exclusivamente localizado em um momento atual é deslocar esse debate para a atualização das razões pelas quais as pessoas migram, entre as quais se destacam a procura por melhores condições de vida, por uma vida com mais dignidade, a busca por trabalho, por saúde, por educação ou migrações fundamentadas em questões humanitárias que envolvem também a saída de um determinado Estado em razão de grave ameaça à vida ou temor de perseguição, esses como qualificadores de uma solicitação de refúgio. É a atualização dessas razões e desses conflitos que mantem a atualidade do fenômeno migratório. Assim, se por um lado, os solicitantes de refúgio podem ser considerados migrantes, os demais migrantes – aqueles que migram pelas mais diversas elencadas – não possuem os mesmos “riscos” à vida que um solicitante de refúgio ou refugiado possui.

Nesse sentido, o objetivo do presente trabalho é analisar, mais especificamente, o instituto do refúgio. Para isso, analisam-se os instrumentos jurídicos normativos de direito internacional que evidenciam sua evolução, bem como, sua evolução sob a ótica do direito nacional. Em relação ao tratamento do instituto no direito nacional, a análise é realizada por meio do cotejo entre as normas já existentes, principalmente a Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997 e a vigência da Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, que instituiu a Lei de Migração, revogando, a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980.

Metodologicamente, o trabalho está ancorado em uma metodologia de pesquisa bibliográfica que se alicerça na análise instrumentos jurídicos normativos e na análise de dados quantitativos que demonstram os pedidos de refúgio realizados no Brasil, nos anos de 2017 e 2018, bem como dados sobre a análise desses pedidos.

Dessa maneira, na primeira parte deste trabalho é analisada especificamente a Lei 13.445, de 24 de maio de 2017 e suas aproximações e conexões com o instituto do refúgio, análise que se reveste da necessidade de compreensão da evolução, ou ao menos, da maneira pela qual o Estado brasileiro tem tratado a matéria migratória e tem compreendido o instituto do refúgio em sua legislação.

Em seguida, são analisadas informações mais específicas em relação ao ordenamento jurídico brasileiro e o princípio do *non-refoulement*, também conhecido como princípio da não devolução. Essa análise relacionada o caso do Brasil é permeada por dados de solicitações de refúgio e por dados de análises desses pedidos.

## **2. A LEI Nº 13.445 E O REFÚGIO: APROXIMAÇÕES E CONEXÕES**

Recentemente têm sido destacadas as profundas transformações nos processos e procedimentos migratórios entre o Brasil e os migrantes, em grande parte, causadas pela vigência da

Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, que instituiu a Lei de Migração, revogando, a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, que até pouco tempo estava em vigor e definia a situação jurídica do “estrangeiro” no Brasil.

Além de a entrada em vigor de uma nova lei para regulamentar os processos migratórios evidenciar o “amadurecimento” na forma pela qual o Estado brasileiro compreende os migrantes, ela também sinaliza para uma política migratória que ainda está em construção e tem sido pautada por relações bastante controversas, unilaterais e arbitrárias, como ocorreu durante o Estado Novo, mais especificamente no período de 1937 a 1945, com a campanha de nacionalização. (SEYFERTH, 1997).

Em apertada síntese, entre os principais objetivos dessa campanha estava o de eliminar os “estrangeirismos” presentes no território nacional e para que esse objetivo fosse atingido, estabeleceu-se como norma o uso da língua portuguesa como língua obrigatória em todo o país, ao mesmo tempo em que se determinou o fechamento de inúmeras escolas que ensinavam outras línguas que não o português, além da proibição do uso da língua materna pelos migrantes.

Essa campanha, pautada na criação de um sentimento nacional hegemônico, foi responsável pela construção da identidade dos migrantes como verdadeiras “ameaças” ao Estado brasileiro, razão pela qual era necessário “nacionalizar” todos os “alienígenas”.

Situações como a descrita por Seyferth destacam que os fluxos migratórios não são um fenômeno exatamente recente, ou seja, a migração já tem ocorrido no Brasil há algum tempo. O que se destaca é que mesmo não sendo um fenômeno estritamente contemporâneo, as realidades que permeiam esses fluxos, também, nem sempre são novas. Apesar de os fluxos migratórios muitas vezes assumirem características próprias de sua época, há elementos que têm persistido nessas relações, como a forma pela qual os Estados “compreendem” a migração.

Pensar os fluxos migratórios significa necessariamente colocar em discussão vidas e trajetórias humanas em mobilidade, de forma que esses fluxos não podem ser unicamente compreendidos a partir de prerrogativas do Estado de acolhida. Contrariamente, é necessário que a migração seja considerada, sobretudo, a partir da própria mobilidade humana, com todas as particularidades que ela reúne em si, o que nos levaria, necessariamente, a considerar os fluxos migratórios, também, a partir das próprias razões pelas quais uma pessoa se coloca em mobilidade, ainda que muitas vezes sua liberalidade seja extremamente reduzida, sendo mais adequado pensarmos em “ser colocada em mobilidade” ao invés de “colocar-se em mobilidade”, como é o caso, por exemplo, do instituto do refúgio, no qual a ação volitiva do migrante é extremamente reduzida, sendo a migração, muitas vezes, sua única condição para a manutenção da vida.

Situações como essa, caracterizadoras do instituto do refúgio, sinalizam para a necessidade

de a mobilidade ser compreendida a partir das suas diversas particularidades e de suas principais causas. Afinal, nenhum de nós seria capaz de colocar em discussão ou duvidar de que há sensíveis diferenças entre um nacional de um Estado que migra para trabalhar em outro Estado com sua situação migratória já “regular” e “reconhecida” pelo Estado de acolhida, muitas vezes comunicando-se na língua oficial desse Estado e a situação migratória de um solicitante de refúgio, que, em razão de sua margem de escolha entre migrar ou permanecer em seu Estado de origem ser reduzida, migra em condições de total “estranhamento”, seja ele cultural, social, linguístico, econômico entre tantos outros “estranhamentos” que passam a constituí-lo nesse novo Estado.

É dessa forma que a nova lei de migração apresenta inúmeras alterações na maneira pela qual o Estado brasileiro recepciona os migrantes em seu território. Em que pese os procedimentos migratórios estarem fortemente relacionados à própria condição jurídica do migrante, reconhecer essas diferenças e materializá-las na recepção aos migrantes já faz parte de uma nova política migratória.

A esse respeito, a Lei nº 13.445 define como imigrante a “pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil” (§ 1º, II). Nesse mesmo sentido, o Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017, que regulamenta a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, inclui o imigrante dentro do conceito de migrante e define que migrante é “pessoa que se desloque de país ou região geográfica ao território de outro país ou região geográfica, em que estão incluídos o imigrante, o emigrante e o apátrida” (Parágrafo Único, I).

Em relação ao refugiado, apesar de a Lei nº 13.445 não tratar especificamente do instituto do refúgio, determina-se que em sua aplicação, deverão ser observadas as disposições da Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. Nesse mesmo sentido, o Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017, que regulamenta a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, determina que refugiado é a “pessoa que tenha recebido proteção especial do Estado brasileiro” (art. 1º, VII), nos termos do que dispõe a Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. É essa mesma lei que, no artigo 1º, define que será reconhecido como refugiado todo o indivíduo que:

I - 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.

O que essa definição da condição de refugiado demonstra é que entre as inúmeras possibilidades de compreensão do fenômeno migratório, o instituto do refúgio constitui-se em uma realidade de difícil compreensão, reveladora da cruel incapacidade de diálogo entre diferenças. A

situação fática constituidora da condição de refugiado fundamenta-se, principalmente, como vimos acima, em “fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas”. Conceber que uma pessoa tenha que fugir de suas origens, em razão de não poder viver plenamente os elementos que constituem sua identidade, como a “raça”, a religião, a nacionalidade ou as opiniões políticas é pensar na própria aniquilação da condição de humanidade, o que equivaleria dizer, em outros termos, permite-se que você exerça sua humanidade desde que você professe esta religião, desde que reconheça esta nacionalidade e não aquela e adote estas opiniões políticas e não outras.

Dessa maneira, entre as diversas possibilidades de mobilidade humana, o instituto do refúgio é, sem dúvidas, uma das que, de maneira mais forte e emblemática, ao mesmo tempo que revela a força devastadora que um Estado pode exercer sobre aqueles que vivem em seu território, também revela a fragilidade e a fraqueza da vida humana face a arbitrariedades ameaçadoras da própria existência humana, como ocorre, por exemplo nos casos de “grave e generalizada violação de direitos humanos”. Para André de Carvalho Ramos (2011, p. 39-40), o instituto do refúgio constitui-se pelas seguintes características:

1) é baseado em tratados de âmbito universal e ainda possui regulamentação legal específica no Brasil, com trâmite e órgão colegiado específico; 2) busca proteger um estrangeiro perseguido ou com fundado temor de perseguição (não exige a atualidade da perseguição); 3) a perseguição odiosa é de várias matrizes: religião, raça, nacionalidade, pertença a grupo social e opinião política, ou seja, a perseguição política é apenas uma das causas possíveis do refúgio; 4) pode ser invocado também no caso de indivíduo que não possa retornar ao Estado de sua nacionalidade ou residência em virtude da existência de violações graves e sistemáticas de direitos humanos naquela região – não é necessário uma perseguição propriamente dita; 5) o solicitante de refúgio tem o direito subjetivo de ingressar no território brasileiro, até que sua situação de refúgio seja decidida pelo CONARE<sup>2</sup> [...]; 6) o refúgio é territorial; 7) a decisão de concessão do refúgio é declaratória, com efeito *ex tunc*, o que implica em reconhecer o direito do solicitante, caso preencha as condições, de obter o refúgio; 8) cabe decisão judicial interna das razões de concessão ou denegação, uma vez que o CONARE<sup>3</sup> tem o dever de fundamentação adequada; 9) existe a vigilância internacional dos motivos do *refoulement* (rechaço).

---

2 O CONARE – Comitê Nacional para os Refugiados foi criado pelo artigo 11 da Lei nº 9474, de 22 de julho de 1997, como órgão de deliberação coletiva no âmbito do Ministério da Justiça. O artigo 12 do referido diploma legal estabelece suas competências: “Compete ao CONARE, em consonância com a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, com o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967 e com as demais fontes de direito internacional dos refugiados: I – analisar o pedido e declarar o reconhecimento, em primeira instância, da condição de refugiado; II – decidir a cessação, em primeira instância, *ex officio* ou mediante requerimento das autoridades competentes, da condição de refugiado; III – determinar a perda, em primeira instância, da condição de refugiado; IV – orientar e coordenar as ações necessárias à eficácia da proteção, assistência e apoio jurídico aos refugiados; V – aprovar instruções normativas esclarecedoras à execução desta Lei.

3 A composição do CONARE é definida pelo artigo 14 da Lei nº 9474, de 22 de julho de 1997, que dispõe: “O CONARE será constituído por: I - um representante do Ministério da Justiça, que o presidirá; II - um representante do Ministério das Relações Exteriores; III - um representante do Ministério do Trabalho; IV - um representante do Ministério da Saúde; V - um representante do Ministério da Educação e do Desporto; VI - um representante do Departamento de Polícia Federal; VII - um representante de organização não-governamental, que se dedique a atividades de assistência e proteção de refugiados no País. § 1º O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados - ACNUR será sempre membro convidado para as reuniões do CONARE, com direito a voz, sem voto. § 2º Os membros do CONARE serão designados pelo Presidente da República, mediante indicações dos órgãos e da entidade que o compõem. [...]”.

Os elementos caracterizadores do instituto do refúgio, apresentados por André de Carvalho Ramos, revelam que se trata de um instituto que tem sido construído e fixado suas matrizes axiológicas ao longo da história, tanto internacionalmente quanto no Brasil, do que se depreende sua fundamentação lastreada em tratados de âmbito internacional.

**Quadro 1:** Evolução do instituto do refúgio.

1921	É autorizado pelo Conselho das Sociedades das Nações a criação de um Alto Comissariado para refugiados.
1931	É criado o Escritório Internacional Nansen para refugiados, cuja função precípua era a de dar apoio aos refugiados.
1948	A Declaração Universal de Direitos Humanos estabelece, em seu artigo XIV, que “toda pessoa, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países”.
1950	É criado o ACNUR – Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados.
1951	Aprovada a Convenção de Genebra <sup>4</sup> relativa ao Estatuto dos Refugiados <sup>5</sup> .
1967	É editado o Protocolo Adicional à Convenção sobre Refugiados que retira a limitação temporal constante na Convenção de Genebra.
1969	É aprovada a Convenção da Organização da Unidade Africana sobre refugiados, que entrou em vigor apenas em 1974 e definiu amplamente o refugiado como aquele que “em virtude de um cenário de graves violações de direito humanos, foi obrigado a deixar sua residência habitual para buscar refúgio em outro Estado”. Ramos (2011, p. 26).
1984	É adotada a Declaração de Cartagena. <sup>6</sup>

Fonte: elaborado pelo autor a partir do trabalho realizado por Ramos (2011).

Especificamente em relação à Declaração de Cartagena de 1984, tem sido afirmado que se tratou, na verdade, de uma ampliação do conceito de refugiado, ou melhor, da definição do instituto para considerar também, além do que havia sido estabelecido pelos instrumentos anteriores, refugiadas todas aquelas

pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tivessem 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. (RAMOS, 2011, p. 26).

O que esses elementos históricos revelam é que se por um lado os fluxos migratórios não são exatamente uma realidade contemporânea, inclusive é o que se pode afirmar da própria América Latina em seu contexto de “expropriação”, “apropriação” e “colonização”, principalmente por países do Continente Europeu, por outro, o que esses elementos também mostram é que apenas recentemente, mais especificamente no século passado, as migrações caracterizadas como refúgio

4 Ramos (2011, p. 25-26) destaca que a Convenção de Genebra relativa ao Estatuto dos Refugiados constitui-se na “Carta Magna” dos refugiados. Para ele: “é o primeiro tratado internacional que trata da condição genérica do refugiado, seus direitos e deveres. Os tratados anteriores eram aplicados a grupos específicos, como os refugiados russos, armênios e alemães”.

5 Apesar de considerar e destacar o mérito da Convenção de Genebra em ser o primeiro tratado internacional a tratar dos refugiados, Ramos (2011, p.26) destaca que a Convenção possuía limites temporais que impediam sua aplicação irrestrita. A Convenção destinava-se a regulamentar os fluxos migratórios de refugiados ocorridos até 1951.

6 A Declaração de Cartagena foi adotada pelo “Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários”, em Cartagena, de 19 a 22 de novembro de 1984.

passaram a se constituir uma “preocupação” pelos Estados. Ainda assim, essas “preocupações” atrelaram-se, inicialmente, em contextos e conflitos bastante localizados temporal e geograficamente, esse era o caso, por exemplo, como dissemos acima, da Convenção de 1951 que, limitou-se a regulamentar as situações ocorridas antes de 1951.

### 3. O REFÚGIO NO BRASIL

No caso do Brasil, pode-se considerar que, em certa medida, tem havido o acompanhamento das preocupações internacionais relacionadas ao instituto do refúgio, conforme se depreende da análise do quadro abaixo:

**Quadro 2:** Instituto do refúgio no Brasil

1961	O Brasil ratifica a Convenção de 1951
1972	Promulgado pelo Brasil, o Protocolo de 1967
1989	O Brasil retira a limitação geográfica da Convenção de 1951
1977	Instalação do ACNUR no Brasil
1997	Lei 9.474 – Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências.

Fonte: elaborado pelo autor a partir do trabalho realizado por Ramos (2011).

Nesse sentido, o Estado brasileiro tem se aproximado do que dispõem as normas internacionais para os refugiados, inclusive, como se evidencia do quadro acima, atualizando o entendimento a respeito da própria definição conceitual a respeito do instituto do refúgio. Dessa forma, a Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997 estabelece que

Art. 7º O estrangeiro que chegar ao território nacional poderá expressar sua vontade de solicitar reconhecimento como refugiado a qualquer autoridade migratória que se encontre na fronteira, a qual lhe proporcionará as informações necessárias quanto ao procedimento cabível. § 1º Em hipótese alguma será efetuada sua deportação para fronteira de território em que sua vida ou liberdade esteja ameaçada, em virtude de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política. § 2º O benefício previsto neste artigo não poderá ser invocado por refugiado considerado perigoso para a segurança do Brasil. Art. 8º O ingresso irregular no território nacional não constitui impedimento para o estrangeiro solicitar refúgio às autoridades competentes. Art. 9º A autoridade a quem for apresentada a solicitação deverá ouvir o interessado e preparar termo de declaração, que deverá conter as circunstâncias relativas à entrada no Brasil e às razões que o fizeram deixar o país de origem.

O destaque do artigo retrocitado recai em seu parágrafo primeiro, ao determinar que o solicitante de refúgio não poderá ser deportado para local ou região no qual sua vida esteja sob perigo, ameaçada. Reconhecer a impossibilidade de devolução do solicitante de refúgio à região na qual sua vida esteja ameaçada é dar efetividade ao princípio do *non-refoulement* também conhecido como não rechaço ou não devolução.

#### 3.1 O Princípio do *non-refoulement*

Esse referido reconhecimento, que na verdade caracteriza e define o princípio do *non-*

*refoulement*, é importante também porque reconhece na situação migratória do solicitante de refúgio as particularidades dessa mobilidade humana cujo bem jurídico tutelado é a própria vida do solicitante que pode estar sendo ameaçada em razão de vários motivos, entre os quais a perseguição em razão de religião, opinião política, raça, nacionalidade, grupo social entre outros.

A importância do princípio do *non-refoulement* para o solicitante de refúgio é tamanha que mesmo nos casos em que situações de refúgio não sejam declaradas pelo CONARE, o solicitante não poderá ser devolvido e ficará sujeito à política migratória nacional.

Nesse sentido, nas situações nas quais as solicitações de refúgio forem recusadas será observado o que dispõe o art. 3º da Lei nº 9.474 e o solicitante de refúgio ficará “sujeito à legislação de estrangeiros, não devendo ocorrer sua transferência para o seu país de nacionalidade ou de residência habitual, enquanto permanecerem as circunstâncias que põem em risco sua vida, integridade física e liberdade”.

Nesse mesmo sentido, a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, Lei de Migração, em seu artigo 49, parágrafo 4º, reconhece a situação de refúgio como instituto particular que impede a repatriação.

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.

A proteção de que trata o citado artigo corresponde também àquele que ainda não tem sua condição migratória definida, ou seja, àquele que ainda aguarda a análise e o consequente resultado de sua solicitação de refúgio. De maneira que, assim como o já declarado refugiado, não poderá ser repatriado em condições que coloquem sua vida em risco, tampouco poderá o solicitante que aguarda pela declaração da sua condição, assim, “O beneficiário de proteção ao apátrida, refúgio ou asilo político não será repatriado, deportado ou expulso enquanto houver processo de reconhecimento de sua condição pendente no País”. (Decreto nº 9.199, art. 181).

Non-nationals enjoy the right to be protected from *refoulement*, or deportation to a State in which they may be subjected to persecution. The principle of *non-refoulement* exists in a number of international instruments with slightly varying coverage [...]. The expulsion of non-nationals should not be carried out without taking into account possible risks to their lives and physical integrity in the States of destination<sup>7</sup>. (WEISSBRODT; DIVINE. p. 168).

Depreende-se, dessa maneira, a estreita relação entre o instituto do refúgio e o princípio do *non-refoulement*, de forma a não se permitir que seja perpetrada a devolução de um migrante em

---

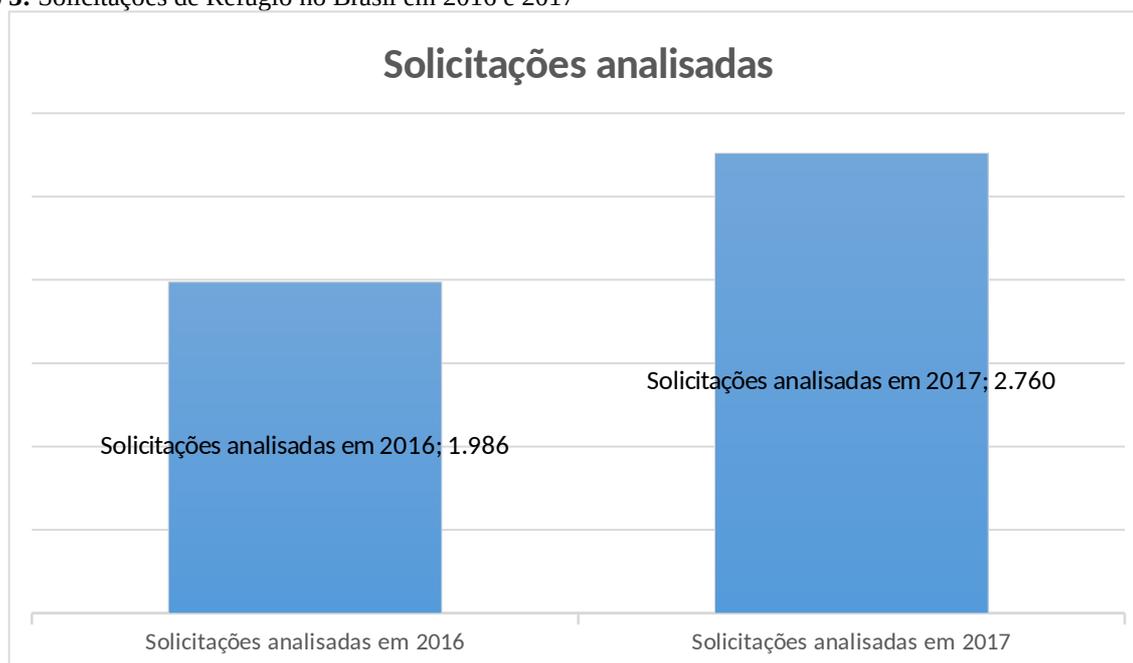
7 Cidadãos não nacionais possuem o direito de serem protegidos da devolução ou deportação para um Estado no qual eles estejam sujeitos a perseguição. O princípio do *non-refoulement* existe em inúmeros instrumentos internacionais e varia em sua cobertura [...]. A expulsão de não nacionais não deveria ser conduzida sem considerar possíveis riscos a vidas e à integridade física nos Estados de destino. [Tradução livre realizada pelo autor].

situações nas quais essa devolução concorra para colocar sua vida em risco.

Como um instrumento facilitador da solicitação de refúgio, o artigo 20, da Lei de Migração, estabelece que nessas situações, “a identificação civil de solicitante de refúgio, de asilo, de reconhecimento de apatridia e de acolhimento humanitário poderá ser realizada com a apresentação dos documentos de que o imigrante dispuser”. Para além dessa facilitação na identificação para a realização da solicitação, o artigo 31, da mesma lei determina que “O solicitante de refúgio, de asilo ou de proteção ao apátrida fará jus a autorização provisória de residência até a obtenção de resposta ao seu pedido”, e o artigo 119, do mesmo instrumento, que “durante a tramitação do processo de reconhecimento da condição de refugiado incidirão as garantias e os mecanismos protetivos e de facilitação da inclusão social”.

A particularidade e a excepcionalidade da realidade da qual fazem parte aqueles que solicitam refúgio evidenciam a relevância em se considerar as condições de vida desses solicitantes em seus Estados de origem. Essas condições de vida influenciam diretamente nas solicitações que são realizadas. Especificamente em relação ao Brasil, nos anos de 2016 e 2017 essas alterações foram fortemente alteradas, como se observa nos dados do quadro abaixo.

**Quadro 3:** Solicitações de Refúgio no Brasil em 2016 e 2017



**Fonte:** Elaborado pelo autor a partir de dados fornecidos por meio do pedido de informação junto ao CONARE nº. 088500013602018-67.

Enquanto que em 2016 foram realizadas 10.308 solicitações de refúgio ao Estado brasileiro, em 2017 essas solicitações atingiram a marca de 34.088 pedidos de refúgio.

Em 2016, os Estados com maior número de solicitações foram a Venezuela com 3.375

solicitações de refúgio; Cuba, com 1.370; Angola, com 1.353; a Síria, com 391 solicitações; a República Democrática do Congo, com 382 solicitações; o Paquistão, com 261.

Por outro lado, entre os Estados com menores números de solicitações, em 2016, estavam a República Dominicana, com 107; o Líbano, com 120 solicitações; Gana, com 155 solicitações.

No ano de 2017, das 34.088 solicitações de refúgio realizadas, os maiores números corresponderam a 17.865 solicitações realizadas por nacionais da Venezuela; 2.373 de Cuba; 2.362 do Haiti; 2.036 solicitações de Angola; 1.462 solicitações de nacionais da China; 1.221 do Senegal; 823 solicitações de nacionais da Síria; 549 da Nigéria; 523 de Bangladesh; 364 da República Democrática do Congo; 338 de Guiné Bissau; 277 da Guiné; 267 do Paquistão; 223 do Líbano e 3.405 outras solicitações de refúgio não categorizadas.

Quando comparados os dados de 2016 e 2017, o resultado que se obtém é de uma relação assimétrica e inversamente proporcional de um ano em relação ao outro.

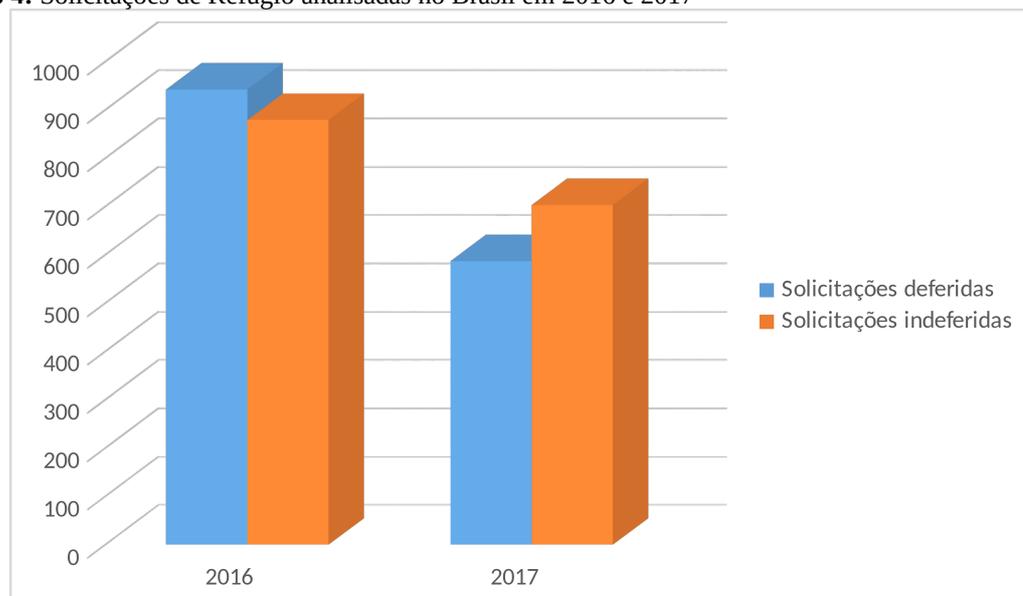
Por exemplo, enquanto em 2016 foram realizadas 3.375 solicitações de refúgio de nacionais da Venezuela, em 2017 essas solicitações totalizaram o número de 17.865, essa expressiva alteração na quantidade de solicitações de refúgio, além de apontar para a estreita relação que existe entre este instituto as condições de viabilidade da vida humana em um determinado Estado, também sinaliza para a alteração no cenário socioeconômico e político pela qual passa a Venezuela atualmente.

Outra possibilidade para a expressiva alteração nesses números, pode ser considerada em conjunto com a realidade na qual a Venezuela se encontra hoje, é o fato de esse Estado fazer fronteira com o Brasil, o que pode apontar para a utilização desse instrumento de solicitação de refúgio como a alternativa mais viável, ainda que em alguns casos seja utilizada apenas como fator emergencial.

Além da Venezuela, outro Estado com sensíveis alterações no número de solicitações de refúgio é Cuba, que em 2016 totalizou 1.370 pedidos e em 2017 estas solicitações somaram 2.373. Nessa mesma direção, a Angola, que em 2016 totalizou 1.353 solicitações de refúgio, em 2017 totalizou 2.036 pedidos. Outro número que também se destaca diz respeito ao Haiti, de 646 solicitações de refúgio, em 2016, passaram-se a 2.362, em 2017. Em relação à China, em 2016 foram realizadas 322 solicitações de refúgios de nacionais desse Estado, ao passo que em 2017 essas solicitações atingiram a marca de 1.462. Em relação ao Senegal, em 2016 foram 251 solicitações e em 2017, 1221 pedidos de refúgio de cidadãos daquele Estado.

Um outro elemento que se destaca dos dados apresentados pelo CONARE corresponde à relação estabelecida entre os números de solicitações de refúgio realizadas e os números dos casos analisados, conforme dispõe o quadro abaixo.

**Quadro 4:** Solicitações de Refúgio analisadas no Brasil em 2016 e 2017



**Fonte:** Elaborado pelo autor a partir de dados fornecidos por meio do pedido de informação junto ao CONARE nº. 088500013602018-67.

Conforme mencionado acima, as solicitações de refúgio realizadas em 2016 somaram 10.308 e, em 2017, 34.088. Por outro lado, a análise dessas solicitações realizadas totalizou 1.986 processos julgados em 2016 e 2.760 processos julgados em 2017.

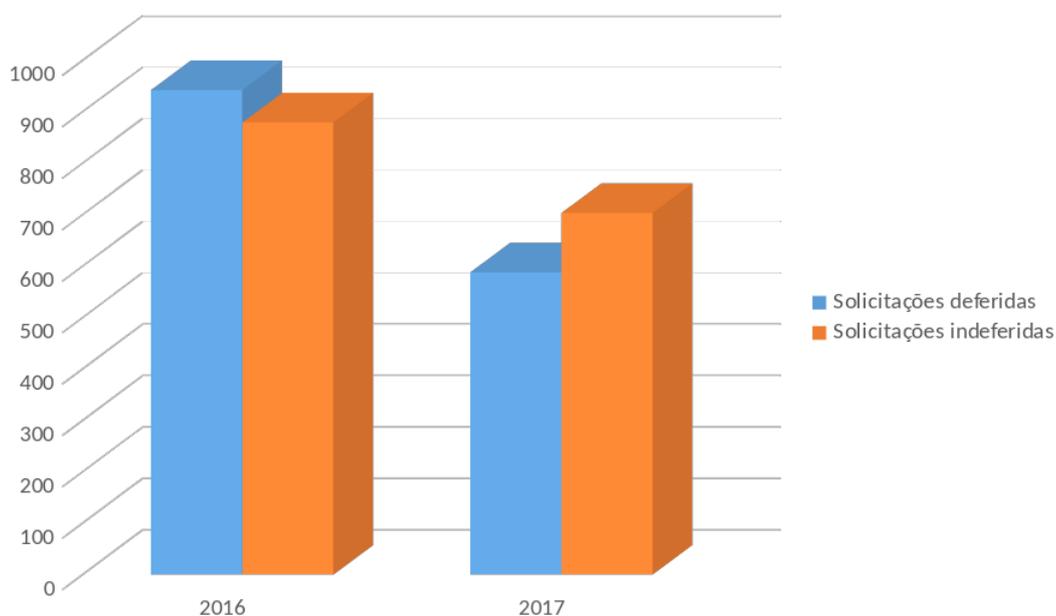
Dessa análise, o que se depreende é que em 2016 foram analisados pouco mais de 19% dos pedidos de refúgio. No entanto, essa análise é relativa, porque pode ser que, assim como, nem todos os processos de 2016 foram analisados em 2016, pode ser que desses 19% parte corresponda a períodos anteriores. O mesmo se diz em relação aos dados de 2017, em razão da análise de pouco mais de 8% de pedidos de refúgio, quando considerado o número de solicitações realizadas.

Como mencionado acima, não se trata da afirmação que em 2016 foram analisadas pouco mais de 19% das solicitações realizadas e em 2017, pouco mais de 8%, em razão da possível sobreposição de solicitações de um ano para o outro. No entanto, o que se verifica é o descompasso entre o número de pedidos de refúgio realizados e a análise desses pedidos.

Dessa maneira, o que se tem é a necessidade de processos de análise que sejam mais céleres, sobretudo em razão da condição de vulnerabilidade que o solicitante de refúgio se encontra. Longos períodos de tempo entre a solicitação e a análise do pedido de refúgio além de enfraquecerem a efetividade do instituto, contribuem para aumentar a vulnerabilidade dos solicitantes.

Outro dado apresentado relaciona o número de solicitações deferidas e as solicitações indeferidas, conforme exemplificado no quadro abaixo.

**Quadro 5:** Solicitações de Refúgio deferidas e indeferidas no Brasil em 2016 e 2017.



**Fonte:** Elaborado pelo autor a partir de dados fornecidos por meio do pedido de informação junto ao CONARE nº. 088500013602018-67.

No ano de 2016 foram deferidas 942 solicitações de refúgio e foram indeferidas 879 solicitações. No ano seguinte, em 2017, essa relação é invertida e 587 solicitações são deferidas, enquanto 703 pedidos de refúgio foram indeferidos.

É em razão dos números de solicitações de refúgio que são indeferidas que a efetividade do princípio do *non-refoulement* torna-se central. Afinal, se a condição de refugiado de um solicitante não é declarada, por várias razões, pode ser que esteja presente a impossibilidade de ele retornar ao Estado de origem. Como os dados não disponibilizam as razões pelas quais uma solicitação não foi reconhecida, cumpre-nos apenas destacar que nem todas as solicitações de refúgio são reconhecidas e é a partir delas que a efetividade do princípio da não devolução precisa ser pensada.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa desenvolvida no presente trabalho, ao tomar como objeto de análise o instituto do refúgio, abordou temas importantes e diretamente relacionados à vida daqueles que não encontram mais em seu Estado de origem as condições necessárias para a garantia da continuidade de sua existência, ou seja, o risco iminente, mas também eminente de vida o coloca na condição de solicitante de refúgio.

É nesse contexto que a análise desse instituto permitiu destacar a importância do princípio do *non-refoulement* na vida dos solicitantes de refúgio, como uma das maneiras de se evitar que os riscos à vida dos solicitantes de refúgio sejam aumentados ou se agravem, uma garantia que se reveste no dever de o Estado não o devolver quando esses riscos estiverem presentes.

Para essa análise, foram abordadas as principais características do refúgio, bem como os principais instrumentos jurídico-normativos sobre o tema, com ênfase à legislação brasileira, que versam sobre a matéria.

Conclui-se evidenciando pela necessidade de efetividade ao *princípio do non-refoulement* e se reconhece sua importância nos processos de solicitação, reconhecimento ou não reconhecimento da condição de refugiado, sob pena de agravamento de uma condição, que por si só, questiona os parâmetros de uma vida digna.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto n. 9.199, de 20 de novembro de 2017. Regulamenta a Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 21 nov. 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/D9199.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9199.htm). Acesso em 16 maio 2019.

BRASIL. Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 21 ago. 1980. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6815compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815compilado.htm). Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 23 jul. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9474.htm)>. Acesso em: 22 maio 2019.

BRASIL. Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a lei de migração. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 25 maio. 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm)>. Acesso em: 16 maio. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. Ofício n.º 34/2018/SIC-CONARE/CONARE/DEMIG/SNJ-MJ. Assunto: Informações sobre pedidos de refúgio nos anos de 2016 e 2017: Resposta ao pedido de informação nº. 088500013602018-67. Brasília, 27 de março de 2018.

RAMOS, André de Carvalho. Asilo e Refúgio: semelhança, diferenças e perspectivas. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de, (orgs.). 60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro. São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011.

WEISSBRODT, David; DIVINE, Michael. International human rights of migrants. In: OPESKIN,

B; PERRUCHOUD, R.; REDPATH-CROSS, J. *Foundations of International Migration Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 152-176.

SEYFERTH, Giralda. A assimilação dos imigrantes como questão nacional. *Mana*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 95-131, abr. 1997. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-93131997000100004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93131997000100004&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 12 abr. 2019.